

Carl Schmitt  
Hans Kelsen

La polémica Schmitt/Kelsen  
sobre la justicia constitucional:

*El defensor de la Constitución*  
versus  
*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

Estudio preliminar de  
GIORGIO LOMBARDI

Traducción de  
MANUEL SÁNCHEZ SARTO Y ROBERTO J. BRIE

  
tecnos

CARL SCHMITT

EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN

# I

## LA JUSTICIA COMO DEFENSORA DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. EL DERECHO DE CONTROL GENERAL (ACCESORIO) EJERCIDO POR LOS JUECES, Y TAMBIÉN LLAMADO MATERIAL, NO CONSTITUYE EN ALEMANIA UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Los Tribunales sentenciadores de la jurisdicción civil, procesal o contencioso-administrativa no son, en sentido estricto, defensores de la Constitución. El error de señalarlos como tales es muy comprensible porque ejercen el denominado derecho material de control judicial que consiste en comprobar si las leyes ordinarias están de acuerdo, en su contenido, con los preceptos constitucionales, llegando en caso de colisión a negar vigencia a las leyes que no cumplan ese requisito. Como consecuencia de ello ha sido también señalado en ocasiones como defensor de la Constitución el Tri-

bunal Supremo del *Reich* desde que, en virtud de la sentencia de 4 de noviembre de 1925 (RGZ. 111, p. 320), se declaró competente para establecer la concordancia existente, por razón de su contenido, entre las leyes ordinarias y la Constitución del *Reich*<sup>1</sup>.

La propensión a considerar los Tribunales sentenciadores como garantía máxima de una Constitución se explica, principalmente, por una opinión muy generalizada acerca del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Este Tribunal, justamente famoso en todo el mundo, se ha convertido, al parecer, para ciertos juristas alemanes, en una especie de mito. Durante las deliberaciones de la Comisión constitucional en la Asamblea de Weimar manifestáronse a este respecto notorias imprecisiones que han quedado documentalmente registradas en los protocolos de dicha Comisión. Alúdese allí a un «*Staatsgerichtshof* para la defensa de la Constitución» como «lo han implantado todos los grandes Estados democráticos, América del Norte, por ejemplo, donde ha logrado justificar su existencia»<sup>2</sup>. En contraposición a ello, permítasenos recordar en pocas palabras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta su autoritaria interpretación respecto a conceptos tales como propiedad, valor y libertad, ocupa, como con razón se ha dicho, «una posición singularísima en toda la historia universal», sobre todo en el sector económico<sup>3</sup>, y que, en consecuencia,

<sup>1</sup> Acerca del «Tribunal Supremo como defensor de la Constitución», cfr. el *Homenaje de las Facultades de Derecho en el 50.º aniversario de la fundación del Tribunal Supremo*, Berlín, 1929, pp. 154-178.

<sup>2</sup> Protocolos, p. 485; en contra, H. PREUSS, *op. cit.*, pp. 483-484.

<sup>3</sup> «*That court occupies the unique position of the first authoritative faculty of political economy in the worlds history*»

no puede ser adaptado sin más requisitos a la situación, política y socialmente distinta, de un Estado continental europeo. La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se ha desarrollado en el ámbito de un Estado anglosajón de tipo judicialista, que, como Estado sin Derecho administrativo, se halla en evidente oposición a los Estados del Continente europeo, siendo indiferente en absoluto, a este respecto, que el Estado europeo sea una República como Francia o un Estado monárquico y burócrata como la Prusia del siglo XIX. El Tribunal Supremo americano es algo muy distinto de un *Staatsgerichtshof*, y su Justicia es diametralmente opuesta a lo que en la actualidad suele denominarse en Alemania jurisdicción política o constitucional. Con una clara conciencia de su carácter como instancia procesal, limitase a fallar determinados litigios (*real, actual «case» or «controversy» of «judiciary nature»*)<sup>4</sup>. Teniendo en cuenta su *strictly judicial function* se abstiene de adoptar criterio político o legislativo, y ni siquiera pretende ser Tribunal contencioso-administrativo<sup>5</sup>. Por principio se niega también a asesorar al Congreso o al Presidente<sup>6</sup>. Por lo

---

JOHN R. COMMONS, *Legal foundations of capitalism*, Nueva York, 1924, p. 7.

<sup>4</sup> CHARLES WARREN, *The Supreme Court in United States History*, Boston, 1924, vol. I, pp. 58, 108 ss.; CHARLES EVANS HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, Nueva York, 1928, p. 31 (*Muskrat c. Estados Unidos*, 1911, 219 U. S. 346); acerca de la estricta limitación a la Justicia auténtica (*cases of Judiciary Nature*, p. 22).

<sup>5</sup> Comprobación en HUGHES, *op. cit.*, p. 32.

<sup>6</sup> El único caso hasta ahora existente de un asesoramiento (*advisory opinion*), es de tiempo del presidente Monroe; *cfr.* a ese respecto WARREN, *op. cit.*, II, p. 56. Además, la observación de HUGHES, *op. cit.*, p. 31: «*nothing of the sort could happen today*». El solici-

que se refiere a su importancia y eficacia prácticas, teniendo en cuenta la excepcional situación presente de Alemania, conviene examinar su actividad no ya en las épocas de prosperidad económica y tranquilidad política de la nación norteamericana, sino en los momentos críticos e inquietos. Es entonces cuando los famosos precedentes de la época de la Guerra Civil —sentencias que se refieren a cuestiones políticas muy debatidas: como la esclavitud o la depreciación monetaria— revelan que la autoridad del Tribunal en cuestión se ve amenazada y que sus opiniones sobre la materia no logran general aquiescencia<sup>7</sup>. La peculiaridad más eminente y genuinamente fundamental de esta *Supreme Court* consiste, sin duda, en que con ayuda de ciertos principios generales, abusivamente designados como «normas», y de ciertos criterios fundamentales, se comprueban la equidad y razonabilidad de la ley y, en caso necesario, se declara ésta inaplicable<sup>8</sup>. El Tribunal es apto para ello porque, en realidad, aparece frente al Estado como protector de una ordenación social y econó-

---

*tor-general* James M. Beck ha propuesto, aunque hasta ahora en vano, otorgar al Congreso, juntamente con el Presidente, el derecho de solicitar de la *Supreme Court* un asesoramiento cuando un proyecto de ley resulta dudoso en orden a su constitucionalidad; cf. OGGRAY, *Introduction to American Government*, 2.ª ed., 1926, p. 422, nota 3.

<sup>7</sup> WARREN, pp. 22 ss. (*Dred Scott Case*), p. 244 (*Legal Tender Case*); además, el *Income Tax Case*, 1895.

<sup>8</sup> Utilizanse conceptos como *reasonableness* y *expediency*. Sobre las afinidades e identificaciones de «*constitution*», «*fundamental rights*», «*natural equity*», «*will of the people*», etc. Cfr. las interesantes notas de JOHN DICKINSON, *Administrative justice and the supremacy of Law in the United States*, Cambridge, Harvard University Press, 1927, pp. 97 y 101.

mica indiscutible por naturaleza. Como R. Gneist ha dicho con certera frase, ejerce frente al Estado «un poder transcendente»<sup>9</sup>. Sólo a la luz de esta idea deben considerarse las críticas que frecuentemente se le han dirigido, reprochándole que, por espacio de muchos años, este Tribunal haya puesto obstáculos a ciertas leyes protectoras del trabajador y a otras disposiciones sociales, incluso las referentes al trabajo de las mujeres y de los niños — que en Alemania nos parecen tan naturales — por considerarlas contrarias al espíritu de la Constitución. Como se comprenderá, no interesa a nuestro objeto hacer una apología ni una censura del Tribunal norteamericano, sino evitar, mediante una breve delimitación de conceptos, todo intento de adaptación y de divinización, que consideramos insensato. En términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios puede servir de base a un defensor de la Constitución, cuando por tal Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales político-burgueses, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los Tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos. La jurisprudencia del Tribunal norteamericano, sobre la base de las *Amendments* 5 y 14, y desarrollando la tan discutida fórmula del *due process of law*<sup>10</sup>, ha procurado defender

---

<sup>9</sup> Informes, *op. cit.*, p. 23; *cf.*: la extensa cita reproducida más adelante, p. 280, nota 35.

<sup>10</sup> Quinta *Amendment* (dirigida a la Federación) de 1791: «*No person shall be deprived of life, liberty, or property, without due*

y proteger contra el legislador los principios de la ordenación social y económica del pueblo norteamericano que dicho Tribunal considera como la ordenación suprema y como la verdadera Constitución.

Por el contrario, el derecho de control judicial ejercitado por el Tribunal Supremo del *Reich* (en la famosa sentencia de 4 de noviembre de 1925<sup>11</sup>), así como, análogamente, por otros Tribunales Supremos (Tribunal Supremo de Hacienda, Tribunal Supremo de Asistencia, Alto Tribunal Contencioso-administrativo de Prusia, etc.), tiene una importancia muy moderada si se lo compara con el derecho de control del Tribunal americano y, examinadas en detalle sus atribuciones, se mueve en un ámbito más reducido. Los considerandos de la sentencia de 4 de noviembre de 1925 descansan sobre el siguiente principio: Que el juez esté sometido a la ley (art. 102 de la RV) «no excluye que una ley ordinaria del *Reich* o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el juez, cuando se hallan en contradicción manifiesta con otras normas precedentes que el juez viene obligado a tener en cuenta»<sup>12</sup>. Ello

---

*process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*». La decimocuarta *Amendment* (dirigida a los Estados) de 1868: «*Nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny within its jurisdiction the equal protection of the laws*». Exagerada, pero característica es la crítica a que se presta el giro, frecuentemente empleado: «*due process is short the Supreme Court says it is*».

<sup>11</sup> RGZ. 111, p. 322; además, el detallado comentario en el libro Homenaje con motivo del segundo jubileo de la fundación del Tribunal Supremo, vol. I, pp. 161 ss.

<sup>12</sup> Por vía de comparación citaremos las normas correspondientes de la famosa y fundamental sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury c. Madison* (1 Cranch

quiere decir que existen preceptos constitucionales bajo cuya regulación concreta puede subsumirse el caso en litigio, y que esta regulación según el precepto constitucional se antepone, en caso de colisión, a la regulación del mismo hecho por una ley ordinaria. El precepto constitucional sólo puede aducirse para el caso discutido, cuando por razón de su contenido permite una subsunción precisa y concreta en el hecho de que se trata, pues una colisión semejante presupone, como toda colisión genuina, la posible equiparación de los preceptos contrapuestos. Pero cuando se trata de principios y normas generales, de poderes y de meras disposiciones de competencias, el tema se presenta de muy distinta suerte que el de las subsunciones en casos concretos. Sólo la subsunción del hecho bajo el contenido concreto del precepto constitucional justifica que el juzgador niegue aplicación a la ley ordinaria (así se ex-

---

137) —Chief Justice Marshall-- del año 1803: «*The powers of the legislature are defined and limited... It is a proposition too plain to be contested that either the constitution controls any legislative act repugnant to it, or that legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature is pleased to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law, if the latter part be true, written constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power, in its own nature illimitable*». El Tribunal Supremo del Reich evita semejantes razonamientos constitucionales; a pesar de la brevedad de sus considerandos, argumenta con mayor cautela y empleando menos principios, y se conforma con esta frase: «pues las prescripciones de la Constitución del Reich sólo pueden ser privadas de vigencia por una ley de reforma de la Constitución, normalmente aprobada».

presa el Tribunal Supremo, puesto que, efectivamente, no se trata de negar validez a la ley), o más exactamente: que subsuma el hecho bajo la norma constitucional, en lugar de hacerlo bajo la ley ordinaria, y falle sobre esa base el caso en cuestión. Esto no significa, propiamente, una denegación de validez, sino sólo una falta de aplicación de la legalidad ordinaria al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional. En un párrafo posterior de la sentencia (pp. 322-323) se afirma con razón, por tal causa, que el juez se ha visto obligado a «dejar de aplicar» la ley ordinaria. Un examen más detenido de este párrafo permite inferir que la sujeción del juez a la ley no contradice este género de derecho al control judicial, sino que más bien es fundamento suyo y única justificación del mismo. Ello significa, empero, al mismo tiempo, que no son las normas y preceptos generales las que en caso de colisión determinan la subsunción en el hecho concreto.

Los considerandos del fallo, en la mencionada sentencia de 4 de noviembre de 1925 insisten, además, en que el derecho de control sólo puede ejercitarse frente a leyes ordinarias del *Reich*, pero no respecto a las leyes de reforma de la Constitución, o sea a las promulgadas conforme al procedimiento del artículo 76 RV. Frente a una ley del *Reich* perfeccionada conforme a este procedimiento del artículo 76 no existe, por estas razones, posibilidad alguna de control. La cuestión, constitucionalmente importantísima, de las limitaciones a la facultad de revisión o de modificación; la posibilidad de un evidente abuso del precepto formulado en el artículo 76; la necesidad —tan minuciosamente discutida por la teoría jurídica en la Constitución presente— de establecer dis-

tinciones en cuanto a la facultad de efectuar reformas, para no caer en un sumario absolutismo que pretenda encontrar con el artículo 76 al soberano omnipotente y hasta al titular de un poder constituyente<sup>13</sup>; todas estas cuestiones carecen de importancia para un derecho de control judicial que se mueve dentro de tan estrechos límites. Además, huelga también la cuestión de si existen transgresiones intolerables de la Constitución que no puedan legalizarse ni aun por el procedimiento del artículo 76, y de si este artículo permite «actos apócrifos de soberanía» de carácter consuetudinario. El Tribunal Supremo del *Reich* tampoco ejerce, al parecer, el derecho de control judicial cuando en forma de una ley ordinaria se promulga un reglamento o medida que no representa materialmente una ley en el sentido de esta palabra según la acepción propia de un Estado de Derecho, y cuando, en consecuencia, por falta de una expresa admisibilidad constitucional no puede ser ultimada por el procedimiento legislativo, y rebasa las atribuciones legislativas del legislador. El procedimiento de la legislación puede ser fácilmente empleado con abuso para otras regulaciones distintas de las taxativamente jurídicas, como órdenes

<sup>13</sup> Acerca de esta cuestión CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 102. *Jur. Woch.*, 1929, p. 2314; CARL BILFINGER, *Der Reichsparkommissar*, 1928, p. 17; además, *AöR*, XI (1926), p. 194 y *Zeitschrift für Politik*, vol. XX, 1930, pp. 81 ss.; R. THOMA, en *Grundrechten und Grundpflichten der Reichsverfassung*, de NIPPERDEY, 1929, vol. I, pp. 38 ss.; así como en el *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, publ. por ANSCHÜTZ y THOMA I, p. 143, y R. THOMA, en la misma obra, II, p. 154 (limitación, al menos, para las transgresiones de la Constitución), y en último término y muy señaladamente: E. JACOB, *Reichsverfassungsänderung*, en el Homenaje de las Facultades de Derecho con ocasión del 50.º aniversario de la fundación del Tribunal Supremo del *Reich*, 1929, I, pp. 233 ss.

individuales, dispensas, condonaciones, transgresiones, privilegios, etc. Ello significa con frecuencia una amenaza para la independencia del juez, y por esto debería admitirse un derecho de control judicial (defensivo) para garantizar la posición constitucional de la Justicia. Esto significaría una autodefensa de los Tribunales contra los injustos ataques de otros poderes del Estado. Los jueces pueden ser defensores de una parte de la Constitución, a saber, de aquella que se refiere a su peculiar fundamento y posición, de los preceptos relativos a la independencia del poder judicial. De esta cuestión nada dicen los considerandos de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, en la que tampoco se llega a una separación que juzgamos precisa respecto al derecho de control judicial: no aplicación de preceptos recogidos en leyes ordinarias que chocan con preceptos legales formulados en la Constitución, por una parte; por otra, defensa contra los ataques anticonstitucionales de otros poderes políticos, en particular del legislador, contra la independencia del poder judicial<sup>14</sup>. Cabe imaginar, sin embargo, que utilizando el recurso del artículo 105 y del artículo 103 RV, podrían evitarse los más graves abusos y denegar la posibilidad de aplicación a leyes de manifiesto carácter ex-

<sup>14</sup> La 3.ª Sala de lo civil tiene presente este derecho defensivo de control, cuando dice, en una resolución de 25 de enero de 1924 (RG, 107, p. 319): El artículo 105 RV, en relación con el artículo 103, impone a «los Tribunales la responsabilidad de vigilar para que la jurisdicción sea ejercida en todos los casos en que deben intervenir, según las leyes»; *cfi*: también, sin embargo, la subsiguiente resolución plenaria de 22 de febrero de 1924, *loc. cit.*, p. 323, según la cual los artículos 103 y 105 nada dicen acerca de la amplitud de la jurisdicción que han de ejercer los Tribunales. Respecto a un caso inverso de autoprotección del cuerpo legislativo contra la Justicia, *cfi*: anteriormente, p. 20, nota 26.

cepcional. En este caso habría de tenerse en cuenta, sin embargo, que el ejercicio del derecho de control judicial invocando el mencionado artículo de la Constitución, significaría una defensa, una salvaguardia de la Constitución en un aspecto distinto del de los casos que el Tribunal Supremo tuvo presentes en su sentencia de 4 de noviembre de 1925, y en los cuales solamente se trataba de una colisión entre dos subsunciones legales posibles ante un mismo hecho. Los considerandos de la sentencia del 4 de noviembre de 1925 se atienen estrictamente a la subsunción de hecho, y en modo alguno se pronuncian acerca de aquel otro derecho de control de los Tribunales que procura una autodefensa a la independencia del poder judicial.

Por último, de los considerandos de esta sentencia de 4 de noviembre de 1925 se infiere que el Tribunal Supremo no quiere comprobar la posible concordancia existente entre las leyes ordinarias del *Reich* y los principios generales de la Constitución (a diferencia de la concordancia que existe entre aquéllas y los preceptos legales concretos, subsumibles, contenidos en la Constitución). Tampoco reclama la comprobación general de una ley (o sea que prescindida de los hechos concretos que pueden subsumirse bajo los preceptos de la Constitución) en cuanto a su concordancia con el espíritu de la Constitución o a su observancia de los principios generales que constituyen el elemento jurídico o del Estado burgués de Derecho de la Constitución, a saber: los derechos fundamentales y la distinción de poderes. Los considerandos se apoyan, más bien, cautamente, por no decir de modo formalista, en la normatividad de los preceptos legales concretos formulados en la Constitución, que por su modalidad y lógica estructura permiten una

confrontación con la normatividad de la ley ordinaria. Ante todo, y de acuerdo con esta sentencia, no existe, en modo alguno, control judicial de una ley en cuanto a su concordancia con los principios generales de Derecho, como la buena fe, el derecho justo, la razón (*reasonableness, expediency*) y otras ideas de las cuales se sirve el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Incluso en la sentencia *RGZ*, vol. 118, pp. 326-327 (*JW*, 1928, pp. 102 ss.) se dice expresamente que el concepto de las buenas costumbres (art. 826 del Código Civil) sólo es adecuado para las relaciones de Derecho privado, pero no encuentra aplicación alguna a la relación de Derecho público que existe entre el legislador y el ciudadano; a su vez, el Presidente del Tribunal Supremo, doctor Simons, confirmando, al parecer, esta opinión de modo absoluto, ha manifestado que las diferentes Salas se vienen negando a censurar desde el punto de vista de la equidad jurídica una norma que ha llegado a promulgarse con arreglo a la Constitución, por entender que ello sería situarse por encima del «soberano legislador»<sup>15</sup>. Esta afirmación reviste especial interés, porque la Asociación de Jueces se había apoyado en una sentencia de la Sala 5, dictada el 28 de noviembre de 1923 (acerca del fundamento de una revalorización, para cada caso, y conforme a la equidad y a la buena fe, *RGZ*, 107, p. 78) para solicitar que el principio de la buena fe pudiera ser aplicado incluso frente a la regulación legal de la revalorización.

El derecho de control judicial asumido por el Tribunal Supremo tiene, por consiguiente, los caracteres de todo derecho de control judicial ejercido por los Tribunales sentenciadores: es sólo «accesorio», y únicamente

---

<sup>15</sup> *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1924, p. 243.

constituye, como manifiesta H. Triepel, una «competencia ocasional»<sup>16</sup>; sólo se ejercita de modo eventual, *incidenter*, en una sentencia judicial, y conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, en forma «difusa»<sup>17</sup>. Su efecto es la mera «acción de precedencia» del fallo de un Tribunal Supremo que en Alemania, por añadidura, coexiste con otros Tribunales Supremos del *Reich* y de los *Länder*. La diferencia que lo separa del derecho de control ejercido por el poder judicial norteamericano estriba esencialmente en la circunstancia de que este último defiende los principios generales y, por tanto, erige al Tribunal en protector y defensor del orden social y económico existente. En cambio, el Tribunal Supremo del *Reich*, dadas las limitaciones, ya mencionadas, que restringen su derecho de control, no ocupa ni de lejos una posición semejante a la del norteamericano. Respecto al control judicial alemán puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación. La Justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido. En un Estado como el actual *Reich* alemán, el derecho de control se apoya, por consiguiente, en normas que permiten una subsunción concreta al hecho. Una segunda cuestión se plantea cuando se trata de determinar hasta qué punto es posible otorgar al juez una cierta libertad de movimientos y señalar un campo de acción para su arbitrio en el sector del

---

<sup>16</sup> *Wesen uns Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Publicaciones de la Asociación de profesores alemanes de Derecho político, fase 5, p. 26

<sup>17</sup> Propongo el término «difuso» para designar el concepto opuesto al de derecho de control «concentrado» en una sola instancia.

Derecho privado, en virtud de conceptos imprecisos y generales, con referencia a las normas de la buena fe o a las costumbres mercantiles. Relaciones relativamente estables y conceptos sociales consolidados pueden procurar una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del Derecho público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos indeterminados desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los jurisconsultos y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno. En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad. «La sujeción a la ley, a la cual, únicamente, está sometido el juez, conforme al artículo 102, no significa solamente el límite, sino la razón genuina de la libertad de la decisión: para que el dominio de la ley manifestado en la sentencia judicial llegue a ser efectivo, deben desaparecer todas las demás obligaciones que se imponen al juez»<sup>18</sup>. El problema de la teoría del Derecho libre y de

---

<sup>18</sup> M. GRÜNHUT, «Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung», *Monatschrift für Kriminalpsychologie*, 1930, suplemento 3, p. 3; CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, pp. 274-276.

la judicatura «creadora», es por tanto, en primer término, un problema de Derecho constitucional<sup>19</sup>.

De todo lo antedicho resulta que el derecho de control judicial por parte del juez, en la decisión de los procesos, descansa en algo diametralmente opuesto a toda superioridad, de cualquier clase que sea, del juez con respecto a la Ley o al legislador. Tiene su origen en una

<sup>19</sup> El movimiento del Derecho libre ha ignorado muchas veces, a pesar de la referencia de RADBRUCH, *ArchSoz. W.*, NF, 4 (1906), p. 355, la relación constitucional existente entre independencia y sujeción. Muy acertadas son las palabras de E. KAUFMANN en el Congreso de profesores de Derecho político, de 1926 (*Veröffentlichungen*, fasc. 3, p.19): El juez debe mantenerse dentro del ámbito de su específica misión judicial, sin trastornar el orden existente entre juez y legislador, ni asumir funciones específicamente legislativas; su misión estriba simplemente en castigar la transgresión de ciertos límites extremos. A pesar de la «libertad» de la actividad «creadora» del juez, a pesar de la amplitud de su arbitrio y de ciertos conceptos imprecisos, sigue manteniéndose «sujeto a la ley» mientras permanece dentro del sistema del Estado *burgués* de Derecho. (Cfr. además, por ejemplo, W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 1928, p. 10: «La Justicia debe mantenerse completamente libre de la legislación», o H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1923, p. 52: «El complemento de las lagunas legales mediante la conciliación de intereses tiene que tomar como punto de partida una valoración de los intereses mismos, valoración que la misma ley realiza de un modo manifiestamente perfecto». Acerca de los límites del arbitrio judicial respecto a la estructura del nuevo derecho se consultará con utilidad JUNCKER, 3.<sup>a</sup> ed. del *Grundriss des Zivilprozessrechtes*, de STEIN, 1928, pp. 23-24; sobre el hecho de que no existe arbitrio «obligatorio», sino «legal» solamente, SCHEUNER, «Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte», *VerwArch*, 33 (1928), p. 77 (respecto de la Justicia esto es indudablemente cierto; en lo demás subsiste el problema de la diferencia entre disposiciones que «autorizan» para una actuación «libre» y normas de contenido obligatorio, que permiten una subsunción concreta aun cuando sólo sea por medio de referencias a normas como «buena fe», costumbres mercantiles, etc.).

especie de estado de excepción, cuando existen preceptos legales que se contradicen, y el juez, ante este conflicto de preceptos que se le plantea, se ve precisado a adoptar una resolución en el proceso<sup>20</sup>. Si para fallar en éste elige como fundamento de su decisión una de las disposiciones legales en litigio, la otra disposición queda sin aplicar, naturalmente. Esto es todo. Como ya hemos manifestado, no es exacto decir que el juez que pronuncia el fallo ha «negado validez» a la ley que dejó de aplicarse; con mayor exactitud podría decirse que se trata de una «no aplicación de la ley» a un proceso concreto objeto del fallo, que para las decisiones de otras instituciones produce un efecto de precedencia más o menos calculable. Ante todo la Justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley ordinaria, el poder judicial no se convierte en

---

<sup>20</sup> Acerca de la «capacidad decisora del juez», en casos de estado de excepción, conforme al Derecho constitucional, *cfi*: RAD BRUCH, *Soz. W.*, NF, 4 (1906), p. 355. En este trabajo se reconoce la relación existente entre la citada cuestión y el problema constitucional de la división de poderes (con referencia a HATSCHER, *Englisches Staatsrecht*, I, p. 1065), pero más tarde vuelve a ignorarse de nuevo, bajo la influencia de la crítica del movimiento del Derecho libre y acaso también impresionados por el vacío que en la época anterior a la Guerra se notaba en la teoría constitucional. La separación de poderes se desecha, considerándola como «racionalismo» (*cfi*: también E. KAUFMANN, *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig, 1908, p. 34). RAD BRUCH habla del «alma en pena de MONTESQUIEU» (p. 365), pero este espíritu es precisamente el espíritu mismo del Estado liberal de Derecho por el cual se ha decidido la Constitución de Weimar, y que sólo desaparecerá cuando dicho Estado de Derecho desaparezca. Respecto a las ideas de MONTESQUIEU acerca de la Justicia, *cfi* también más adelante, p. 246, nota 13.

defensor de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones. Precisa, además, tener en cuenta que la observancia del principio general de legalidad y, por añadidura, de legalidad constitucional, no constituye por sí misma una institución especial. De lo contrario, cada organismo público y, en fin de cuentas, cada ciudadano podría ser considerado como un eventual defensor de la Constitución, circunstancia que en algunas Constituciones se expresa cuando confían la defensa de la Constitución al celo de todos los ciudadanos<sup>21</sup>. Ahora bien, de ahí solamente resulta un derecho general a la desobediencia y, en último término, a la resistencia pasiva y hasta activa, lo que también se ha denominado «derecho revolucionario en caso de necesidad»<sup>22</sup>. Esta es la razón de que en ciertos tratados sistemáticos, el derecho de resistencia aparezca como una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir<sup>23</sup>. Sin embargo,

<sup>21</sup> Así se expresan las Constituciones francesas de 1791 (frase final), 1830 y 1848 (acerca del fracasado intento de sacar de esto consecuencias prácticas, *cf.* *Verfassungslehre*, p. 116). Recientemente, la Constitución de la ciudad libre de Danzig de 15-17 de noviembre de 1920-14 de junio de 1922, artículo 87: «Es deber de cada ciudadano proteger la Constitución contra ataques ilegales» o a la Constitución griega de 2 de junio de 1927, artículo 127: *La garde de la constitution es confiée au patriotisme des Hellènes* (DARST-DELPECH, p. 656).

<sup>22</sup> R. GNEIST, Informe para el 4.º Congreso de juristas alemanes: «¿Tiene que decidir el juez sobre la cuestión de si una ley ha llegado a efecto por procedimiento constitucional?», Berlín, 1863, p. 31.

<sup>23</sup> Por ejemplo R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, pp. 18 y 575; DAHLMANN, *Politik* (3.ª ed., 1847), pp. 197 ss.; BLUNTSCHLI, *Allg. Staatsrecht*, vol. 2, 4.ª ed., 1868, pp. 552 ss.;

la función constitucional del defensor de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Sólo entonces puede decirse que existe como institución dicho defensor de la Constitución. Por consiguiente, no podemos decir que sean defensores de la Constitución todas aquellas entidades y personas que eventualmente, mediante la no aplicación de leyes anticonstitucionales o el incumplimiento de mandatos de igual naturaleza, pueden contribuir a que la Constitución se respete y a que no queden vulnerados los derechos protegidos por la Constitución. Esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los Tribunales no sean considerados como defensores de la Constitución, aun en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso. Ciertamente que, por razón de la garantía establecida para la independencia del poder judicial, es acaso menos arriesgado para los Tribunales negar obediencia a las leyes y mandatos anticonstitucionales. Pero no es posible declarar defensores de la Constitución a una serie de entidades judiciales y administrativas por el mero hecho de que su defensa de la Constitución pueda llevarse a cabo con menores peligros que en el caso de cualquier otro organismo. Tampoco este criterio del menor riesgo puede servir de fundamento a ningún «defensor de la Constitución».

---

GÉNY en CHARLES EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, pp. 44 ss.

2. LÍMITES REALES DE TODO PODER JUDICIAL (JURISDICCIÓN PENAL EN CASO DE DELITOS POLÍTICOS CONTRA EL ESTADO Y LA CONSTITUCIÓN; ACUSACIÓN DE LOS MINISTROS)

Una nueva cuestión, independiente de las anteriores, es la que sigue: ¿qué puede hacer la Justicia, en general, para defender la Constitución y hasta qué punto es posible organizar dentro de su esfera instituciones especiales cuyo sentido y fin sean asegurar o garantizar una Constitución? El hecho de que esta naturalísima cuestión no haya sido planteada desde un principio, en los años de la posguerra, sino que de un modo casi exclusivo se haya pensado en una defensa judicial de la Constitución (ejercitada por un *Staatsgerichtshof*, situando al defensor de la Constitución con manifiesta ligereza en la esfera de la Justicia, se explica por diversas razones. En primer término, por la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho. Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable, sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho internacional, la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politización de la Justicia. Es cierto que un habilidoso método formulista logra sobreponerse a tales razones, y resulta incontrovertible, porque trabaja con ficciones que carecen de contenido y contra las cuales, por tal causa, es inútil luchar. De nada sirven dificultades ni objeciones

reales cuando llegan a ser despreciadas todas las distinciones concretas, y cuando se ignoran las diferencias efectivas que existen entre Constitución y ley constitucional, ley según el concepto del Estado de Derecho y ley en el sentido formal o político, es decir, cuando se olvida la diferencia efectiva que existe entre ley y sentencia judicial, o la distinción fundamental establecida por Triepel, entre sentencia en un litigio jurídico y conciliación de intereses<sup>24</sup>. En cuanto el Derecho puede transformarse en Justicia y la Justicia a su vez se hace formalista, llamándose Justicia a todo cuanto hace un organismo judicial, bien rápidamente queda resuelto el problema del Estado de Derecho; pero con semejante criterio, lo más sencillo sería hacer que el Tribunal Supremo estableciera a su leal saber y entender las normas de la Política, orientadas a perfeccionar, en sentido formal, el Estado de Derecho.

Una parte de la facilidad con que se propugna la creación de un Tribunal de Justicia Constitucional dotado de una competencia muy amplia, radica, acaso, en semejantes confusiones de conceptos. Pero de este modo no se crea una institución concreta, y por eso convendría evitar todo género de ingenuas alusiones al «Estado de Derecho». Con la frase «Estado de Derecho» no se logra para nuestro problema una solución definitiva. Precisamente cabe demandar instituciones diversas y hasta contradictorias, invocando el Estado de Derecho. Ciertos autores muy estimables juzgan que el derecho accesorio de control judicial es el único método adecuado a un Estado de Derecho, pero al mismo tiempo combaten

---

<sup>24</sup> *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, Homenaje de Berlín a W. KAHL, Tübingen, 1923, pp. 19 ss.

la existencia de un Tribunal específico de Justicia Constitucional porque necesariamente traería consigo una limitación del derecho general de control, y concentraría en un solo órgano toda la difusa actividad de control ejercitada por el estamento judicial entero, organismo que, además, resultaría políticamente fácil de captar y de influir. Hugo Preuss dice que ello equivaldría a «encomendar las ovejas al lobo»<sup>25</sup>, y H. Stoll dice: «El pleno derecho de control judicial es el verdadero coronamiento del Estado de Derecho». «Del mismo modo que los Tribunales administrativos independientes procuran control y protección contra las transgresiones del Esta-

---

<sup>25</sup> En la Comisión constitucional de la Asamblea Nacional de Weimar, *Protocolos*, pp. 483-484: «Ahora bien, pretendéis (frente al derecho general de control judicial) encontrar una salida, sustrayendo al Tribunal el derecho de control, pero creando, en cambio, un Tribunal excepcional (!), que pueda funcionar a petición de cien miembros del *Reichstag*. He aquí una regulación en la que —y perdonenme la expresión los miembros del *Reichstag*— hasta cierto punto se confían las ovejas al lobo. No se crea así un complemento para la protección jurídica cuando a cada ciudadano se le arrebatara parte de ella, desde el momento en que se sustrae al juez ordinario una de sus más importantes misiones.» Muy interesante es también otra de las manifestaciones del mismo autor: «Algo muy distinto es que, sin carácter exclusivo... pretendáis conceder a un determinado número de miembros del *Reichstag* la posibilidad de resolver semejante cuestión (la de la constitucionalidad material de una ley). Esto podría justificarse teniendo en cuenta que en la práctica sólo raras veces se llegaría a practicar semejante prueba de la constitucionalidad.» Este error de PREUSS se explica porque ni percibió ni supo prever la extraordinaria extensión de los llamados derechos fundamentales. Contra la llamada solución austriaca (*cf.* anteriormente, p. 13) y la tutela ejercida por el Tribunal Supremo, que trasciende en los proyectos presentados (*cf.* anteriormente, p. 13, nota 13); véase en particular: F. MORSTEIN MARX, *op. cit.*, pp. 116 ss. y 139 ss.

do que administra, también deben existir órganos independientes que vigilen al Estado como legislador»<sup>26</sup>. En el siglo XIX, y haciéndose frecuente uso de giros análogos referidos al Estado de Derecho, se demandaba la responsabilidad ministerial exigida por vía judicial, creyéndose que ésta era la clave y la cúspide de la Constitución. «La responsabilidad jurídica de los ministros, decía Gneist<sup>27</sup>, representa el complemento definitivo del Estado de Derecho». «La responsabilidad jurídica de los Ministros no es sólo la clave de la responsabilidad de los funcionarios, sino del Estado de Derecho en general; es la máxima garantía del Derecho público: sin ella, la Constitución y los derechos constitucionales están expuestos a toda clase de violencias y abusos; sin ella, todo el Derecho público de una nación no es sino una *lex imperfecta*»<sup>28</sup>. A continuación mostraremos, sin em-

<sup>26</sup> *Jahrbücher* de IHERING, 76, pp. 200-201, *Jur. Wochenschrift*, 1926, p. 1429 (nota a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1925; en este caso STOLL se decide, ciertamente, por el «modelo austriaco»), además en la obra de conjunto de NIPPERDEY, *Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*, vol. III, Berlin, 1930, p. 187. Igualmente MORSTEIN MARX, *op. cit.*, pp. 151-152: «Nada menos que la legalidad de la legislación, la judicialidad de la legislación queda realizada por vía jurídica ordinaria mediante la ilimitada atribución de control judicial. Solamente así se perfecciona el Estado de Derecho». F. ADLER, *Verfassung und Richteramt*, *Z. f. ö. Recht*, vol. X (1930), p. 120, considera el derecho general y homogéneo de control como cosa natural, y la concentración en una instancia específica como una «solución artificiosa».

<sup>27</sup> *Der Rechtsstaat*, Berlín, 1872, p. 175.

<sup>28</sup> SCHULZE, *Preussisches Staatsrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1888-1890, vol. 2, p. 905; de acuerdo con él, PISTORIUS, *Der Staatsgerichtshof und die Ministerverantwortlichkeit nach heutigen Deutschem Staatsrecht*, Tübingen, 1891, p. 209. R. MOHL dice en la «Introducción» a la *Verantwortlichkeit der Minister* (1837), «Una ley acerca de la res-

bargo, que precisamente, según todas las experiencias, la responsabilidad judicial de los Ministros resulta casi desprovista de interés y de importancia frente a su responsabilidad política, y que la coronación y perfeccionamiento del Estado de Derecho por semejantes formalismos judiciales resulta problemática en la misma medida que se perfecciona el formalismo judicial. En todo caso, de estas experiencias históricas y de la diversidad de acepciones de la frase «Estado de Derecho» resulta que acaso convenga cludir la invocación abstracta a «este» Estado de Derecho, y que en lugar suyo deban utilizarse distinciones y conceptos tomados de una teoría concreta de la Constitución.

Prescindiendo de la confusión y de la comodidad que encierra la frase Estado de Derecho; prescindiendo, además, de la necesidad generalmente sentida de una centralización y concentración del derecho de control difuso, que en Alemania detentan numerosos Tribunales Supremos, acaso existe todavía una explicación nueva y más interesante del hecho de que, en la actualidad, quiera erigirse un Tribunal Judicial decisivo como defensor de la Constitución. Cuando se demanda una defensa de este género, se aspira, naturalmente, a lograr una defensa precisa, y se toma como punto de partida la idea de un peligro concreto que viene de una determinada dirección. El defensor no debe ser abstracto, sino que ha de defender contra peligros determinados y concretamente temidos. Mientras que en pasadas épocas, durante el siglo XIX, el peligro amenazaba desde el Gobierno, y venía, por consiguiente, de la esfera del poder « ejecu-

---

ponsabilidad ministerial es considerada por la mayoría como la clave del edificio constitucional del Estado».

tivo», las preocupaciones actuales se asestan actualmente al legislador. La regulación constitucional se dedica en la época presente, en gran parte, a la misión de defender ciertas actividades e intereses que, por lo demás competen a la simple legislación, contra el legislado mismo, es decir, contra las variables mayorías parlamentarias. El «anclaje» constitucional tiende a asegurar intereses determinados, en particular los intereses de minoría contra las mayorías de cada momento. En ello radica una notable alteración de funciones, y una tendencia orientada contra el democrático principio de mayorías. Según la concepción de J. St. Mill —que ha suministrado numerosas construcciones políticas, típicamente liberales, al siglo XIX, y que en la actualidad influye todavía los idearios políticos mucho más intensamente de lo que cabría suponer dada la absoluta falta de conciencia histórica que caracteriza a los defensores de dichos idearios—<sup>29</sup> la «verdadera» democracia puede

---

<sup>29</sup> J. ST. MILL, *Considerations on Representative Government* (1.<sup>a</sup> ed., 1861), cap. 7: «Of true and false Democracy». La falsa democracia es sólo representación de la mayoría, la verdadera es representación de todos, incluso de las minorías. La «verdadera» democracia es, naturalmente, la «verdadera». En la realidad, es un liberalismo que se protege contra la democracia, como ha expuesto con exactitud L. v. OTTLIK, «Diktatur und Demokratie», *Arch. Geschichte der Philosophie und Soziologie*, xxxix (1930), p. 223. Semerjantes definiciones, que operan con la distinción entre verdadero y falso, auténtico y apócrifo, no son, en modo alguno, privativas de los románticos alemanes y de OTTHMAR SPANN. Son más bien reflejos de distinciones genuinamente políticas, y su «verdadero» o «falso», «auténtico» o «apócrifo» es el reflejo de una distinción concreta entre correligionarios y enemigos. Acerca de la concordancia esencial del proceso ideológico de los social-demócratas austriacos y de la construcción liberal del Estado de J. ST. MILL *cfr.* las notas 26 y 27 de mi conferencia sobre Hugo Preuss (fasc. 7

definirse también, ciertamente, como defensa de la minoría; su peculiar y verdadera esencia ha de ser un compromiso constante entre mayoría y minoría<sup>30</sup>. Con ayuda del epíteto «verdadero» o «falso» puede transformarse, en efecto, todo concepto político, e incluso la concepción tradicional de que en la democracia decide la mayoría, y que la minoría, vencida, se ha equivocado acerca de sus verdaderos deseos, puede convertirse en la opinión contraria. De cualquier manera que sea, a dicha mutación funcional de la regulación constitucional sigue siempre, naturalmente, una mutación ideológica respecto al defensor de la Constitución. Mientras que en el siglo XIX se pensaba, ante todo, en una defensa contra el Gobierno, en la actualidad se tiene presente con frecuencia, de un modo exclusivo, la defensa contra la legislación impuesta por la mayoría parlamentaria. Ahora bien, si el peligro para la Constitución amenaza ahora desde la esfera legislativa, es evidente que el legislador no puede prestar ya la defensa deseada. No se buscó el defensor en la esfera del poder ejecutivo porque siempre se estaba bajo la impresión de la lucha secular que la

---

de la Colección *Rech und Staat*, Tübingen, 1930, p. 34), y además, más adelante, p. 257.

<sup>30</sup> Kelsen, *Informe al Congreso de profesores de Derecho político 1928*, Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho político, fasc. 5, p. 81. Acaso existe, junto al concepto «formal» de los monárquicos, certeramente establecido por A. HENSEL, *AöR*, NF, vol. XV, p. 415 («sería monárquico, entonces, quien fuera de opinión diferente que la Escuela vienesa»), otro concepto formal de los demócratas, análogamente construido. La puntualización de HENSEL no es un simple rasgo de agudeza; con sus acertadísimas sátiras acierta también a encontrar el punto esencial: que en Derecho público, el formalismo, precisamente, puede tener un sentido específicamente político.

Constitución tenía que reñir contra el Gobierno. Ahora bien, si el defensor no pertenece a la esfera del poder legislativo ni a la del ejecutivo, no queda ya aparentemente otro recurso que el judicial. Semejante método de ideación revela de nuevo cuán viva es todavía en Alemania la teoría de la separación de poderes con su tradicional división tripartita. Enlazada en dicho país con la tradición cada vez más tenaz y robusta del Estado judicial de la Edad Media, conduce a las aspiraciones «naturalísimas» de un Tribunal soberano.

Mas, en primer término, se plantean las siguientes cuestiones: ¿hasta qué punto es posible instituir dentro de la esfera de la Justicia el defensor de la Constitución? En principio, en términos generales, ¿cabe imaginar con carácter judicial la función de un defensor de la Constitución? Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad, ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, un disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?

Para responder a estas preguntas interesa examinar primordialmente aquellos casos en los que una transgresión de los preceptos concretos formulados en la Constitución da lugar a un proceso penal, civil o contencioso administrativo. En los dos últimos casos, la defensa jurídica sirve los intereses de una de las partes y satisface sus demandas. Semejante defensa de la Constitución sólo se logra en los procesos criminales relativos a determinados delitos: alta traición y otras acciones punibles, en las que la Constitución aparece, en su conjunto (a diferencia de sus disposiciones aisladas), como objeto de la protección penal. El carácter político de tales procesos se revela por las divergencias que lo distinguen

de otras competencias penales: en los procesos de alta traición, por ejemplo, es competente en primera y en última instancia el Tribunal Supremo (*GVG*, § 134); la ley —más tarde derogada— para la protección de la República, de 21 de julio de 1922 (*RGB*, I, p. 525) estatuyó un Tribunal de Justicia Constitucional como resorte especial para la jurisdicción penal de carácter político. En otros Estados, a semejanza de la Cámara Alta inglesa, existe una segunda Cámara que actúa como Tribunal de Justicia Constitucional; conforme al art. 9 de la Constitución francesa de 24 de febrero de 1875, por ejemplo, la segunda Cámara, el Senado, puede constituirse en Tribunal de Justicia (*Cour de Justice*) para proceder contra el Presidente de la República o contra los Ministros y para entender, además, en los ataques contra la seguridad del Estado (*attentats commis contre la sûreté de l'Etat*). Incluso el más consecuente Estado de Derecho se apartará en tales casos, por consideraciones políticas, de la competencia general de los Tribunales ordinarios<sup>31</sup>. Prescindiendo de todas las variantes, trátase todavía en este caso del castigo de una culpa que finca en el pasado, para realizar una justicia penal represiva y vindicativa. Semejante justicia penal constituye una misión muy importante, y en sentido general y amplio puede señalarse como defensora de la Constitución. No obstante, con ello no queda resuelto el problema del defensor de la Constitución, pues a consecuencia de su tipo judicial, esta protección de la Constitución queda limitada a hechos ultimados y pretéritos, pero los casos

---

<sup>31</sup> Cfr. a este respecto *Verfassungslehre*, p. 134; además H. TRIEPEL, *Informe al Congreso de Profesores de Derecho político*, 1928, *op. cit.*, pp. 9 ss.

genuinamente interesantes de la protección constitucional quedan fuera del ámbito judicial. Tan pronto como se realiza de un modo consecuente la judicialización se desarrolla un procedimiento regular con alternación de las partes, esta protección no representa, en esencia más que un correctivo impuesto *a posteriori*, puesto que sólo pueden subsumirse, bajo preceptos legales anteriores, hechos que aparezcan perfectamente terminados.

En este aspecto es muy instructiva la experiencia de los Tribunales en materia de acusación contra los ministros. Benjamin Constant, un paladín liberal de esta institución, se daba perfecta cuenta de la rareza y enormidad de una acusación ministerial. En su famoso escrito sobre la responsabilidad de los ministros (1815) manifiesta que la ley que regula dicha responsabilidad no puede ser «precisa ni detallada, mientras que, según los principios del Estado de Derecho, se requiere en el Derecho penal y en su procedimiento que el caso enjuiciado se halle claramente definido». «*C'est "une loi politique" dont la nature et l'application ont inévitablement quelque chose de discrétionnaire*». Por esta razón debería también ser competente, a su juicio, un Tribunal de naturaleza especializada, a saber, una Cámara de Pares caracterizada por su independencia y neutralidad. La esencial característica, al mismo tiempo, el correctivo general, consiste también en este caso en la publicidad de la discusión, «*la publicité de la discussion*», idea central del pensamiento liberal. El Ministro no puede lamentarse de que en este caso no se observen las garantías destinadas a la protección del acusado, que son normales en el procedimiento penal, puesto que el acusado ha convenido un contrato especial con el Estado a cuyo servicio se puso. Si de una parte su orgullo se siente satisfecho con el elevado y espléndido rango d

Ministro, por otra debe arrostrar también el riesgo de un proceso político de esta naturaleza, y comparecer ante un Tribunal que en muy amplia escala juzga según su libre arbitrio (*arbitraire*). «*Mais cet arbitraire est dans le sens de la chose même*». Además, esta arbitrariedad se atenúa por la solemnidad de la forma, la publicidad de la discusión, el eco que encuentra en la opinión pública, la selección de los jueces y la peculiaridad de la pena<sup>32</sup>. Hacemos aquí referencia a la posición de un representante clásico del constitucionalismo liberal, porque muestra un razonable sentido de la peculiaridad del procedimiento, porque señala las dificultades de una Justicia política, y porque tales planteamientos distan mucho de ser toscas abstracciones. Pero aun teniendo muy en cuenta las particularidades de la Justicia política, resulta inevitable el efecto paralizador que la judicialidad produce en el orden político. Las experiencias del siglo XIX así lo han revelado; incluso puede decirse que esa ha sido la experiencia histórico-constitucional más genuina, y el núcleo de todos los litigios de política interna entre la monarquía y los ciudadanos alemanes en el siglo XIX. En efecto, en las monarquías constitucionales alemanas la responsabilidad judicial de los Ministros tenía precisamente la intención política de evitar una responsabilidad política del Ministro, y de hacer políticamente inocua, en lo posible, toda «responsabilidad»<sup>33</sup>. La judicialidad era el medio más seguro para conseguir la ineficacia política. Consolábanse entonces diciendo que el Tribunal de Justicia Constitu-

<sup>32</sup> *De la responsabilité des Ministres*, París, 1815, pp. 36, 44, 52, etc. Cfr. más adelante, p. 242, acerca de la gran importancia de CONSTANT para la teoría constitucional del Estado liberal de Derecho.

<sup>33</sup> *Verfassungslehre*, p. 331.

cional ha cumplido ya su fin «cuando su existencia conduce al resultado de que su intervención es innecesaria»<sup>34</sup>. Actualmente, la institución de la responsabilidad judicial de los Ministros ha perdido su importancia práctica, y el art. 59 de la Constitución de Weimar, residuo de las luchas entre el Parlamento y la monarquía, resuelve el hecho concreto y el objeto de la responsabilidad en algo ilimitado, cuando establece que la acusación puede fundarse no sólo en la transgresión culpable de que ha sido objeto la Constitución del *Reich*, sino incluso en la vulneración de una ley cualquiera<sup>35</sup>.

Para interpretar mejor esta experiencia histórico constitucional, vamos a limitarnos al caso más importante y comentado de un litigio constitucional durante

---

<sup>34</sup> PISTORIUS, *op. cit.*, p. 209; *cfr.* también la frase de OTTO MAYER citada anteriormente en la p. 22. Por lo demás, sabido es que ni siquiera la responsabilidad judicial se ha exigido en Prusia y en el *Reich*. Donde se había estructurado de un modo variable, como en la mayor parte de los Estados de Alemania central, se redujo sin dificultad a la ineficacia, desde que se estatuyó la subordinación de dichos Estados a la Confederación germánica. «La Constitución que establecía la responsabilidad más eficaz de los Ministros, la del Electorado de Hesse, se derrumbó en el año 1850 bajo las acometidas de la Dieta Federal»; F. THUDICHUM, «Die Minister-Anklage nach geltendem deutschem Recht und ihre Unrätlichkeit in Reichs-sachen», *Annalen des Deutschen Reiches*, 1885, p. 668.

<sup>35</sup> Sobre la crítica del artículo 59, *cfr.* ante todo BINDING, *Die staatsrechtliche Verantwortlichkeit (Zum Leben und Werden der Staaten*. Múnich y Leipzig, 1920, p. 408): «Fácilmente se comprende que en esta acusación a los Ministros no se ha conservado ni un átomo de su pasada naturaleza, que derivaba de la cooriginalidad del pacto entre el Rey y la Nación». La fuerza del razonamiento sustancialmente jurídico que siempre es tan admirable en BINDING, se conserva también en estas disquisiciones constitucionales, en las que igualmente acierta a señalar lo esencial: La Constitución era anteriormente un contrato, pero hoy ya no lo es.

el siglo XIX, el conflicto prusiano de 1862-1866, apoyando nuestro examen en el tratado escrito por uno de los más famosos constitucionalistas alemanes, el profesor Anschütz. Dicho profesor ha reclamado con especial empeño, y como demanda consubstancial al Estado de Derecho, la institución de un Tribunal de Justicia Constitucional competente para todas estas cuestiones<sup>36</sup>. Si tenemos en cuenta sus manifestaciones y su criterio respecto a aquella interesante pugna constitucional de 1862, resulta lo siguiente: Según Anschütz es «naturalismo» que un Tribunal de Justicia Constitucional falle solamente en cuestiones jurídicas (en oposición a cuestiones políticas). «Yo no creo, dice, que acerca de este particular precise advertir ninguna otra cosa»<sup>37</sup>. Pero respecto a la cuestión —de que se trataba en el conflicto constitucional prusiano— de si el Gobierno puede continuar su gestión sin Ley de Presupuestos, dice nuestro autor, textualmente, en el tratado escrito en colaboración con Meyer: «Aquí termina el ámbito del Derecho político; la cuestión relativa a cómo ha de procederse cuando no existe una Ley de Presupuestos, no es una cuestión jurídica»<sup>38</sup>. Así pues, según Anschütz, ¿qué hubiera podido hacer un Tribunal prusiano o alemán de Justicia Constitucional si hubiera tenido que decidir el conflicto constitucional prusiano que nos ocupa? De una parte, el Tribunal de Justicia Constitucional reduce su competencia a las «cuestiones jurídicas», de otra, la

<sup>36</sup> Cfr. anteriormente, p. 13, nota 13.

<sup>37</sup> *Deliberaciones del Congreso de Juristas alemanes 1926*, Berlín, 1927, p. 13.

<sup>38</sup> MEYER-ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*. Múnich y Leipzig, 1919, 7.ª ed., p. 906.

cuestión rebasa el ámbito del Derecho político. Tomando como base las manifestaciones de Anschütz frente a un caso tan concreto e importante como el conflicto constitucional prusiano de 1862, no existe posibilidad de fallo judicial. Y, sin embargo, el valor de un Tribunal semejante estriba precisamente en que todos los litigios constitucionales sean tramitados jurídicamente y fallados por sentencia judicial. La posibilidad de un *non liquet*, que ya R. Mohl señalaba para la acusación contra los Ministros, y el «caso demasiado posible» de que el juez «tenga que declarar dudoso el sentido de la ley»<sup>39</sup> no son tenidos en cuenta, en modo alguno. Así, pues, con una concepción semejante a la de Anschütz se incurriría en dificultades y contradicciones a cada serio conflicto constitucional que se planteara. Ello estriba precisamente en la naturaleza de la cosa, que dificulta de un modo extraordinario todo enlace de Justicia auténtica y genuino conflicto constitucional, dificultad que no se obvia declarando facultado al Tribunal de Justicia Constitucional para establecer por sí mismo el sentido dudoso de un precepto legal formulado por la Constitución.

La análoga estructura simplista que en la actualidad revelan todas las diferencias políticas de opinión acerca de las premisas y contenido de las atribuciones político-constitucionales, puede ser ilustrada mediante otro ejemplo distinto, aunque de la misma especie en el aspecto que aquí nos interesa. En virtud de un decreto de 18 de julio de 1930 (*RGBl*, p. 299) el Presidente del *Reich* disolvió el *Reichstag* con el siguiente alegato: «Habiendo acordado el *Reichstag*, en su sesión de hoy, exigir que sean derogados los Decretos de 16 de julio promulgados

<sup>39</sup> R. Mohl., *Die Verantwortlichkeit der minister*, 1837, p. 185.

por mí haciendo uso de las atribuciones que me confiere el art. 48 de la Constitución del *Reich*, disuelvo el *Reichstag* en virtud del artículo 25 de la mencionada Constitución». El Gobierno del *Reich* ha confirmado en gran parte, en el decreto de 26 de julio de 1930 (*RGBl*, I, p. 311), promulgado a tenor de las atribuciones del art. 48 RV, aquellos decretos cuya derogación había sido requerida por el *Reichstag* disuelto. Entre las numerosas dudas y divergencias de opinión que en el orden jurídico-constitucional suscita este caso (dudas que sólo unos cuantos obstinados partidarios de un ciego normativismo solicitaban que fueran falladas en su conjunto por el *Staatsgerichtshof* de Leipzig, en diciembre de 1930), hay una cuestión que reviste particular importancia: si la aplicación del art. 48, llevada a cabo en el decreto de julio de 1930 significa una suplantación anticonstitucional de las atribuciones legislativas propias de la mayoría del *Reichstag*, y si, además, puede decirse con razón que el *Reichstag* ya no reunía mayoría y, por consiguiente, era incapaz de seguir actuando. En concreto, todo depende a su vez de si el Gobierno ha hecho lo posible para lograr una mayoría, problema violentamente discutido en los diarios y en las propagandas electorales. Naturalmente no hemos de ocuparnos aquí de los argumentos capciosos y de las campañas de agitación de los partidos. Pero, a manera de indicio muy característico, citaremos los siguientes criterios contrapuestos, que tomamos del mismo fascículo correspondiente a una revista social-demócrata muy autorizada. En el fascículo 8, año I de las «*Neuen Blätter für den Sozialismus*» (agosto de 1930) dice August Rathmann, en la p. 340, en un trabajo titulado «Ofensiva burguesa contra el Parlamento y la Constitución»: «El proceder del Gobierno Brüning sería disculpable si subje-

tivamente tuviera la convicción de que en modo alguno podía lograrse una mayoría capaz de gobernar. Pero ninguna tentativa ha hecho para lograr esa mayoría orientándose hacia la izquierda, que es donde únicamente hubiera podido obtenerla: antes bien, ha despreciado y esterilizado todos los intentos que, rayanos ya en el sacrificio, han hecho otros partidos, particularmente los social-demócratas. El asunto es manifiestamente claro: el Gobierno Brüning quería una mayoría apoyada por la derecha, o nada. Como la primera solución era irrealizable, prefirió ser Gobierno de minoría y mantenerse en el poder mediante un abuso táctico del art. 48. Con ello desaparece la posibilidad de atribuir buena fe al Gobierno Brüning, en el sentido de que estime realmente existentes las premisas necesarias para la aplicación del art. 48. Se trata, pues, de una infracción de la Constitución, lisa y llanamente, y nada más». Pero en el mismo fascículo encontramos, en la p. 364, el siguiente comentario de Eduard Heimann: «Considero falso que, como se dice en las declaraciones oficiosas de la social-democracia, hubiera sido posible una mayoría de izquierda... Sin el partido popular no hubiera existido mayoría de ningún género. En esta cuestión, Brüning no tenía posibilidad de elegir; había de buscar una mayoría de derechas, y en caso de que esta solución fracasara no le quedaba más recurso que decidirse por la disolución del *Reichstag* o por el art. 48». Si acerca de un asunto que tan inmediatamente se halla planteado ante nosotros existen tales divergencias de opinión entre compañeros de un mismo partido y de una misma revista, cabe inferir naturalmente ---y sólo éste es el propósito de las antedichas referencias--- que cuando se adoptan criterios jurídico-constitucionales interesa más, y exclusivamente, el *quis judicabit*,

es decir, la decisión concreta y personal que la seudonormatividad de una competencia judicial. De acuerdo con la Constitución vigente del *Reich*, la decisión ha de tomarse, según los casos, por el Gobierno del *Reich*, por el Presidente del *Reich* con el refrendo del Canciller del *Reich*, o por el *Reichstag*. Si este último resulta efectivamente incapaz de reunir una mayoría y de seguir actuando, es decir, si no se halla en condiciones de hacer uso de sus atribuciones constitucionales (por ejemplo, para acordar expresamente —según el art. 54— que le sea retirada la confianza al Canciller del *Reich*, o según el art. 48, ap. 3, para acordar una moción pidiendo que sean derogadas las disposiciones que se decretaron según el art. 48, ap. 2), un Tribunal no puede suplir estos defectos. Por otra parte, si, en lugar de este organismo, competente según la Constitución, se instituyera un Tribunal de Justicia Constitucional, con obligación de fallar sobre todas las dudas y diferencias de opinión que se produjeran, y la intervención de este Tribunal pudiera ser requerida por una mayoría del *Reichstag* acaso incapaz de adoptar otras decisiones, e incluso por una minoría, este Tribunal de Justicia Constitucional vendría a ser una institución política junto al *Reichstag*, al Presidente del *Reich* y al Gobierno del *Reich*, y no se hubiera logrado otra cosa que avalar o prohibir, bajo apariencias de judicialidad, determinados actos de gobierno, en virtud de ciertos considerandos jurídicos. Ninguna ficción, por extrema que fuese, podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una institución política, y lo valorara como tal. Las dificultades y contradicciones a que conduce todo contacto de la Justicia efectiva con los más serios conflictos constitucionales, se manifiestan de un modo palpable.

El carácter problemático de este nexo ha sido examinado por R. Smend (en su libro *Verfassung und Verfassungsrecht*) y H. Triepel (en su informe para el Congreso de Profesores alemanes de Derecho político, 1928<sup>40</sup>). Ahora bien, sobre la base de las experiencias realizadas hasta ahora, plantéase a todo Tribunal una simple alternativa, que en el caso del Tribunal de Justicia Constitucional resulta evidente para la acusación a los Ministros, y que se repite siempre cualquiera que sea la estructura de la «jurisdicción política» o «Justicia constitucional» que controle los actos del legislador y del Gobierno: o bien existe una infracción constitucional manifiesta e indudable, y entonces el Tribunal ejerce una especie de justicia represiva y vindicativa, señalando en cierto modo un «culpable» de los hechos acaecidos; o el caso resulta dudoso e incierto, sea por razones de hecho, sea por la necesaria imperfección y vaguedad de toda Constitución escrita, en general, o por los peculiares caracteres de la segunda parte de la Constitución de Weimar, en particular, y entonces no existe una «pura cuestión jurídica»: en este caso, la decisión del Tribunal es algo muy distinto de un fallo judicial, algo diferente de Justicia. La lógica interna de toda judicialidad llevada hasta sus últimas consecuencias conduce inevitablemente al resultado de que el fallo judicial genuino sólo se produce *post eventum*. Si se intenta corregir este inconveniente facultando a los Tribunales para dictar re-

---

<sup>40</sup> SMEND, *op. cit.*, p. 135; TRIEPEL en las Publicaciones de Asociación de profesores alemanes de Derecho político, fasc. 1929, p. 8: «La esencia de la Constitución se halla *hasta un cierto grado* en contradicción con la esencia de la jurisdicción constitucional (la frase «hasta un cierto grado» está subrayada en el original

soluciones provisionales, el juez queda en una situación tal que, o bien ha de adoptar unas medidas políticas, o ha de impedir otras, y como consecuencia procederá activamente en el orden político quedando convertido en factor dominante de la política interior, y, en ciertos casos, incluso de la exterior; su independencia judicial no puede eximirle ya de la responsabilidad política, si es que ésta debe continuar existiendo<sup>41</sup>. La independencia

<sup>41</sup> Acerca de la admisibilidad de las resoluciones provisionales del *Staatsgerichtshof*, según el artículo 19, *cf.*: FR. GIESE, *DJZ*, 1929, p. 132; GIESE considera «absolutamente inocuo estimar como admisible el mandato o la prohibición de actos de soberanía del Reich por el procedimiento de resoluciones provisionales». En sentido afirmativo se pronuncian también HEINSHIEIMER, *Jur. Woch.*, 1926, p. 379, LAMMERS, *id.*, p. 376, W. SIMONS, «Introducción» a LAMMERS-SIMONS, II, p. 11. En sentido contrario opina el Presidente del Tribunal Supremo de Hacienda JAN, *Darf der Staatsgerichtshof einstweilige Verfügungen erlassen?*, *Jur. Woch.*, 1930, especialmente en las pp. 1160 y 1162: «Estas resoluciones son privativas del Gobierno, al cual corresponde la responsabilidad», y en la p. 1163 (contra la analogía con el art. 944 ZPO, según el cual, en caso de urgencia, el Presidente puede adoptar una resolución provisional, en sustitución del Tribunal): «Ello significaría dar a una sola persona el derecho de definir soberanamente por encima del Presidente del Reich, de los Ministros, del Reichstag y de los Landtage. Pero esto no me parece compatible con las concepciones de una Constitución democrática, como la creada en Weimar.» Respecto a la jurisprudencia del *Staatsgerichtshof*, *cf.*: Sentencia de 17 de noviembre de 1928 (*RGZ*, 122, anexo, pp. 18 ss.; LAMMERS-SIMONS, I, pp. 156 ss.): El *Staatsgerichtshof* asumió esta atribución, pero precisa tener en cuenta que se trataba en este caso de una reclamación pecuniaria. La admisibilidad de las resoluciones provisionales resulta, al parecer, reconocida en principio en la sentencia de 10 de octubre de 1925 (*RGZ*, 111, anexo, pp. 21 ss. LAMMERS-SIMONS, I, p. 212) teniendo en cuenta la posibilidad (y como garantía) de su ejecución, y con este interesante argumento: «Nada implica que deba quedar excluida la posibilidad de decretar resoluciones provisionales»; exa-

judicial pierde su fundamento constitucional en la misma medida que se aleja del contenido indudable de los preceptos constitucionales. Precisamente es inevitable que la Justicia, mientras siga siendo Justicia, llegue siempre demasiado tarde en el aspecto político, y tanto más cuanto más sólido y esmerado, cuanto más propio del Estado de Derecho y más judicial sea el procedimiento. En los casos de transgresiones constitucionales evidentes, que no suelen ser cosa de todos los días en un Estado de cultura, sólo se llega en las más favorables circunstancias al castigo del culpable y a la reparación de una injusticia que pertenece ya al imperio del pasado. En los casos dudosos se revela la desproporción existente entre la independencia judicial y su indudable premisa, la estricta sujeción a una ley que establece obligaciones concretas.

Todo ello resulta comprobado no solamente por experiencia en materia de acusación contra los Ministros, sino por otras experiencias prácticas. Más adelan-

---

minando el asunto detenidamente esto equivale a decir: ¿y por qué no? En cambio, existe toda una serie de casos en que se han denegado propuestas de resoluciones provisionales: Sentencia de 23 de octubre de 1929 (RGZ, 126, anexo, pp. 1 ss.; LAMMERS-SIMONS, II, p. 72), en la que se establece una limitación de principio: «Solamente con gran cautela y para casos excepcionales»; de especial importancia es la sentencia de 13 de julio de 1929 (LAMMERS-SIMONS, II, p. 98): el *Staatsgerichtshof* no puede entorpecer mediante una resolución provisional la promulgación de leyes aprobadas; ante todo, la declaración contenida en la sentencia de 17-18 de julio de 1930 (RGZ, vol. 129, anexo, p. 31), según la cual «el *Staatsgerichtshof* debe en lo futuro hacer uso, con la máxima precaución comedido, de toda ordenación provisional, como lo ha hecho hasta ahora». Además, en esta sentencia se dice expresamente que al adoptar dichas resoluciones provisionales trata de una conciliación de intereses, y no de crear jurisprudencia.

(en el apartado 4 de este Capítulo) hablaremos todavía de la peculiaridad de un Tribunal de Justicia Constitucional en una organización federal, y del *Staatsgerichtshof*, según el art. 19 RV. En la realidad de la vida política queda patente por doquier el principio general que siempre preside las relaciones entre defensa de la Constitución y Justicia. Esta es la causa de que, incluso en el Estado de Derecho más consecuente y sincero, las correcciones y modificaciones de la judicialidad sean inevitables tan pronto como se trata de un caso relacionado con la Constitución. Del mismo modo que en Derecho tributario se ha evidenciado la necesidad de establecer que en la interpretación de las leyes fiscales precisa «tener en cuenta su finalidad, su importancia económica y la evolución de las circunstancias» (art. 4 de la Ordenanza general de Tributación del *Reich*), así también, y acaso con más razón todavía, resulta imposible desatender los hechos concretos en materia de Derecho constitucional. ¿Por qué razón existen diferencias entre los Estados respecto a categorías de delito como la alta traición o el atentado a los fundamentos del Estado, sustrayéndolos a los Tribunales penales ordinarios e instituyendo un Tribunal Supremo como primera y última instancia, o un Tribunal de Justicia Constitucional, como resorte específico, para la protección de la seguridad del Estado?<sup>42</sup> ¿Con qué derecho se limita o se deniega la capacidad de control a los Tribunales ordinarios por un Tribunal político o constitucional, y con qué derecho se otorga de modo exclusivo a ciertos organismos políticos (Gobierno, Parlamento, etc.; art. 13 RV, apartado 2, solamente a los organismos centrales

---

<sup>42</sup> Cfr. anteriormente, p. 49.

«competentes» del *Reich* o de un *Länder*) la atribución de llevar el procedimiento ante un Tribunal político o constitucional semejante?<sup>43</sup> ¿Por qué razón es natural e inevitable la consideración especial de cuestiones de oportunidad, como las que se aducen, por ejemplo, en el sector del Derecho tributario federal en la competencia entre el Tribunal de Hacienda del *Reich* y el Consejo del *Reich*?<sup>44</sup> ¿Por qué razón, en la Ley general de 30 de agosto de 1924 (el llamado Plan Dawes) se preveía, frente a la decisión del Tribunal de ferrocarriles del *Reich*, que el Gobierno o la organización ferroviaria

---

<sup>43</sup> Según el proyecto alemán de 1926 (*DJZ*, 1926, col. 842), el *Reichstag*, el Consejo del *Reich* o el Gobierno del *Reich* pueden requerir el fallo del Tribunal de Justicia Constitucional. Otros ejemplos en *Verfassungslehre*, p. 137. Acerca del sentido puramente político de esta limitación del derecho a demandar, *cfr.* la notable crítica de MORSTEIN MARX, *op. cit.*, pp. 116 ss.

<sup>44</sup> Artículo 6 de la Ley sobre Concierdos financieros entre el *Reich*, los *Land* y los Municipios, de 27 de abril de 1926 (*RGBl*, I, p. 203): En caso de divergencias de opinión entre el Ministro de Hacienda del *Reich* y el Gobierno de un *Länder*, acerca de la cuestión de si un precepto fiscal dictado por un *Länder* es compatible con el derecho del *Reich*, decide, a instancia del Ministro de Hacienda del *Reich* o del Gobierno del *Länder*, el Tribunal Supremo de Hacienda. En este caso es competente la Gran Sala, que se constituirá en la forma prevista por el artículo 46, apartado 2, párrafo 1 de la Ordenanza general de Tributación del *Reich*. La ulterior regulación de esta materia queda encomendada a una ley especial. Por el contrario, sobre la cuestión de si los impuestos territoriales o municipales perjudican a la tributación del *Reich*, y de si a la percepción de impuestos se oponen los intereses predominantes del *Reich*, decide, a instancia del Ministro de Hacienda del *Reich* o del Gobierno de Territorio, el Consejo del *Reich*. Además, el Ministro de Hacienda del *Reich* puede solicitar informe del Tribunal Supremo de Hacienda en materia de interpretación de leyes financieras (art. 43 de la Ordenanza general de Tributación del *Reich*).

podían invocar un árbitro cuando una de estas dos organizaciones creyera que la realización del fallo judicial iba a poner en peligro el servicio de intereses y amortización de la Deuda por reparaciones?<sup>45</sup> Si, frente al fallo de un Tribunal especial como el precitado de ferrocarriles pueden estimarse necesarias tales correcciones por motivos de oportunidad de la política exterior ¿no resultarán por lo menos tan necesarias frente a las decisiones de un Tribunal que ha de fallar sobre todos los litigios constitucionales del *Reich* alemán? Y, si son necesarias, ¿no resulta caducado ya, una vez más, el principio de judicialidad ilimitada?

En tanto que el difícil problema fue tratado con una concreta conciencia constitucional, se evitó hablar de una «jurisdicción política» o «Justicia constitucional». Sieyès, a quien se considera como padre de tales ideas, hablaba solamente de un *jury constitutionnaire*, de una *magistrature constitutionnelle*, que había de servir para defender la Constitución contra todo género de infracciones. Decía, además, que esta Magistratura no era nada en la esfera del poder ejecutivo del Gobierno, ni tampoco en la esfera legislativa, sino, precisamente, una magistratura constitucional; él no la denomina ex-

---

<sup>45</sup> Artículo 44, apartado 3 de la Ley general sobre la Sociedad de ferrocarriles alemanes (Ley de Ferrocarriles del *Reich*) de 30 de agosto de 1924, *RGBl.* II, p. 272: Si el Gobierno del *Reich* o la Sociedad estiman que con la ejecución del fallo del Tribunal puede ponerse en peligro el servicio de intereses y amortización de la Deuda por reparaciones, cada una de las partes puede solicitar el fallo de un juez arbitral, dentro del plazo de un mes desde la notificación de la sentencia (art. 45). Según la Ley del *Reich* de 13 de marzo de 1930 (Plan Young) queda derogado este apartado, lo mismo que el artículo 45, *RGBl.* 1930, II, p. 364.

presamente Justicia, sino que deja vislumbrar más bien que la considera como parte del poder constituyente o al menos cuenta con ella para el ejercicio de este poder<sup>46</sup>. En los proyectos constitucionales suizos de esta época, en que se habla de un Tribunal de jurados encargado de velar por la Constitución, trátase igualmente de una demanda contra infracciones acaecidas respecto de la Constitución<sup>47</sup>. Desde el momento en que en las Constituciones napoleónicas se estatuye un *Sénat conservateur* para proteger la Constitución, vuelve a abandonarse la esfera de la Justicia y se establece una nueva institución, la de un organismo legislativo o asesor. Los representantes del Estado liberal de Derecho, en particular Benjamin Constant y Guizot, se percatan de las limitaciones naturales de la Justicia, y con frecuencia se expresan con precisión lapidaria sobre el particular, Constant en las precitadas manifestaciones acerca de la acusación de los ministros<sup>48</sup>, Guizot con una frase que nunca será bastante repetida en la Alemania actual: que en tales juridificaciones «la política no tiene nada que ganar, y la Justicia puede perderlo todo»<sup>49</sup>. En la Alemania liberal del siglo XIX, los profesores de Derecho constitucional, inspirados en la teoría del Estado de Derecho, especialmente Mohl, Bluntschli y Gneist, examinan el problema en grandes

<sup>46</sup> Referencias en ANDRÉ BLONDEL, *op. cit.*, pp. 174 ss.

<sup>47</sup> Acerca de este particular Ed. His., *Geschichte des neueren Schweizerischen Staatsrechts*, vol. I, Basilea, 1921, pp. 196-202.

<sup>48</sup> *Cfr.* anteriormente, p. 50.

<sup>49</sup> *Des conspirations et de la justice politique*, Bruselas, 1846, p. 101. En el conflicto entre el doctor SIMONS, Presidente del Tribunal Supremo y el Gobierno del *Reich*, este presagio se ha evidenciado incluso en el aspecto personal.

conjuntos sistemáticos objetivos; para ellos, la garantía más segura de la Constitución reside en el cuerpo legislativo (como representación de la cultura y de la propiedad) o en la colaboración del monarca hereditario y de dos Cámaras<sup>50</sup>. Por lo demás, se interesan principalmente por la acusación a los Ministros —a la sazón único instrumento de responsabilidad ministerial y presunta «clave del edificio constitucional del Estado»<sup>51</sup> o por el derecho de control judicial frente a los decretos reales; mas es lo cierto que también evitan todas las ficciones superficiales de juridificación absoluta<sup>52</sup>. Posteriormente, en los tranquilos años de antes

<sup>50</sup> Cfr: más adelante, pp. 139 y 280, nota 35.

<sup>51</sup> R. MOHL, *Verantwortlichkeit der minister*; 1837, prólogo: «Una ley relativa a la responsabilidad ministerial representa para la mayoría de las gentes la clave del edificio constitucional del Estado».

<sup>52</sup> R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, por ejemplo, p. 15 (crítica de la solución sajona, que convierte al *Staatsgerichtshof* en árbitro e intérprete), p. 187 (de la disculpa en caso de necesidad) etc.; además, en las anotaciones referentes a la Constitución francesa de 1848, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, Monografías I, pp. 561-564 (Tübingen, 1860), p. 562: «Cualquiera que sea el modo como está organizado un Tribunal de Justicia Constitucional, y cualquiera la forma de concretarse la responsabilidad, en todo caso resulta claro que la ley solamente puede garantizar un procedimiento enérgico y recto contra un delito de alta traición después de dominado éste. BLUNTSCHLI, *op. cit.*, II, pp. 550 ss.; cfr: también la cita consignada más adelante. GNEIST, *Gutachten*, p. 23: no existe posibilidad de prueba para las transgresiones contra preceptos generales de la Constitución: la frase, mal comprendida, de GNEIST: «A cada artículo de la Constitución se aplica, en lugar de la interpretación, la jurisdicción» (*Der Rechtsstaat*, 1867, p. 175) alude a la jurisdicción administrativa; por lo demás, GNEIST tenía poca confianza en un Tribunal de Justicia Constitucional integrado por funcionarios profesionales: cfr: sus manifestaciones en la sesión de

de la Guerra pudo permitirse un formalismo gratuito, que negaba lisa y llanamente los problemas concretos. Mas de repente, tan pronto como irrumpieron de nuevo las pugnas políticas concretas, despertó la conciencia de que toda juridificación está reducida a límites muy estrechos, y cuando en el año 1919 se hizo el ensayo de fallar con semejantes recursos la cuestión de la culpabilidad de la guerra, recordó Erich Kaufmann, en un impresionante escrito, los límites constitucionales de la Justicia<sup>53</sup>.

---

la Cámara de Diputados prusiana, el 9 de febrero de 1866 (Informes taquigráficos, p. 130): «La historia nos dice que la burocracia no ha resistido ni una sola vez la prueba cuando se ha querido depositar toda la confianza en un par de personas para resolver el problema de la constitucionalidad de los actos de un Gobierno que se halla en la absoluta posesión del poder. Ni siquiera en Inglaterra ha podido resistir semejante prueba (como las que tan frecuentes son en nuestro país) un estamento judicial cuya situación espléndida, equiparada a la de los Ministros, está asistida por la colegialidad de una abogacía maravillosa, independiente y de elevadas miras. ¿Cómo podrían, pues, dada la triste condición de nuestra burocracia... adoptar una seria resolución siete hombres de este género, dictando una sentencia imparcial sobre este problema planteado entre los Ministros y sus acusadores? Nunca me he hecho ilusiones de que todo el conjunto del Tribunal Supremo, con sus seis o siete Salas, fuera lo suficientemente fuerte —si nosotros tuviéramos que dar leyes— para formar con sus elementos más sólidos un *Staatsgerichtshof*». Lo que THUDICHUM dice acerca de la «superfluidad» de la acusación ministerial (*op. cit.*, pp. 637 ss.) obedece ya a una concepción muy distinta. A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, vol. I (1892), pp. 562 ss., trata de la jurisdicción federal en materia de conflictos constitucionales dentro de los Estados confederados, en el capítulo «Administración política» (y no en el de «Administración de Justicia»).

<sup>53</sup> *Untersuchungsausschuss und Staatsgerichtshof*, Berlín, 1920, pp. 83 ss., sobre el concepto del procedimiento judicial.

3. LA DETERMINACIÓN PRECISA  
DEL CONTENIDO DE UN PRECEPTO  
CONSTITUCIONAL DUDOSO EN CUANTO  
A SU CONTENIDO ES, EN CONCRETO,  
MATERIA DE LA LEGISLACIÓN  
CONSTITUCIONAL, NO DE LA JUSTICIA

Para resolver esa cuestión constitucional fundamentalmente teórica se precisa repetir ahora que no existe Estado burgués de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial. El Estado burgués de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes. Cabe rechazar la distinción de poderes, tomando como base ciertas tendencias absolutistas, como acostumbraba a suceder en el sistema de la monarquía constitucional alemana; cabe otorgar también al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional. La distinción sustancial existente entre legislación y Justicia no se destruye comprimiendo en su sentido gramatical ciertas denominaciones imprecisas (división de poderes, separación de poderes) o aludiendo a las dificultades de la delimitación en particular, o a posibilidades de interferencia y a otros fenómenos parecidos, o, finalmente, recordando que en lugar de la fórmula tripartita tradicional (poderes legislativo, ejecutivo y judicial) son todavía posibles otras categorías y diferencias. Como Larnaude<sup>54</sup> dice exactamente,

---

<sup>54</sup> *Revue politique et parlementaire*, n.º 126 (1926), p. 186.

existen tantas formas de división de poderes como Estados. Pero la diversidad no prueba la inexistencia de la división, ni tampoco que se tenga derecho a despreciar todas las diferencias existentes entre legislación y Justicia. Respecto al Estado burgués de Derecho sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución (Gobierno y Administración) y Justicia «carece de Constitución» en el sentido del Estado burgués de Derecho<sup>55</sup>.

En el Estado burgués de Derecho sólo existe Justicia en forma de sentencia judicial sobre la base de una ley. La fórmula usual en todas las Constituciones alemanas desde el siglo XIX, «sobre la base de una ley» es de central importancia para la organización del Estado burgués de Derecho. Durante los últimos años me he referido con frecuencia a esta cuestión, y la he estudiado en su aspecto sistemático<sup>56</sup>. La fórmula reviste para el ámbito de las Constituciones alemanas una importancia no menor (aunque sí distinta) de la que tiene la fórmula del «*due process of law*» para el Derecho constitucional anglosajón. También se infiere de esta fórmula que es preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por consiguiente, entre legislador y juez. Por diversa que sea en la práctica la división de poderes en los diferentes Estados, resulta siempre inherente a la diferenciación constitucional de los poderes el hecho de que a la división de las funciones políticas en materia de organización (por

---

<sup>55</sup> *Verfassungslehre*, p. 127.

<sup>56</sup> *Verfassungslehre*, p. 152. *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, 1926, pp. 17-18, J. W., 1926, p. 2271 (mal comprendido por R. GRAU, *Der Vorrang der Bundeskompetenz*, homenaje a HEINITZ, 1926, p. 403).

lo menos al regularse las competencias normales), corresponde una efectiva diversificación de la actividad. Una ley no es lo mismo que una sentencia judicial, ni una sentencia judicial es lo mismo que una ley, sino la decisión de un «caso» «sobre la base de una ley». La posición especial del juez en el Estado de Derecho, su objetividad, su situación por encima de las partes, su independencia e inamovilidad, todo ello descansa sobre el hecho de que falla sobre la base de una ley, y su decisión se deriva, en cuanto al contenido, de otra decisión definida e individualizable, que se halla ya contenida en la ley. Si, excepcionalmente, los organismos legislativos ejercen funciones de otra naturaleza, revestidas con las formas de la legislación, cabe denominar a esto «legislación formal» con la misma razón que, análogamente, puede hablarse de un concepto formal de la Justicia cuando un organismo judicial, declarado competente, actúa como tal más allá del sector concreto de la Justicia. Mas todo ello no justifica en modo alguno las abstracciones de un formalismo abstracto que invierte simplemente los términos y declara que todo cuanto los organismos legislativos resuelven en forma de legislación es ley, y todo cuanto hace un Tribunal es Justicia. Este género de lógica procede por un encadenamiento de equívocos: Justicia es aquello que hace un juez, y, por consiguiente, todo cuanto hace un juez es Justicia; el juez es independiente, luego todo aquel que es independiente es un juez; por consiguiente, todo cuanto hace un organismo independiente bajo la égida de su independencia, es Justicia; *ergo* basta someter todos los pleitos constitucionales y divergencias de opinión al juicio de jueces independientes, y tendremos una «Justicia constitucional». Mediante conceptos constitucionales

de esta naturaleza es posible involucrarlo todo; todo puede ser Justicia, pero, del mismo modo, todo puede ser «norma» y normatividad, y, en último término, todo puede ser también Constitución<sup>57</sup>. La organización constitucional se convierte en un cosmos de engañosas ficciones, y la ciencia del Derecho, en campos de ejercicios de una manera de pensar, sobre la que Hofacker le colgado el rótulo de «lógica de pata de ganso»<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> «Por intermedio de la idea de forma constitucional», como expresa Kelsen (*Bericht*, p. 38).

<sup>58</sup> Recordando el silogismo que irónicamente sugiere SCHOPPEHAUER: El hombre tiene dos piernas, por consiguiente todo lo que tiene dos piernas es un hombre, luego el ganso es un hombre, etc. («*Gerichtssaal*», XCIV, pp. 213 ss. «*Arch. f. soz. Wissenschaft*», XX, pp. 18 ss. (La renovación del ejercicio del derecho), «*Reichsverwaltungsblatt*», 1930, p. 34. Acerca de los estragos que esta especie de lógica ha causado en la teoría del concepto de ley, cfr: *Verfassungslehre*, pp. 143 ss. Respecto al problema general de teoría jurídica añadiremos lo siguiente: en la realidad no existe otra Justicia que la supeditada a la ley. Por esta razón, es preciso mantenerse en la diferencia real de legislación y Justicia, no existiendo ninguna «serie gradual universalmente aceptada que conduzca desde la Constitución a la sentencia judicial», como pretende Kelsen (*Bericht*, pp. 31 ss. y 42). Lo que el juez hace sobre la base de una ley es regulado por una ley en cuanto a su contenido, y por esta razón algo esencialmente distinto de la legislación «sobre la base de la ley (contenida en la Constitución)». El giro «sobre la base de la ley pierde ese sentido específico que le presta el Estado de Derecho cuando se traslada de tal suerte a relaciones distintas de las de contenido, y se hace «universal». Haciendo uso de un término impropio podría decirse también que el legislador da su ley «sobre la base» de los preceptos legales formulados en la Constitución, que le convierten en legislador; el Reichstag, por ejemplo, sobre la base del artículo 68 RV; que el Canciller del Reich establece las líneas generales «sobre la base» del artículo 58 RV, y que el Presidente del Reich adopta medidas dictatoriales «sobre la base» del artículo 48 RV. De semejantes indicaciones de competencia y «autorizaciones» r

Toda la aberración de esta especie de lógica que se manifiesta en una rara mezcla de abstracciones sin fondo y metáforas llenas de fantasía se manifiesta en el problema del defensor o garante de la Constitución. Una ley no puede ser defensora de otra ley. La ley más débil no puede, naturalmente, defender o garantizar a otra que sea más sólida. Ahora bien, ¿cabe, por el contrario, que la Constitución proteja a la ley ordinaria? En tal caso se habrían invertido totalmente los términos, pues se trata de la protección y defensa de la ley expresada en la Constitución, no de la ley ordinaria, y el problema es, precisamente, el de defender una ley difícilmente modificable contra la posibilidad de que sea modificada por una ley ordinaria. El problema no surgiría si una norma pudiera normativamente protegerse a sí misma. Una norma impera más enérgica, más débilmente o con la

---

puede hacerse inferencia alguna en punto al contenido del acto político concreto, como ocurre en la aplicación de una ley por el juez y en la «decisión sobre la base» de una ley ordinaria. Cuando un juez condena a presidio al acusado sobre la base un precepto penal, la sentencia condenatoria deriva, en cuanto a su contenido, de la ley, con ayuda de una subsunción concreta del caso en cuestión bajo una norma que permite la subsunción citada, y que determina de antemano el contenido de la sentencia dentro de un determinado marco (pena de prisión). Cuando el Canciller del *Reich* «sobre la base» del artículo 56 RV, gestiona una alianza con Rusia, o el Presidente del *Reich* «sobre la base» del artículo 48 ordena un «socorro a las regiones agrícolas necesitadas, en la Prusia Oriental», la alianza con Rusia o el precitado socorro no se derivan, en cuanto a su contenido, mediante subsunción efectiva, de las disposiciones legales formuladas en los artículos 56 o 48 de la Constitución, respectivamente, como sucede en el caso de la pena de prisión con respecto al precepto del Código penal. Es un abuso dejar que se borre la diferencia entre indicación de competencia y regulación concreta, encubriendo los diversos preceptos, mandatos, regulaciones, autorizaciones y

misma intensidad que otra norma; entre las normas son posibles pugnas y colisiones que de alguna manera tienen que resolverse; una norma puede repetir el conteni-

---

resoluciones bajo la palabra «norma», cuando se trata de Justicia, y sin distinguir siquiera entre «normas» judiciales y no judiciales. Es consustancial a la decisión judicial, que pueda ser derivada materialmente de la norma que le sirve de fundamento, y que la norma que sujeta al juez lo obligue de un modo concreto y preciso, y no se limite sólo a autorizarlo. Puede quedar un campo de acción para los conceptos imprecisos; pero cuando la «norma» es tan amplia y tan vacía que no resulta ya posible una subsunción concreta, o cuando sólo existe una indicación de competencia, en esa misma medida se pierde, con la norma justiciable, el fundamento para una solución de tipo judicial. Si las normas de la política, en lugar de ser determinadas por el Canciller del *Reich*, lo fueran por el Tribunal Supremo, bajo la égida de su independencia judicial, ello no produciría Justicia, aun cuando se declararan «racionalmente aplicables» todas las disposiciones de la Ordenanza sobre procedimiento civil o penal, aun cuando se formulara la «norma» «genuina» de que el Tribunal Supremo del *Reich* sólo debe formular principios justos y aun cuando «sobre la base» de esta «norma» y «sobre la base» de los informes de las partes y abogados después de la deliberación oral se estableciera la sentencia, en una palabra, aunque se tramara un proceso con todos los caracteres de una parodia.

Como todos los demás problemas constitucionales de carácter teórico puede resolverse también el de la «Justicia constitucional» con ayuda de conceptos «formales». Ahora bien, si se tiene presente la diferencia entre legislación y Justicia, y la diversidad entre normas justiciables y no justiciables, quedará evidenciado que aquella fácil sencillez no representa otra cosa que una especie de comedia de las equivocaciones. Cuando KELSEN, por ejemplo, habla de una «estructura graduada y universalmente admitida de la ordenación jurídica», y construye sobre ella todo su proceso ideológico, conviene advertir que para llegar a ello no sólo no ha diferenciado las diversas acepciones de la palabra «Constitución», tan rica en matices —norma fundamental, decisión política colectiva, «contenido eventual de los párrafos escritos de la Constitución» (R. SMEND), indicación de competencia en virtud de preceptos formulados en la Constitución, formulación concreta del derecho material a tenor de

do de otra; puede darle también una especie de validez nueva y más firme (por ejemplo, cuando una ley ordinaria es reiterada en forma de precepto constitucional);

los preceptos de la Constitución— como tampoco las diversas clases de «normas», sino que las confunde unas con otras. En un trabajo de A. CASPARI, «Versuch über den Begriff des Staatszweckrechts», *Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft*, vol. 83 (1927), p. 238, se ha dicho acertadamente: Si la Constitución es ley positiva, entonces no es «ni más ni menos derecho que el Código civil», por ejemplo, cuya validez no descansa «sobre la base» de la Constitución. De este modo, la «teoría gradual» con su «universalidad» de la norma acaso sea interesante para una teoría jurídica abstracta, pero no para la teoría constitucional. El problema específico queda sin resolver, porque en lugar de lograrse un fundamento teórico-constitucional no se adquiere más que un vacío sistema teórico-jurídico de lo que es «ordenación jurídica» y «estructura gradual» general, o «jerárquica» de «normas». Sólo así se explica también que haya quien piense que la justicia constitucional consiste en una justicia de normas sobre normas, que la legalidad (constitucional) de las leyes «no es en el orden teórico-jurídico y técnico-jurídico, cosa distinta de la legalidad de la jurisprudencia y de la administración» (*Bericht*, p. 53), y que una ley como tal puede ser objeto de un proceso, en lugar de servir de base al fallo procesal. Como existen leyes que tienen una capacidad de vigencia más o menos intensa, y una ley constitucional sólo es modificable con las severas condiciones exigidas por el artículo 76 RV, mientras que una ley ordinaria puede ser modificada y derogada por otra ley ordinaria ulterior, cabe hablar con una cierta razón de normas más sólidas y más débiles, «más altas» y «más bajas». La expresión puede ser usada, y no resulta susceptible de confusión cuando con ella no se quiere indicar otra cosa que los distintos grados de modificabilidad y de derogabilidad. Pero resulta una metáfora fantástica cuando se habla de una general «jerarquía de las normas» y en esta imagen se incluyen tres o cuatro especies diversas de superordenación y subordinación —la «superordenación» de la Constitución sobre toda la vida política, la «superordenación» de la ley más fuerte sobre la más débil, la «superordenación» de la Ley sobre la sentencia judicial y sobre los actos de aplicación de la ley, la «superordenación» del superior sobre los subordinados. Más cierto es que sólo existe una jerarquía de seres realmente existentes,

una norma puede producir nuevos efectos jurídicos, crear nuevas categorías penales, etc. («sanción» intensificada); pueden crearse normas cada vez más firmes, más difícilmente modificables. Ahora bien, mientras se procede por medio de normas sólo puede alcanzarse una protección y una garantía mediante otra norma más fuerte, y esto ya no es posible respecto de la ley constitucional que, por su propia naturaleza, debe ser la norma más excelsa y fuerte. En la cuestión referente al defensor de la Constitución tratase de la defensa de una norma más fuerte contra otra más débil. Para una lógica normativista y formalista ello no representa un problema, pues la norma fuerte no puede ser amenazada o puesta en peligro por otra más débil; por eso el Derecho constitucional formalista fracasa de nuevo, allí donde comienza el problema material.

Si la Justicia constitucional fuera una justicia de la ley formulada en la Constitución sobre la ley ordinaria, la justicia de una norma como tal sería superior a la de otra norma como tal. Ahora bien, no existe justicia alguna de una norma sobre otra norma, al menos no pue-

---

una superordenación y una subordinación de instancias concretas. Una «jerarquía de las normas» es una antropomorfización, insensata y confusa, de la «norma», y una improvisada alegoría. Cuando una norma es más difícil de modificar que otra, la relación entre ambas es, en todos los aspectos imaginables (el lógico, el jurídico, el sociólogo), algo distinto de una jerarquía; una indicación de competencia en virtud de preceptos formulados en la Constitución no se encuentra, con respecto a los actos emanados del organismo competente, en la relación que existe con un organismo superior (pues una regulación no es un organismo) y lo cierto es que la ley ordinaria no está ligada por una relación de subordinación con la ley formulada en la Constitución, que es, por eso, difícilmente modificable.

de existir, si el concepto de «norma» no conserva una cierta precisión, si la palabra no es meramente un término con docenas de cambiantes acepciones, es decir, un vehículo de interpretaciones ilimitadas, a las que, por otra parte, tan maravillosamente se presta. Hace ya algunos años Otto Mayer previno muy enérgicamente contra el abuso y la confusión que se advertía respecto a la palabra «norma»<sup>59</sup>. Pero fue en vano. De otro modo, no hubiera sido posible la idea de Justicia constitucional como una justicia de normas sobre normas. Si con la palabra «Justicia constitucional» se quiere designar una especie de justicia que sólo está determinada por la clase de ley utilizada como fundamento de la decisión, entonces cualquier proceso civil que se falle sobre la base del art. 131 o 153 RV será Justicia constitucional. ¿O es que acaso la Constitución (mejor dicho: el precepto legal contenido en la Constitución) debe ser objeto del proceso? Una ley que sirve de base al fallo procesal no es, sin embargo, objeto del proceso, sino precisamente fundamento de la decisión que surge del proceso. ¿O es acaso posible imaginar que la ley constitucional está personificada en el juez, y la ley ordinaria en la parte? En tal caso, la peculiaridad de la Justicia constitucional consistiría en que una norma podía ser lo mismo juez, que parte, o fundamento de la decisión y aun forma de la decisión misma. Proceso extraño cuya estructuración sólo demuestra que con la palabra «norma» puede intentarse todo cuando las abstracciones se convierten en metáforas y la «generalidad» de los conceptos consiste, sola y simplemente, en que unas abstracciones vacías y sin

---

<sup>59</sup> *Verwaltungsrecht*, I, 3.ª ed., 1924, p. 84, nota.

realidad, se entrecruzan y superponen, del mismo modo que en las sombras chinescas la sombra de una figura atraviesa la de otra.

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley ordinaria y la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la Constitución a la ley ordinaria, en el mismo sentido en que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas: unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el «hecho» legal). Cuando un precepto legal de la Constitución establece que las Facultades de Teología serán conservadas (art. 149, ap. 3 RV), y en oposición a ella determina una ley ordinaria que las Facultades de Teología han de ser suprimidas, la aplicación del precepto legal contenido en la Constitución consistirá en mantener las Facultades de Teología y la aplicación de la ley ordinaria consistirá en suprimirlas. Esto es indiscutible. En ambos casos nos hallamos frente a la aplicación de una ley a un contenido real, y la decisión se logrará en ambos casos del mismo modo, por subsunción del hecho bajo una ley. Si, por el contrario, se confronta el contenido de una ley con e

contenido de otra, se produce una colisión o pugna, y se plantea el problema de cuál de las dos leyes contradictorias debe ser válida; compáranse entre sí reglas generales, pero no se subsume ni se «aplica» una a otra. El fallo que determina que una u otra de las dos reglas generales debe ser válida, no se produce por subsunción concreta de una regla bajo otra. En un caso de tal claridad ¿qué es, pues, lo que ha de subsumirse? Cuando una ley ordena lo contrario de otra, y la pugna entre ambas se decide haciendo que una de las dos prescripciones tenga validez y la otra no, no por ello se subsume la ley no válida bajo la ley válida, ni viceversa. En el ejemplo anteriormente citado, el «contenido concreto» legal de las dos normas contradictorias es el mismo, a saber: las Facultades teológicas. No cabe, pues, decir que las Facultades teológicas implicadas por el precepto constitucional se hayan subsumido bajo las Facultades teológicas de la ley ordinaria. Del mismo modo, en la solución de esa pugna tampoco ninguna de las prescripciones contrapuestas se subsume bajo la otra y «se aplica a ella». Sería poco procedente decir que se subsume la «supresión de una norma» al «mantenimiento de otra». Este clarísimo caso de colisión de normas revela, por consiguiente, que en la decisión de una pugna semejante no existe en modo alguno el proceso típicamente judicial de la subsunción procesal y concreta al hecho. No se produce subsunción alguna, sino que simplemente se comprueba la existencia de la pugna y se resuelve cuál de las normas contradictorias ha de mantener su vigencia, y cuál otra «dejará de ser aplicada»<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. anteriormente p. 33. La «contradicción» entre una norma y otra es también algo distinto de la «contradicción» a una norma

Si nos limitamos a este sencillísimo caso de una contradicción manifiesta entre ley contenida en la Constitución y ley ordinaria, no se nos ocurrirá hablar de un justicia de la ley formulada en la Constitución sobre

---

que se establece en la sentencia judicial donde se señala un «culpable». Si una norma manifiesta: No matarás, y el juez comprueba que X ha matado, la probada contradicción a la norma es una contradicción de género distinto de la que existe entre dos normas opuestas: «no matarás» y «matarás». Cuando se comprueba que: lo que X ha hecho es una muerte; y por otra parte que: una de las normas preceptúa lo contrario de la otra, no pueden reducirse ambas lógicas jurídicamente a una misma categoría «universal» y común. Bien pudiera ser que, conforme a un criterio normativista, se quisiera emplear en este caso el método de las duplicaciones ficticias, que en términos generales es característico de dicho criterio, que no habla de la cosa, sino de sus proyecciones formalistas. Como el normativismo da lugar a subsumir al contrato concreto la validez de la norma general, según la cual los contratos válidos son válidos (*cf.* *Verfassungslehre*, pp. 69 ss.), puede añadirse a la validez de toda ley, validez de la norma general según la cual las leyes válidas son válidas, del mismo modo que a cada prohibición se puede agregar otra nueva: la de no observar las prohibiciones válidas, etc. Con ayuda de semejantes adiciones plurales cabe decir que junto a la ley contenida en la Constitución y junto a la ley ordinaria existe todavía un precepto legal contenido en la Constitución, en virtud del cual es prohibido decretar leyes ordinarias que se opongan a una ley formulada en la Constitución; esta prohibición ha sido vulnerada por el autor de la ley ordinaria, y la transgresión constitucional es comprobada por el juez. Pero tampoco esto representa una jerarquía de normas ni una Justicia constitucional. Si en este caso el juez falla que el legislador había quebrantado aquella prohibición, este acto examinado objetivamente, no resultaría Justicia constitucional, sino Justicia penal represiva. Por otra parte, nada nuevo se obtiene con la adición reiterada de una prohibición legal formulada en la Constitución; la comprobación de que entre un mandato y el mandato opuesto existe una contradicción no se traduce en una subsunción de hecho semejante al que ocurre en el caso de la aplicación judicial de la ley.

ley ordinaria. La única justicia que resulta posible en un caso semejante es la justicia penal vindicativa contra el autor de una transgresión de preceptos constitucionales, pero no contra una norma. Ahora bien, en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma. Muy grande es el interés que este problema suscita respecto a la Constitución de Weimar, porque en la parte segunda de dicha Carta se sitúan, unos junto a otros, los principios más diversos, preceptos singulares de carácter jurídico concreto, afirmaciones programáticas, normas de conducta y compromisos dilatorios<sup>61</sup>, por lo cual, cuando todos estos diversos elementos se agrupan bajo la calificación de «normas», la palabra «norma» se convierte en un término inútil y desprovisto de valor. En las cuestiones más difíciles y de mayor importancia práctica, la falta de claridad o la contradicción se contiene dentro de los mismos preceptos legales formulados en la Constitución, desde el momento en que, coexistiendo unos con otros principios contrapuestos, resultan imprecisos y contradictorios. En este caso no existe la posibilidad de fingir una gradación de normas, y, por consiguiente, cuando un precepto legal de los contenidos en la Constitución determina algo distinto que otro de los preceptos de la misma (por

---

<sup>61</sup> *Verfassungslehre*, pp. 31 ss.

ejemplo, art. 146, aps. 1 y 2), la colisión no puede resolverse con ayuda de una «jerarquía de las normas». Pero aun en otros casos de dudas y divergencias de opinión respecto al problema de si existe una pugna entre la ley formulada en la Constitución y la ley ordinaria no se trata de subsunciones reales en el sentido de verdadera Justicia, porque la duda afecta siempre al contenido de la ley formulada en la Constitución. Cuando una disposición contenida en la Constitución establece que las Facultades teológicas han de ser conservadas, y una ley ordinaria estatuye que las Academias teológicas han de ser suprimidas, lo único discutible es si las Academias teológicas son Facultades de Teología y si el objeto a que se refiere la ley ordinaria es el mismo de la disposición contenida en la Constitución. Considerado más de cerca, tampoco esto es una subsunción real de la ley ordinaria bajo la ley constitucional, ni es subsunción parecida a las de naturaleza judicial, en virtud de la cual un conjunto de hechos concretos queda situado por debajo de una ley. Más bien cabe preguntar si el hecho que se sitúa bajo la ley ordinaria cae, simultáneamente, bajo la disposición formulada en la Constitución. El mismo contenido real se subsume bajo las dos leyes. La subsunción del mismo contenido real bajo la ley establecida en la Constitución es la misma que la referente a la ley ordinaria. La única cuestión es determinar bajo cuál de las dos leyes contrapuestas deba subsumirse el hecho concreto, pero sólo el hecho se subsume, y no la ley ordinaria. De este modo queda claramente demostrado que tales dudas y cuestiones sólo afectan al contenido de la ley establecida en la Constitución, pero no a la subsunción de una ley ordinaria bajo un precepto legal contenido en

Constitución. La cuestión de si el contenido legal de una ley ordinaria (las Academias teológicas) cae bajo el contenido legal efectivo establecido en la Constitución (las Facultades teológicas) se refiere a la posibilidad de subsumir un concepto más estricto bajo uno más simple, pero no a la subsunción de un contenido real efectivo bajo una norma imperativa. Sólo en un orden psicológico puede decirse con notoria imprecisión que se subsume (aunque en el caso de la pugna manifiesta entre dos normas, tal afirmación no sería posible, ni aun psicológicamente). Ahora bien, esta especie de subsunción no es en sentido específico la de la Justicia, sino, en general, la de todas las formas del raciocinio y del pensamiento humano: así, en definitiva resultaría que es también «Justicia» y «normación» cuando alguien dice que un caballo no es un asno. Igualmente, cuando se resuelven las dudas y diferencias de opinión acerca de si existe una pugna entre dos normas, no se aplica una norma a la otra, sino que —como las dudas y divergencias de opinión sólo se refieren al contenido de la ley constitucional— todo se reduce a establecer de modo indudable y auténtico un contenido normal que antes resultaba dudoso. Esto equivale, en concreto, a la supresión de todas las imprecisiones referentes al contenido de la ley constitucional, y como consecuencia significa una determinación del contenido legal: es decir, legislación, y hasta legislación constitucional, pero no Justicia.

Siempre se produce la misma evidente alternativa: o bien existe una contradicción manifiesta e indudable contra las disposiciones legales contenidas en la Constitución, y entonces el Tribunal castiga una transgresión semejante, poniéndola de manifiesto con todas las

formalidades de la Justicia penal vindicativa; o la duda referente al contenido de una norma es tan fundamentada, y el contenido de la norma tan impreciso en sí mismo, que no puede hablarse de una vulneración de la norma, cuando el Tribunal es de otra opinión que el legislador o el Gobierno cuyos mandatos están en pugna con los del precepto legal dudoso formulado en la Constitución. En este último caso es indudable que la decisión del Tribunal no tiene otro sentido que el de una interpretación auténtica. La Constitución de Sajonia de 1831 afirmaba en su art. 153, ap. 3, con evidente acierto, que el juicio formulado por el *Staatsgerichtshof* —cuando respecto a la interpretación de puntos concretos de la carta constitucional surgen dudas que no pueden ser resueltas mediante convenio entre el Gobierno y los estamentos— debe «ser considerado y obedecido como una interpretación auténtica». Esta resolución responde a la naturaleza de la cosa, y es cierta para todos los casos de una institución que de este modo determina el contenido decisivo de una norma, siendo indiferente que dicha institución se halle organizada en forma de Tribunal o en otra cualquiera, o que proceda o no judicialmente. Toda institución que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional.

La razón última teórico-jurídica de esa alternativa que siempre se repite, estriba en lo siguiente: en toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza subsunciones a un hecho concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado de

contenido de la norma<sup>62</sup>. Yo he propuesto para dicho elemento la denominación de «decisionismo». Incluso en un Tribunal que sólo de modo accesorio ejerce su derecho de control, puede percibirse este elemento decisionista. Si nos tomamos la pena de hojear, por ejemplo, un libro como la «Historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos» de Warrens, encontraremos, a pesar de la importancia de las decisiones de este Tribunal, argumentaciones vacilantes y minorías importantes de jueces, vencidos en votación, que han formulado voto particular: las llamadas «decisiones de cinco hombres contra cuatro» o de «un hombre solo» acaecen con frecuencia, aunque acaso son criticadas con exageración<sup>63</sup>. Ello permite disipar, por lo menos, la candorosa creencia de que la argumentación de tales decisiones no tiene más objeto que transformar una transgresión constitucional hasta entonces dudosa, en otra que sea clarísima para todo el mundo. El sentido de esa prueba no es el de una argumentación que pretenda convencer a todos, sino el de una decisión que se limita a suprimir la duda de un modo autoritario. Todavía es más pronunciado y decisivo, en esencia, el carácter decisionista de toda sentencia en una institución cuya cardinal misión es fallar sobre dudas, incertidumbres y divergencias de opinión. En este caso, el elemento decisionista no es solamente una parte de la decisión que se agrega al elemento normativo para hacer posible, en términos generales, una *res judicata*; más

---

<sup>62</sup> CARL SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, Berlín, 1922; *Politische Theologie*, Múnich y Leipzig, 1922; además, H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlín, 1929.

<sup>63</sup> Sobre este particular, por ejemplo, OGG-RAY, *Introduction to American Government*, 2.ª ed., Nueva York, 1926, p. 428.

bien podemos decir que la decisión es, como tal, sentido y objeto de la sentencia, y que su valor no radica en una argumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí. En efecto, es un hecho antiquísimo, y por desgracia todavía no superado a pesar de los progresos de nuestro razonamiento crítico, que precisamente la perspicacia logicista puede producir con facilidad dudas nuevas. A ello responde igualmente, por lo demás, la idea —que con frecuencia se advierte o al menos coopera de modo inconsciente en los planes de un Tribunal semejante— de que dicho Tribunal resuelve las dudas y diferencias de opinión en su calidad de máximo experto del Derecho; es decir, que, en realidad, es una especie de asesor jurídico supremo. En semejantes disquisiciones suele olvidarse que el efecto del informe descansa esencialmente sobre su valor de argumentación, y que en tal sentido el informe representa precisamente el polo opuesto a la mera decisión. Un juez no es un perito que informa, y la concurrencia de actividad asesora y actividad judicial representa, en esencia, una mezcla nada clara, porque la actividad pericial no es en concreto actividad judicial; no es Justicia, sino Administración<sup>64</sup>. Cuando se da carácter

<sup>64</sup> A esto se refieren también los informes del Tribunal Supremo, según el artículo 4 de la Ley de Introducción a la GVC, y del Tribunal de Cárteles, según el artículo 20 de la Ordenanza contra el abuso de la supremacía económica de 2 de noviembre de 1928, *RGBl.*, I, p. 1067. Acerca de los informes del Tribunal Supremo de Hacienda, según el artículo 43 de la Ordenanza general de Impuestos del Reich: J. POPITZ, en *Steuer und Wirtschaft*, VIII, octubre de 1928, col. 985 y A. HENSEL, *id.*, col. 1130 («Una interesante prueba de la alteración de funciones en las instituciones políticas.»). Un

obligatorio a las conclusiones de un informe, deja éste de ser informe y se convierte en decisión o sentencia<sup>65</sup>. Si esto es cierto para cada juez, debe serlo todavía con muchísima más razón para una institución establecida con propósito de resolver de un modo auténtico y definitivo las dudas y diferencias de opinión.

Todavía podemos decir que para una Constitución del tipo de la de Weimar esto tiene una importancia

---

notable asociación contiene el artículo 106 de la Ley de Tribunales de Trabajo: «Siempre que las partes del contrato puedan estipular un contrato arbitral sobre litigios derivados del trabajo, según el artículo 91, podrán también, sin cludir la jurisdicción del trabajo, estipular que las cuestiones de hecho que son interesantes para la decisión de un litigio jurídico habrán de ser decididas por laudo arbitral (contrato de arbitraje). El convenio tiene la eficacia de que las cuestiones falladas por vía arbitral quedan sustraídas a la prueba en el procedimiento judicial del trabajo, y que los Tribunales del Trabajo vienen obligados por dicho arbitraje». Respecto al ensayo en curso, para llegar a un Estado neutral de expertos, véase más adelante, p. 188.

<sup>65</sup> A. BERTRAM, *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 53, 1928, p. 428: «Con la interpretación cuasi-auténtica por vía de asesoramiento, el Tribunal Supremo quedaría convertido de *facto* en un Tribunal para la interpretación de la ley, con fuerza de obligar; todo cuando se aduce en contra del sistema de un Tribunal semejante (confróntese REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, p. 111 y las demás allí citadas) puede aplicarse también contra la práctica de ese deber de asesoramiento pericial por parte del Tribunal Supremo. Un Tribunal Supremo que rectificara las dudas y lagunas de la ley, llevaría a cabo una transgresión de atribuciones, penetrando en el ámbito del legislador, y perdería esa independencia de juicio que es requisito indispensable para la actividad judicial.» «El informe pericial no es una parte integrante de la actividad del juez, sino una actividad administrativa, y, por consiguiente, debe limitarse (por ejemplo, a tenor del art. 4 de la Ley de Introducción a la Ley orgánica de los tribunales), a lo que puede encomendarse a los Tribunales, a los negocios de la administración de Justicia.»

práctica inmediata, por un motivo especial. Toda Constitución está llena de «reservas», pero los autores de la de Weimar han despreciado con exceso la proverbial experiencia de que no se deben abarcar demasiadas cosas en una Constitución<sup>66</sup>. Los políticos de partido, en contra del primer proyecto de Hugo Preuss, han incorporado demasiadas cosas a la Constitución, particularmente a su parte segunda. Ahora bien, esto era absolutamente consecuente e inevitable dado el nivel de la teoría constitucional en aquel entonces. En efecto cuando de un modo formalista se equipara la Constitución con la norma legal formulada en la Constitución definiéndose esta última, a la manera formalista, como «una ley difícilmente alterable, y nada más», es natural que todos aprovechen la oportunidad que se les ofrece de hacer difícilmente modificable aquella que les interesa de veras. Además, como ya hemos indicado, la parte segunda de la Constitución (al cual se refieren en particular muchas dudas y diferencias de opinión), a pesar de la abigarrada diversidad de sus declaraciones fundamentales y de sus disposiciones concretas de tipo legal incorporadas a la Constitución, no contiene decisiones absolutas ni relativas, sino solamente fórmulas susceptibles de variada interpretación, mediante las cuales el fallo puede dilatarse, y en cuya virtud pueden adoptarse puntos de vista diversos y hasta contradictorios. El compromiso que se advierte en las cuestiones

---

<sup>66</sup> Acerca del problema de las reservas: C. BILFINGER, *Zeitschrift f. auzl. öff. Recht u. Völkerrecht*, I, p. 63; en pro de la «jurisdicción política», F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930, pp. 97 ss. Cfr: además, BENJAMIN CONSTANT, *Reflexions sur les Constitutions*, París, 1814, cap. 9: *De la nécessité de ne pas étendre les constitutions à trop d'objets*.

eclesiástica y escolar ofrece, a este respecto, ejemplos elocuentísimos. A pesar de tales «fórmulas o compromisos dilatorios»<sup>67</sup>, la verdadera normatividad reside solamente en la decisión de las «dudas y diferencias de opinión». Una institución que en verano de 1927 hubiera podido decidir acerca de la constitucionalidad del proyecto de Ley escolar del *Reich*, tan debatido a la sazón, hubiera permitido dar su contenido verdadero al artículo 146 RV, y resolver definitivamente la cuestión escolar. Si en este caso decide un Tribunal, es éste un legislador constitucional en funciones de alta política.

#### 4. STAATSGERICHTSHOF

- A) RELACIÓN EFECTIVA ENTRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL; RECONOCIMIENTO DE LOS LÍMITES REALES DE LA JUSTICIA POR EL STAATSGERICHTSHOF; RELACIÓN ESPECIAL ENTRE CONTRATO CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

No es una cuestión jurídica de carácter teórico, sino un problema político de práctica oportunidad, la de establecer hasta qué punto puede encomendarse a instituciones ya existentes o de nueva creación la misión de fijar de modo auténtico el contenido de los preceptos imprecisos e indeterminados que estén incorporados a la Constitución, y la misión de establecer un contrapeso al poder legislativo. Además, es objeto de disquisiciones en el sector

<sup>67</sup> *Verfassungslehre*, pp. 31 ss.; *cfr.* anteriormente, p. 58.

de la política práctica el determinar si esta institución ha de proveerse con jueces profesionales inamovibles, exponiendo, en consecuencia, el estamento judicial a una prueba de resistencia política. Ahora bien, semejante cuestión de oportunidad no puede resolverse sin un sólido fundamento teórico-constitucional, y es demasiado seria para que al resolverla hayamos de renunciar a conceptos reales y de contenido positivo. Ante todo, ni teórica ni prácticamente procede concretar el concepto de litigio constitucional «mediante una idea constitucional formalista», es decir, arrebatarle su sentido y su contenido concreto, y señalar lisa y llanamente como litigio constitucional todo aquello para lo cual se establece la competencia de un «Tribunal de Justicia Constitucional».

La primera premisa de toda jurisdicción política o Justicia constitucional es, más bien, un concepto preciso de lo que es litigio constitucional, acerca de lo cual conviene tener en cuenta que en este género de cuestiones, tanto en atención a su contenido como a su estructura, lo que las diferencia claramente de otros litigios es su inmediata relación real con la Constitución. Sería impropio tomar el camino opuesto y llegar a la conclusión de que el Tribunal de Justicia Constitucional o el Poder Político presta contenido propio a un concepto plenamente impreciso e ilimitado de cuestiones constitucionales recurriendo a meros precedentes, y determinando de este modo por sí mismo lo que es un litigio constitucional. Esto significaría que el Tribunal de Justicia Constitucional se trazaba su propia competencia. En la realidad es posible, con carácter absoluto, crear un organismo que desarrolle automáticamente por ese procedimiento sus atribuciones y competencias. Precisamente figura entre los fenómenos típicos de la vida constitu-

cional el hecho de que un organismo que hace consciente uso de su influencia política, extienda cada vez más el ámbito de sus atribuciones. Así, por ejemplo, el *Reichstag* alemán, a pesar de la cauta dosificación y regulación de sus atribuciones por la Constitución de Bismarck, de 1871, logró bajo esta misma Constitución una importancia política más grande de la que hubiera podido inferirse leyendo el texto constitucional. De igual manera, en la actualidad, tanto la importancia jurídico-constitucional del Consejo del *Reich* como la de los Consejos de ciertos *Länder* alemanes, en particular el de Prusia, revisten una importancia distinta y mucho más grande de la que podría interpretarse aplicando de modo literal el texto de la Constitución vigente en el *Reich*. También cada Tribunal se encuentra en condiciones para desarrollar, por encima de las competencias a él asignadas, una autoridad propia de gran influencia política. Ahora bien, una institución judicial que en Alemania hubiera de resolver hoy día los conflictos derivados de la vigente Constitución del *Reich*, se hallaría en una situación peculiarísima si no contara con un concepto, en cierto modo delimitado, de lo que es litigio constitucional. Resulta así, en primer término, a causa de la ya aludida particularidad de la vigente Constitución del *Reich*, cuya organización federal hace coexistir el *Reich* y los *Länder* con una confusión casi inextricable de competencias y atribuciones, y cuya parte segunda, artículos 109 a 165, abre bajo el epígrafe, preñado de problemas: «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes», un abismo casi insondable de dudas, divergencias de opinión y —en cuanto se concreta y actualiza— de acciones jurídicas y, como consecuencia, de conflictos de Derecho. Establecer, frente a semejante Constitución,

un Tribunal de Justicia Constitucional para cuestiones constitucionales, y no procurarle ningún otro concepto de lo que son cuestiones constitucionales, es decir, de los límites de su competencia, que una vacía definición verbal, según la cual todo litigio referente a un precepto constitucional es litigio constitucional, establecer un Tribunal así, decimos, equivale, en realidad, a encomendar al Tribunal mismo la delimitación de su competencia. Dada la importancia real de los litigios constitucionales, ello puede significar en concreto una competencia sobre la competencia de naturaleza muy extraña, y que llevada a sus consecuencias últimas, no difiere mucho de aquella competencia sobre la competencia en la cual inspirándose en el criterio de Haenel y Rosin, llegaron a ver un criterio de soberanía muchos tratadistas de Derecho político de la época anterior a la Guerra.

El resultado práctico para la realidad actual es, naturalmente, muy distinto, y ello no sólo porque el *Staatsgerichtshof*, según el artículo 19 de la RV, sólo es competente para los litigios constitucionales que se planteen dentro de un *Länder*, y no para los del *Reich* entero. Un Tribunal constituido por juristas profesionales, que tenga plena conciencia de su significación como Tribunal será probable que no quiera abandonar la esfera de la Justicia efectiva. Ahora bien, pronto se encontrará ante el simple dilema al que constantemente hemos aludido en el curso de estas reflexiones, porque con referencia a la Constitución se plantea siempre que se trata de examinar con exactitud los límites de la Justicia: o bien se trata de transgresiones manifiestas e indudables de la Constitución, es decir, de una Justicia que interviene *post eventum*, o bien de casos dudosos, y entonces el ámbito de la Justicia se reduce a la nada, primero porqu

una presunción general abona la validez de los actos del legislador y del Gobierno, y en segundo lugar porque aun tratándose de actos políticos defectuosos, como Walter Jellinek ha mostrado en su teoría de esta clase de actos<sup>68</sup>, la nulidad, invalidez o inobservancia de los mismos sólo en muy contados casos, relativamente, es consecuencia de haberse incurrido en defecto, es decir, de la transgresión de una norma cualquiera. Si se considera que la misión de un Tribunal de Justicia Constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes al contenido de un precepto constitucional, lo que dicho Tribunal realiza, como ya hemos manifestado anteriormente, no es ya Justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento. Por esta razón no es tampoco extraño que, en la realidad concreta, un Tribunal de esta naturaleza tienda siempre a mantener su actuación práctica dentro de los límites de la Justicia, evitando, a toda costa, situarse, en los casos serios de cierta envergadura, frente al legislador ordinario o al Gobierno competente. Y procede de este modo porque si se opusiera a éstos se convertiría a sí mismo en legislador o en Gobierno, tan pronto como traspasara el marco de la autoprotección meramente defensiva de la Justicia que es independiente, pero sujeta a las leyes. En este caso actúa un motivo profundamente arraigado en la naturaleza de las cosas, y que, simultáneamente con toda nueva especie de Justicia, crea también nuevas excepciones, reservas y correcciones. Así, por ejemplo, el

---

<sup>68</sup> W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, p. 209; *Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1929, pp. 253 ss.

*Conseil d'État* ha desarrollado con el control de los Tribunales administrativos la idea de los actos de Gobierno, *actes de gouvernement*, con objeto de exceptuarlos de este control<sup>69</sup>. La tendencia de los juristas profesionales que integran un Tribunal a mantenerse dentro del marco concreto de la Justicia no debe considerarse como signo de una mera precaución política o como mezquindad de subalterno, ni debe tildarse por esta razón como un acto reprobable, psicológica o sociológicamente. Con ello más bien se demuestra solamente que es impropcedente atribuir a la Justicia ciertas funciones que rebasan el ámbito de una subsunción real, es decir, que traspasan las fronteras establecidas por la sujeción a normas de contenido preciso.

En una sentencia de 17 de febrero de 1930 sobre la constitucionalidad de la ley electoral prusiana<sup>70</sup>, el *Staatsgerichtshof* se ha negado a considerar como anticonstitucionales algunas disposiciones de la ley electoral de *Länder* de Prusia, en los años 1920-24, de las que, en todo caso —sobre la base de una opinión muy difundida representada por juristas de nota y sostenida en particular por anteriores decisiones de ese mismo Tribunal— cabía sospechar, con fundamento, que chocaban contra el principio de la igualdad de sufragio, formulado por la Constitución del *Reich*. En este caso podemos prescindir de la forma cómo estas dudas hayan podido ser justa-

<sup>69</sup> Acerca de esta cuestión, finalmente, *cfr.* los *Rapports de l'Institut International de Droit Public*, 1930, con los informes de R. SMEND, R. LAUN y especialmente, para la evolución francesa, I DUEZ.

<sup>70</sup> RGZ, 128, anexo, pp. 1 ss.; «Sentencias seleccionadas de *Staatsgerichtshof*», editadas por el Presidente del Tribunal Supremo doctor BUMKE, fase 2, Berlín, 1930, especialmente pp. 15-16.

mente resueltas en la práctica; en cambio, es de extraordinaria importancia que el mismo *Staatsgerichtshof* (examinado el caso con detenimiento) no se haya decidido en esta cuestión, sino que, a pesar de formular un fallo, se haya declarado en cierto modo incompetente. En efecto, en el núcleo de los considerandos de esta importante sentencia figura el siguiente razonamiento: El *Staatsgerichtshof* contesta lo siguiente a la cuestión debatida de si se ha vulnerado el fundamento de la igualdad de sufragio: «En él (es decir, en el principio de igualdad de sufragio) no se trata de un concepto lógico-matemático, sino de un concepto jurídico», y añade a continuación: «Por esta causa, la igualdad y la desigualdad no son elementos contrapuestos que se excluyan». La antítesis de lo lógico-matemático, por una parte, y de lo jurídico, por otra, es, metódicamente, de extraordinaria importancia, y significa una notable refutación de todo aquel hueco normativismo con el que durante una época se intentó desposeer de contenido objetivo al Derecho político constitucional. Pero también podemos prescindir ahora de esta idea, puesto que aquella antítesis entre lo «lógico-matemático» y lo «jurídico» no sirve al *Staatsgerichtshof* sino para que (a pesar de la «rigidez constitucional al principio de igualdad formulado en el art. 22 RV») puedan justificarse ciertas modificaciones de esta igualdad, solamente cuando «obedezcan a una necesidad realmente imperiosa». Ahora bien, acaso existan juristas que vean en la frase «necesidad realmente imperiosa» un concepto subsumible, porque recuerdan los conceptos imprecisos que se presentan en la práctica jurídica civil y administrativa, y que pueden ser judicialmente utilizados por los Tribunales, en cuanto ciertas ideas relativamente concretadas por el comercio y las costumbres, ciertas re-

laciones relativamente estables dentro de una organización estatal ordenada (por ejemplo, seguridad y orden público en el Derecho gubernativo normal, cuestión de necesidad o cuestión de idoneidad en el Derecho administrativo) vienen a constituir un sucedáneo de la regulación concreta llevada a cabo por el legislador. Por eso resulta tanto más interesante que el *Staatsgerichtshof* no caiga en el error de una equiparación absoluta de los diversos sectores jurídicos, sino que siga un camino muy distinto. Inmediatamente después de los párrafos recién citados, se dice textualmente: «Según esto, es el legislador ordinario quien tiene que decir si son admisibles ; hasta qué punto ciertas desviaciones de los principios electorales de carácter particular, en interés de la homogeneidad del sistema electoral entero y para asegurar el logro de las finalidades políticas que con dicho sistema se persiguen... En contra de sus decisiones, el *Staatsgerichtshof* sólo podrá pronunciarse, si es que se pronuncia, cuando *de un modo manifiesto* carezcan de toda justificación intrínseca, y cuando de dichas medidas pueda afirmarse *con seguridad* que contradicen la voluntad de los autores de la Constitución, expresada en el apartado 1 artículo 22 RV» Con esta frase se declara, de un modo palmario, que la decisión referente a todas las imprecisiones, incertidumbres, dudas y diferencias de opinión se convierte en misión del legislador (o bien, naturalmente, según la posición de la competencia, en asunto del Gobierno), quedando sustraída a la competencia del *Staatsgerichtshof*. Si se recuerda ahora que la demanda de un Tribunal de Justicia Constitucional derivaba precisamente de la necesidad de ver resueltas, conforme al procedimiento judicial, las dudas e incertidumbres referentes a los preceptos legales contenidos en la Constitu-

ción, advertiremos que este criterio del *Staatsgerichtshof* posee fundamental importancia para el problema de dicha institución en general. Ese Tribunal sólo quiere oponerse a las transgresiones manifiestas de la Constitución, pero no a aquellas otras que son dudosas. Deja válidas todas las decisiones del legislador en las que éste, como se afirma algunos párrafos más adelante, «no se ha dejado guiar por consideraciones abstractas». Las frases «de un modo manifiesto» y «con seguridad» han de sorprender extraordinariamente, desde nuestro punto de vista —supresión de incertidumbres y dudas. La importancia del factor decisionista, específico (que rebasa las fronteras efectivas de la Justicia) de un fallo sobre dudas e incertidumbres, aparece aquí expresada con tanta claridad como la aversión del *Staatsgerichtshof* a dejarse arrastrar a una decisión semejante. Si el *Staatsgerichtshof* sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres. Por esto es aún más sorprendente y hasta escandaloso que un *Staatsgerichtshof* que reduce su actuación, con la más extrema cautela, al control general de las leyes manifiestamente anticonstitucionales, añada todavía a esta limitación la frase «si es que se pronuncia». No podemos dilucidar si esto ha de comprenderse como una limitación nueva o como una reserva de naturaleza particular, expresiva de un cierto retraimiento aun frente a las transgresiones constitucionales evidentes. Sin embargo, este criterio se orienta indudablemente en el sentido de una limitación todavía más amplia.

La primera condición de toda «Justicia constitucional» sigue siendo la fijación de un concepto claro de lo que es litigio constitucional. Este, a su vez, sólo puede

establecerse en relación inmediata con un concepto claramente reconocido de la Constitución. Por el contrario, una extensión del concepto de «litigios constitucionales» determinada por razones de inmediata oportunidad o por consideraciones sentimentales, así como una impremeditada admisión del criterio de las partes, afectaría también y alteraría la esencia de la Constitución, dando lugar a consecuencias inesperadas en las que purgaríamos la falta de sentido teórico constitucional. Los conceptos «litigio constitucional», «jurisdicción constitucional» y «Constitución» están en realidad tan íntimamente relacionados que no solamente resulta cierto que una alteración del concepto de Constitución puede alterar el concepto de litigio constitucional, sino que también, a la inversa, una práctica derivada de los procesos constitucionales y de la jurisdicción constitucional puede alterar la esencia de la Constitución.

Un género teórico y prácticamente determinable de litigios constitucionales, y, como consecuencia también, un Tribunal de Justicia Constitucional peculiarísimo para la decisión de dichos litigios, resultan cuando la Constitución es un contrato (es decir, una relación jurídica bilateral o de mayor número de elementos, y no una decisión o ley política unilateral), o cuando, por lo menos, es concebida como tal contrato. Por la esencia del contrato cabe contestar precisamente la cuestión central, es decir: qué es un litigio constitucional y quién puede ser parte en el mismo. Esta cuestión que se plantea con carácter previo a todos los comentarios sobre el *Staatsgerichtshof*, no puede ser resuelta por el Tribunal mismo, esperando que en su práctica desarrolle a su arbitrio el concepto de litigio constitucional y la admisión de las partes. Si así fuera, el defensor se convertiría en

dominador de la Constitución. Si un Tribunal de Justicia Constitucional ha de fallar judicialmente sobre cuestiones constitucionales, antes ha de tener clara idea de lo que estas cuestiones o litigios sean, y semejante problema no puede resolverse con soluciones «formales». En cambio, si la Constitución es, por naturaleza, contrato o compromiso, podemos inferir de esta calificación un concepto útil y plausible de lo que es litigio constitucional. En efecto, así como las cuestiones litigiosas de un contrato son aquellas cuestiones que surgen entre las partes del mismo acerca del contenido del contrato (litigios en materia de alquiler son, por ejemplo, los que se producen entre el dueño y el inquilino acerca del contenido del contrato de alquiler), litigios constitucionales serán los que se produzcan entre las partes del contrato constitucional o del compromiso acerca del contenido de sus pactos. Las diferencias y litigios que de un contrato semejante se derivan, resultan adecuados para que sobre ellas recaiga una resolución judicial o arbitral desde el momento en que el contenido fijo del contrato ofrece una base a la actividad judicial y permite derivar la sentencia judicial del contenido del contrato<sup>71</sup>. Por esta razón, en los convenios entre los *Länder* se declara precisamente competente el *Staatsgerichtshof*<sup>72</sup>, y en el

---

<sup>71</sup> Tampoco en este caso se defiende una justiciabilidad ilimitada y absoluta, sino la posibilidad tan sólo de establecer quién es parte en el contrato, y qué es litigio derivado del mismo.

<sup>72</sup> Por ejemplo, convenio político entre el *Reich* alemán y el Estado libre de Baviera, acerca de la transferencia de la administración de correos y telégrafos por parte de Baviera al *Reich*, 23-31 de marzo de 1920, § 13 (*RGBl*, p. 640); las divergencias de opinión entre los Gobiernos contratantes respecto a la interpretación de este contrato deben ser falladas por el *Staatsgerichtshof*. Confróntese

Derecho internacional se consideran de modo típico como «justiciables» o «arbitrables» aquellos litigios entre Estados que se derivan de un contrato<sup>73</sup>. El concepto de Constitución da lugar, en este caso, a conceptos consecuentes y prácticamente utilizables de litigio constitucional, de capacidad de las partes y, como consecuencia también, de jurisdicción. Mas también puede decirse, a la inversa: cuando sin meditar sobre los problemas teóricos constitucionales se admiten como partes ante el *Staatsgerichtshof* los más diversos grupos sociales, se da lugar a una concepción pluralista del Estado, y la Constitución, en vez de ser una decisión política del titular del poder constituyente, se transforma en un sistema de derechos contractualmente adquiridos, cuya garantía pueden exigir del Estado, mediante un proceso, los grupos y organizaciones interesadas.

B) EL *STAATSGERICHTSHOF* COMO INSTITUCIÓN  
ESPECÍFICAMENTE FEDERAL

En una Confederación auténtica (Confederación en sentido estricto o Estado confederal) la Constitución, en forma de Constitución confederal, es un tratado entre los

---

también el § 43 del Convenio político acerca de la transferencia de los ferrocarriles del Estado al *Reich*, 31 de marzo de 1920 (*RGBl*, p. 787).

<sup>73</sup> Por ejemplo, artículo 38 del tratado sobre el Tribunal arbitral de La Haya 1907, artículo 13, apartado 2 de los Estatutos de la Sociedad de las Naciones; artículo 36 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional; artículo 2 del tratado germano-suizo sobre conciliación y arbitraje, de 3 de diciembre de 1921 (*STRUPP, Documents*, V, p. 591), etc.

Estados que en virtud del contrato federal integran la Confederación. En semejante organización política suele instituirse con frecuencia una institución para zanjar los litigios que surjan entre los miembros de la Confederación, así como para resolver las cuestiones que se produzcan dentro de uno de los Estados, y que puedan comprometer la paz y la seguridad, o la homogeneidad de la Confederación<sup>74</sup>. Presupónese por añadidura que el fundamento de la Constitución federal es un contrato, acerca de cuya interpretación y aplicación pueden surgir, entre las partes, cuestiones que precisan ser resueltas. Cuando en el curso de la evolución desaparece el fundamento contractual, y la organización federal sólo descansa en la decisión política de un titular común del poder constituyente, como es el caso en la organización del *Reich* alemán según la Constitución de Weimar, puede recogerse o instituirse de nuevo, junto con otras instituciones federales, un Tribunal federal de Justicia Constitucional, en cuanto existe constitucionalmente una organización federal.

El artículo 19 RV. figura en lo que pudiéramos llamar tratado sistemático de la organización federal del *Reich* alemán: en el capítulo «El *Reich* y los *Länder*».

---

<sup>74</sup> *Verfassungslehre*, pp. 113 ss. Con esto no se pretende defender como posible o como justa la judicialidad ilimitada para todas las relaciones federales; muy certeramente se expresa acerca de esta cuestión C. BILFINGER, *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tübingen, 1923, pp. 9 ss.; confróntese también la concepción de A. HAENEL, anteriormente p. 49, nota. Trátase en este caso, solamente, de la relación federal entre contrato constitucional y justiciabilidad. Resulta tan imposible como en cualquier otra Constitución resolver la Constitución federal en un sistema de derechos y obligaciones concretos (R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, p. 172).

En él se habla de litigios, que no son de derecho privado, entre el *Reich* y los *Länder*; de cuestiones entre los *Länder*; y, por último, de litigios constitucionales dentro de un *Länder*. El concepto de Constitución que resulta de esta clasificación tripartita, queda determinado en dos aspectos por la idea contractual: en virtud de la organización federal del *Reich* y en virtud de las reminiscencias del período de luchas constitucionales de mediados del siglo XIX, durante el cual la Constitución era un contrato (pacto, convenio) entre el Gobierno y la representación nacional. Los litigios entre el *Reich* y los *Länder* o entre los *Länder* mismos son, en una organización federal, litigios que emanan de la relación contractual federal, o por lo menos de una coordinación de entidades estatales mantenida por la Constitución. Ahora bien, los litigios constitucionales dentro de un *Länder* son, según la concepción histórica, litigios entre el Parlamento y el Gobierno, emanados del contrato constitucional que entre ellos existe<sup>75</sup>. En los litigios constitucionales dentro de un *Länder*, está interesada la federación como tal, porque aspira a la resolución y conciliación pacífica, de acuerdo con el principio general del «arbitraje», que es consustancial a toda federación<sup>76</sup>. En consecuencia, el fallo de tales litigios constitucionales que se producen dentro de un *Länder*, por parte de un Tribunal federal, está íntimamente enlazado con la organización federal misma, y resulta inseparable de ella. Por esta razón es inadmisibles «extender» simplemente a las cuestiones constitucionales dentro del *Reich* la competencia de un *Staatsgerichtshof* que es competente para las cuestiones

---

<sup>75</sup> *Verfassungslehre*, p. 115.

<sup>76</sup> *Verfassungslehre*, p. 369.

constitucionales que se suscitan dentro de un *Länder*. Tal extensión significaría una profunda alteración constitucional, y con seguridad sólo sería admisible por vía de reforma de la Constitución<sup>77</sup>, puesto que vendría a transformar de un modo absoluto la institución entera, asignando al mismo órgano dos funciones contrapuestas, una de derecho específicamente federal, y otra específicamente interna de cada Estado, que se desarrollarían paralelamente. Una institución federal quedaría así amalgamada con otra unitaria y centralista, con lo que el caos reinante ya en la actualidad en el Derecho federal del *Reich* resultaría aún más confuso e impenetrable. Un Tribunal de Justicia Política del *Reich* para cuestiones constitucionales que se produzcan en el interior de un *Länder* y un Tribunal de Justicia Constitucional para litigios constitucionales que afecten al *Reich* son estructuras esencialmente distintas, porque la primera descansa sobre la premisa y fundamento de una organización federal, y la segunda, no. Si la competencia de una instancia federal del *Reich* viene adicionada con una función de carácter unitario y centralista, no sería una simple «extensión» lo que resultara, sino un tránsito a sectores constitucionales muy distintos.

Un Tribunal federal que falle sobre las cuestiones constitucionales suscitadas dentro de uno de los Estados

---

<sup>77</sup> Sería también necesaria una ley que reformara la Constitución porque en realidad se crearía una nueva instancia para funciones legislativas; esta circunstancia ha sido ignorada por LOWENTHAL, *DJZ*, 1927, col. 1234 ss., y *Reichsverwaltungsblatt*, 22 de noviembre de 1930, p. 748. Reclaman con razón una ley que reformara la Constitución: HOFAGKER, *Gerichtssaal*, 1927, p. 213; R. GRAU, *op. cit.*, p. 287; BREDT, *Zeitschrift f. d. ges. Staatsw.*, vol. 82 (1927), p. 437; particularmente V. IMHOFF, *op. cit.*, pp. 244 ss.

federados es, al mismo tiempo, defensor de la Constitución federal y de la del *Länder* respectivo. Particularmente es defensor de la homogeneidad constitucional que es inherente a toda federación. En ninguna federación o estructura federal se puede considerar la Constitución de uno de los Estados miembros independientemente de la Constitución del Estado federal. El *Staatsgerichtshof*, cuando falla acerca de litigios constitucionales referentes a un solo *Länder*, no debe olvidar la Constitución del *Reich*, sino ponerla como fundamento de su sentencia. De aquí resulta que los preceptos de la Constitución del *Reich* pueden engendrar dentro de un *Länder* verdaderas cuestiones constitucionales, desde el momento en que la Constitución del *Reich* contiene ciertos preceptos orgánicos inexcusables (arts. 17, 30, 36, 37, 39 RV) para la Constitución del *Länder* de que se trata. Mas de ello no se infiere, por el contrario, que todos los litigios referentes a la aplicación o ejecución de los preceptos de la Constitución del *Reich*, cuando se desarrollan en un *Länder* (por lo menos en cuanto a las partes en litigio), sean litigios constitucionales dentro de un *Länder*. En efecto, la Constitución del *Reich* no se considera dentro de un *Länder* como parte de la Constitución de éste, sino que posee un carácter independiente. La organización de un *Länder* no está estructurada de tal modo que en primer término descansa sobre la Constitución del *Länder*, y en segundo lugar sobre la Constitución del *Reich* en cuanto se halla recibida por la Constitución del *Länder* y limitada al mismo. La Constitución del *Länder* se concreta al resto de las atribuciones políticas todavía reservadas a los *Länder*; sólo en este marco son posibles los litigios constitucionales dentro de un *Länder*; y sólo con ellos se relaciona la ins-

titución, en un *Länder*, del un Tribunal de Justicia Constitucional, cuya competencia, según el artículo 19 RV, precede a la competencia del *Staatsgerichtshof*. Según la evolución histórico-constitucional de la fórmula «litigios constitucionales dentro de un *Länder*»<sup>78</sup>, los litigios en el interior de un *Länder* no son controversias de la Constitución del *Reich*. En ese principio no introduce alteración alguna el citado artículo 19, como se deduce de las manifestaciones hechas por el representante del Ministerio de Justicia del *Reich*, Consejero Zweigert<sup>79</sup>, durante los debates de la Asamblea de Weimar, y el texto del artículo no dice «de modo indudable» lo contrario (como se afirma en la sentencia de 13 de abril de 1927, *RGZ*, 120, anexo p. 21). Más bien puede asegurarse que tiene razón R. Thoma cuando afirma: «El texto del artículo se pronuncia acaso por la negativa», aunque un litigio sobre la Constitución del *Reich* pueda considerarse como litigio constitucional dentro de un *Länder*<sup>80</sup>. También los informes se pronuncian por la negativa<sup>81</sup>. El requisito exigido por el artículo 19 (litigios constitucionales dentro de un *Länder* «en el cual no existe Tribunal alguno para su resolución») confirma este punto de vista. Sin embargo, el artículo 19 no se propone encomen-

<sup>78</sup> Cfr. *Verfassungslehre*, p. 114.

<sup>79</sup> Prot. p. 411 (contra la opinión de KAHL, que señala como litigio constitucional todo litigio que tiene como objeto la Constitución); además las declaraciones de HUGO PREUSS, en 2 de abril de 1919, en los protocolos manuscritos de la Comisión Constitucional, vol. I, n.º 6, protocolos adicionales 3.

<sup>80</sup> *Die Staatsgerichtsbarkeit in Deutschen Reich*. Homenaje al Tribunal Supremo, 1929, I, p. 181. Sin embargo, dice THOMA, en relación con ello, que el texto autoriza la contestación afirmativa a esta cuestión.

<sup>81</sup> Así opina con razón R. THOMA, *op. cit.*, p. 181.

dar la decisión de los litigios constitucionales emanado de la Constitución del *Reich* a un Tribunal de Justicia Constitucional del *Länder*, y convertir los Tribunales de Justicia Constitucional de los *Länder* en instancias para un Derecho constitucional del *Reich*, territorialmente limitado. Dicho artículo atiende solamente a los intereses del *Reich*, como conjunto de la organización federal, y se propone la resolución de los conflictos políticos que emanados de la Constitución territorial, surgen dentro del *Länder*.

El *Staatsgerichtshof* ha dado, en cambio, a su competencia una extensión más amplia. Se ocupa de conflictos que tienen sus raíces en la Constitución del *Reich*, «cuanto se discute un precepto de la Constitución del *Reich* que sirva de complemento a la Constitución de un *Länder* o a otras normas jurídicas territoriales de carácter constitucional», considerándolos litigios constitucionales dentro de un *Länder*<sup>82</sup>. De este modo, la limitación

---

<sup>82</sup> Sentencia de 12 de julio de 1921 (*RGZ.* 102, p. 415 y *AöR.* n.º 42, p. 79; LAMMERS-SIMONS, I, p. 357); sentencia de 15 de octubre de 1927 (*RGZ.* n.º 118, anexo, p. 4, y LAMMERS-SIMONS, I, p. 292 tres sentencias de 17 de diciembre de 1927 (LAMMERS-SIMONS, pp. 330, 341 ss. y 398 ss.); sentencia de 2 de mayo de 1928 (*RGZ.* n.º 120, anexo, p. 19; LAMMERS-SIMONS, I, p. 352); finalmente, confirmando de modo expreso la práctica anterior: sentencia de 24 de junio de 1930, *RGZ.* n.º 129, anexo, pp. 1 ss.; allí se contiene también, en la p. 6, la fórmula citada en el texto; igualmente POETZSCHNEFFTER, *Handkommentar*, 3.ª ed. p. 157 (invocando los arts. 1 y 37 ss. RV, lo que a juicio mío no es acertado); H. H. LAMMERS, *JH.* 1928, p. 3255, nota, considera «indudable» apoyándose en las «sentencias sobre cuestiones previas» del *Staatsgerichtshof*, que los litigios referentes a la Constitución del *Reich* pueden agruparse con los litigios constitucionales de un *Länder*. En cambio, me parece acertado el argumento de G. LEIBHOLZ, *Gleichheit vor dem Gesetz* p. 126, nota, según el cual en el artículo 19 se considera como lit

establecida por la frase «dentro de un *Länder*», o bien se traduce en una mera limitación territorial, o se hace depender de la circunstancia de que ambas partes, o por lo menos la parte demandada, sean instituciones u organizaciones del *Länder*. Así se considera como litigio constitucional dentro del *Länder* el hecho de que una asociación religiosa, sobre la base de un título histórico e invocando preceptos de la Constitución del *Reich*, formule ciertas reclamaciones contra un *Länder*; supuesta la capacidad de las partes, habría de considerarse como litigio constitucional dentro de un *Länder* el hecho de que una organización de funcionarios considere la Ley sobre Sueldos de un *Länder* como vulneración del artículo 129 RV, o cuando municipios, confesiones religiosas, pequeños partidos, Cámaras de comercio, de artesanos, de abogados y de médicos, sindicatos, asociaciones profesionales de la más diversa especie, Universidades e incluso, acaso, Facultades de Teología, puedan invocar para sí alguno de los párrafos, de incalculable alcance, de la parte segunda de la Constitución de Weimar. La ex-

---

gio constitucional «un litigio sobre la aplicación, utilización o interpretación de la constitución de un *Länder*». «Esto se deduce de modo seguro de la competencia estrictamente subsidiaria del *Staatsgerichtshof*; de otro modo existiría para los *Länder* la posibilidad de eludir la competencia, así fundada, del Tribunal Supremo o del *Staatsgerichtshof*, y de sustituirla por el fallo de un Tribunal territorial.» También es acertada la opinión de E. R. HUBER, *AöR*, XIX (1930), p. 456, en la recensión del libro de FR. KÜHN, *Formen des verfassungsgerichtlichen Restsschutzes im deutschen Reichs und Landestaatsrecht*, Leipzig, 1929. ANSCHÜTZ, *Kommentar*, 3.<sup>o</sup> ed., refundida, p. 154 (n.º 2 al art. 19) ha rectificado su anterior opinión, adhiriéndose a la del *Staatsgerichtshof*; GIESE, *Kommentar*, 8.<sup>o</sup> ed., p. 82. acentúa el carácter excepcional de los litigios constitucionales, emanados de la Constitución del *Reich*, dentro de un *Länder*.

presión «litigios constitucionales dentro de un *Länder*» quedaría así desglosada de la estricta relación federal. Los límites o divisorias ya no serían perceptibles.

Pero también resultan muchos inconvenientes del hecho de que puedan ser ventilados, sin más requisitos, ante el *Staatsgerichtshof* todos los «litigios que no son de Derecho privado» entre el *Reich* y un *Länder*, y de que, además, el concepto de litigio adquiriera tal amplitud que en definitiva quede sometida a su competencia toda disparidad de opinión entre el *Reich* y uno de los *Länder*. En tal caso, el organismo competente del *Reich* puede convertir lisa y llanamente el *Staatsgerichtshof* en suprema instancia inspectora del *Reich* y, por el contrario, el *Länder* ha de conformarse con el curso normal de la inspección del *Reich*, formulando una demanda ante el *Staatsgerichtshof*; las cuestiones entre el *Reich* y un *Länder* pueden ser simultáneamente litigios constitucionales dentro de un *Länder*, y viceversa, etcétera. Las posibilidades, instituciones y recursos constitucionales que la Constitución del *Reich* ha establecido para las relaciones entre el *Reich* y los *Länder*, especialmente la llamada «ejecución por el *Reich*» según el artículo 48, apartado 1 RV, la decisión acerca de la validez jurídica general, para el *Reich*, de una ley de un *Länder*, según el artículo 13, apartado 2 y la institución jurídica de la inspección por el *Reich* según el artículo 15<sup>83</sup> hubieran resultado todavía más compli-

---

<sup>83</sup> La sentencia de 9 de diciembre de 1929 (*RGZ*, n.º 127, anexo, p. 125, LAMMERS-SIMONS, II, p. 25) ha enunciado una concepción fundamental de la relación entre artículo 15 y artículo 19 RV: «Un litigio que corresponda al ámbito del artículo 19, y cuya naturaleza no sea de derecho privado es, por consiguiente, un litigio entre el *Reich* y un *Länder*, acerca de si el modo de ser ejecutada la ley del

cadadas de lo que ya lo son. Cabía evitar este resultado acentuando el carácter subsidiario de la competencia según el artículo 19 RV. Pero la práctica anterior del *Staatsgerichtshof* no ha limitado su competencia en ese aspecto. El Gobierno del *Reich* utiliza al parecer, en ocasiones, dicho Tribunal para sustraerse a la necesidad de tomar una posición política propia<sup>84</sup>. Por añadi-

---

*Reich* por el *Länder* supone una infracción contra el sentido de la ley del *Reich* de cuya ejecución se trata, es decir, de si la ejecución es defectuosa por la manera de realizarla». De la regulación expresa del artículo 15, apartado 3 «no puede inferirse que en aquellos casos en que la divergencia de opinión acerca del modo de ejecutar una ley del *Reich* no ha encontrado todavía su expresión precisa mediante una reclamación formal por defecto, este litigio que no es de naturaleza jurídico-privada no pueda ser sometido al *Staatsgerichtshof*. En los casos últimamente referidos se aplica más bien con carácter complementario el art. 19. Este establece una norma general». Para la crítica de estas opiniones *cf.*: los comentarios, a juicio mío muy acertados, de VON JAN, *Bayr. Verw. Bl.*, 1930, pp. 68; ss. En el litigio referente a rezos escolares en Turingia (sentencia de 11 de julio de 1930, *RGZ*, n.º 129, anexo, p. 18), el *Staatsgerichtshof* ha declarado, respecto a si según el artículo 15, apartado 3 RV debía preceder una denominada «denuncia de las deficiencias» a la intervención del Tribunal, que «no era necesaria investigación previa alguna para el caso en cuestión», en primer lugar, porque semejante denuncia se había efectuado ya, y en segundo término porque en todo caso no existía, según el artículo 19, un litigio cuya naturaleza no fuera de derecho privado, de donde se infiere «sin más requisitos» la competencia del *Staatsgerichtshof*. El argumento aducido por el *Reich*, de que Turingia ha reconocido la competencia del *Staatsgerichtshof* (p. 14), no ha sido aceptado por dicho Tribunal, circunstancia muy digna de ser tenida en cuenta.

<sup>84</sup> Es muy característica la observación de H. H. LAMMERS, *JW.*, 1928, p. 3255, nota: «El hecho de que el Gobierno del *Reich* no se haya colocado abiertamente de parte de la Iglesia, provocando con ello una «divergencia de opinión» en el sentido del artículo 15, apartado 3 RV, o un «litigio» en el sentido del artículo 19 RV, se debe, al parecer, tanto a la dificultad de enjuiciar las cuestiones referentes

dura, no es procedente caracterizar la decisión efectuada por un *Staatsgerichtshof* como un complemento alternativo de carácter general respecto de las otras posibilidades de decisión que suministran los sectores civil, penal, administrativo y financiero. Cabe considerar como subsidiariamente competente un Tribunal, pero no es posible hacer «subsidiario» el concepto material del litigio constitucional. El hecho de la existencia de un litigio jurídico federal, ni depende de que otras instituciones no se hayan ocupado del asunto, ni puede concurrir de modo complementario a cada diferencia de opinión. Igualmente difícil de determinar que el concepto de la Constitución lo es el de semejantes materias litigiosas, tanto en el aspecto subsidiario como en el complementario. La actividad del *Staatsgerichtshof* debe siempre patentizar inmediatamente y de modo específico su relación con la Constitución.

---

al derecho territorial —para lo cual carecía de base el Gobierno del *Reich*— como a razones de naturaleza política. Es muy comprensible que el *Reich* tenga interés en que un litigio de Derecho público que, como «litigio de carácter no privado entre el *Reich* y los *Länder*» o como «litigio constitucional en el interior de un *Länder*», ha de ser ventilado según el artículo 19 RV ante el *Staatsgerichtshof* lo sea, en lo posible, en esta última forma. Lo más natural era, pues para el Gobierno del *Reich*, dejar que la Iglesia por sí sola ventilara su asunto ante el Tribunal mencionado y defendiera personalmente sus derechos, puesto que se hallaba en mejores condiciones que el Gobierno del *Reich* para desarrollar el asunto, objeto del litigio, que se movía en el ámbito del Derecho territorial sajón.

C) JURISDICCIÓN POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL COMO EXPRESIÓN DE LA TENDENCIA A TRANSFORMAR LA CONSTITUCIÓN EN UN CONTRATO (COMPROMISO) CONSTITUCIONAL

Además de la posibilidad de considerar la Constitución como un contrato en el orden jurídico federal, existe otra posibilidad, de carácter esencialmente diverso, de estimar la Constitución como un contrato erigiéndola, en consecuencia, como fundamento de una jurisdicción política o constitucional. Cuando el Estado no se considera como una unidad hermética (ya sea por dominio de un monarca o de un grupo imperante, ya sea por la homogeneidad de la nación, unificada en sí misma), descansa de manera dualista o acaso pluralista sobre un convenio o compromiso de varias partes. En tal caso, la forma y manera de su existencia política están determinadas por convenios o contratos<sup>85</sup>. Así, por ejemplo, el Estado estatal de la Edad Media descansaba sobre pactos de na-

<sup>85</sup> La diferencia entre contratos y convenios puede ser pasada por alto en este momento; no obstante, precisa advertir, por lo menos, que es un síntoma extraño, aunque no inquietante, que la distinción desarrollada por BINDING y TRIEPEL para las relaciones interestatales (Derecho internacional y Derecho federal), y recientemente calificada de «indiscutible» por KOROWIN, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, Berlín-Grunewald, 1929, p. 25, sea aplicada a las relaciones y acuerdos de carácter interior en los Estados; así procede, por ejemplo, H. LIERMANN, «Über die rechtliche Natur der Vereinbarungen politischer Parteien untereinander», *AöR*, NF, XI (1926), p. 411; acerca del «convenio» en materia de Derecho obrero, respecto a la teoría del contrato colectivo E. JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrechts*, Leipzig, 1927, pp. 260 ss.; además, HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, II, 1930, p. 116 (donde se declara que tal distinción carece de valor para el Derecho obrero) y la bibliografía allí indicada.

turalidad diversa, sobre estipulaciones, convenios, capitulaciones, compromisos, transacciones, establecimientos, inteligencias, en una palabra, sobre un sistema de contratos recíprocos con derechos contractualmente bien adquiridos y con reservas típicas y concretas, y aun, en caso de necesidad, con derecho a la resistencia, caracteres todos ellos que resultan consustanciales a este género de contratos. Igualmente responde a una concepción muy extendida durante el siglo XIX en Alemania, y hasta dominante por espacio de varios decenios, la idea de que la Constitución es un contrato, pudiendo considerarse como un contrato escrito cuyas partes son el príncipe y el pueblo, el rey y las Cámaras, el Gobierno y la representación nacional. De ahí resulta, como conclusión particularmente interesante para nuestro objeto, un concepto que por su carácter tradicional resultaba en esencia incontrovertible en Alemania, hasta el año 1919: según él, litigios constitucionales son solamente los promovidos entre el Gobierno y el Parlamento acerca de sus respectivos derechos emanados del pacto constitucional. Una nueva consecuencia de trascendencia política particularísima es que, a su vez, también la reforma de la Constitución puede ser concebida, por consiguiente como un contrato entre los factores del pacto constitucional. Para el objeto que aquí nos interesa, basta subrayar que las divergencias de opinión, diferencias y litigios referentes al contenido de la Constitución escrita, eran resueltos por medio de una inteligencia entre ambas partes. Así se produjo en Baviera el famoso «laudo constitucional» de 1843, que aun cuando no se estime como interpretación auténtica de la Constitución, sino como «medio» para lograrla, sirvió como fundamento para el ejercicio del derecho de aprobación del Presupuesto po

parte de los estamentos, aun prescindiendo de la reserva que contienen los puntos no resueltos del litigio<sup>86</sup>. En el artículo 153 de la Constitución sajona de 1831 la consecuencia se extrae de modo manifiesto y expreso: sólo puede decidir el *Staatsgerichtshof* y cuando surgen dudas acerca de la interpretación de ciertos puntos de la Carta constitucional, y las disparidades no pueden ser zanjadas mediante acuerdo entre el Gobierno y los estamentos. La afinidad, destacada por Carl Bilfinger<sup>87</sup>, de ciertos fenómenos jurídico-constitucionales con los del Derecho internacional, se manifiesta con peculiar claridad en todos aquellos casos en que se revela la idea de un contrato o de un compromiso constitucional; esa semejanza se traduce particularmente en el hecho de que el

<sup>86</sup> SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II (1896), pp. 565 ss. SEYDEL declarada que el laudo constitucional constituye un valioso medio de interpretación, cuya importancia política radica en que en él viene a expresarse el acuerdo jurídico de la Corona y de las Cámaras (p. 571). El laudo constitucional está reproducido en STÖRK-RAUCHHAUPT, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 109. Acerca de la relación entre concepto de Constitución e interpretación de la Constitución, se expresa con particular claridad R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, pp. 173 ss.: «Si la ley que se comenta no está todavía determinada de un modo suficiente, tienen aplicación los siguientes principios: 1.º Una carta constitucional es el instrumento contractual acerca de las normas fundamentales de Gobierno establecidas de común acuerdo entre el príncipe y el pueblo», etc.

<sup>87</sup> «Betrachtungen über politisches Recht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. I, Berlín, 1930, p. 63; también F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, pp. 97 ss. Respecto de la «analogía con los litigios internacionales» hacen ya algunas referencias R. THUDICHUM, *op. cit.*, p. 681 y R. MOHL, *Verantwortlichkeit der Minister*, 1837, p. 209; *cf.*: también anteriormente, p. 92, nota 65; sobre la analogía con el Derecho obrero *cf.*: más adelante, p. 230, nota 23.

asunto dudoso o litigioso se hace en primer término objeto de negociaciones, y en que la competencia del Tribunal descansa sobre la previa sumisión de las partes.

La Constitución vigente en el *Reich* afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta Constitución mediante una decisión política positiva, es decir, mediante un acto unilateral. Por esta razón, todas aquellas interpretaciones y aplicaciones de la Constitución de Weimar que pretenden ver en ella un contrato, un compromiso o algo semejante, deben rechazarse solemnemente por vulnerar el espíritu de la Constitución. Pero en la Constitución de Weimar radica, sin embargo, un elemento contractual en lo que tiene de organización federal; aun prescindiendo del fundamento federativo habría que reconocer inevitablemente carácter constitucional al apartado que se refiere a las relaciones federales, y por consiguiente, contractuales. De este modo se establecen también las bases para el género de Tribunal de Justicia Política a que nos hemos referido en el capítulo anterior. Además de esto, en la realidad de la situación constitucional de la Alemania de nuestros días aparece todavía otro elemento que guarda relación con el contractual, o que por lo menos manifiesta una tendencia hacia él: nos referimos al elemento pluralista. La evolución de ciertos grupos sociales: partidos políticos, asociaciones de intereses y otras organizaciones, da como resultado que una mayoría de complejos, fuertemente organizados, con burocracias propias y con un sistema completo de organizaciones auxiliares y defensivas, se extiende, rebasando las fronteras de los diversos *Länder* sobre todo el *Reich*, y vaya apoderándose de los resortes

de formación de la voluntad política, así como de las posiciones de dominio público en el *Reich*, en los *Länder* y en los organismos dotados de autonomía administrativa. Como titulares de este pluralismo, al que muy pronto haremos referencia, aparecen diversas constelaciones sociales y complejos de poder: partidos políticos sólidamente organizados, asociaciones profesionales (de industriales, agricultores; sindicatos), asociaciones religiosas. Todas ellas existen y negocian como titulares de una masa de poder social relativamente sólida, fija y definida. Su importancia es diversa para los distintos sectores concretos (política exterior, economía, cultura, concepción filosófica) y sólo puede apreciarse justamente en sus actividades sistemáticas de conjunto; pero la fragmentación pluralista del Estado resulta, como tendencia, claramente perceptible. Ante todo puede comprobarse un efecto que es de importancia, en este caso, para el problema de la Constitución como contrato: la Constitución misma y la formación de voluntades políticas que en su ámbito se desarrolla aparecen como compromiso de los titulares del pluralismo político, y las variables coaliciones (según el sector real del compromiso: política exterior, política económica, política social, política cultural) de estos complejos sociales de poder transforman con sus métodos de actuación el Estado mismo en una estructura pluralista. En la bibliografía teórica se ha proclamado ya con gran desenfado en el sector teórico-constitucional, la tesis de que el Estado parlamentario es, en absoluto y por esencia, un compromiso<sup>88</sup>. Aunque no se tiene conciencia plena de las con-

---

<sup>88</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, p. 324 (con la confusión, típicamente liberal, de liberalismo y democra-

secuencias jurídico-constitucionales de esta afirmación con ello se quiere enunciar abiertamente que el Estado actual, juntamente con su Constitución, es objeto de un compromiso entre las entidades sociales que intervienen como contratantes.

Incluso la misma Constitución de Weimar suele ser frecuentemente concebida y definida como compromiso, tanto en su conjunto —cuando se la considera como «paz de las clases sociales» o «paz entre las religiones»— o aunque sólo sea como un mero «armisticio entre la clase obrera y la burguesía alemana, entre católicos y protestantes, cristianos y ateos»<sup>89</sup> —como en sus capítulos y preceptos concretos, por ejemplo los referentes a la iglesia y a la escuela, respecto de los cuales e

---

cia); *Wesen und Wert der Demokratie*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1929, p. 57; de modo especialmente característico en el «Informe» acerca de la esencia y desarrollo de la jurisdicción política, *Publicación de la Asociación de profesores alemanes de Derecho político*, fasc. 5 p. 81, donde se relaciona el carácter de compromiso que reviste el Estado democrático moderno con la jurisdicción constitucional y el Estado federal. Todo el informe parte, además, del hecho de que la Constitución es igual a ley constitucional, y ésta, igual a norma. El concepto de norma, susceptible de tan diversas acepciones, vuelve a revelarse como vehículo de traslaciones de concepto: como todo lo posible puede valer como norma, resulta posible escamotear incluso la variedad misma del concepto de Constitución que, por su valor fundamental teórico y práctico, sirve de centro a toda disquisición sobre Derecho constitucional y puede concretarse en las siguientes preguntas: la Constitución ¿es una decisión política realizada por la unidad esencialmente homogénea de la nación?, ¿es una ley (de qué legislador)?, ¿es un contrato o un compromiso (de qué elementos contractuales)?, y todo esto, decisión, ley y contrato, puede encuadrarse bajo la palabra «norma».

<sup>89</sup> Sobre este particular CARL SCHMITT, *Hugo Preuss: sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen (*Recht und Staat*, fasc. 72), 1930, pp. 31-32.

absolutamente corriente y muy característica para nuestro objeto la denominación de «compromiso escolar». En todos los casos de semejante atomización pluralista de la unidad política y constitucional, los elementos que sustentan el pluralismo reclaman su derecho a la Constitución misma, es decir, al poder político y a su ejercicio. La Constitución ha de ser su Constitución, porque son ellos quienes la han llevado a término. Hacen valer sus derechos al poder público porque pueden titularse factores del compromiso, es decir, sujetos del contrato, pues gracias a ellos han llegado a efecto tanto la Constitución como todas las demás creaciones de voluntad política. Sus diferencias son cada vez más semejantes a los litigios internacionales, resolviéndose como ellos, en primer lugar por mutuas negociaciones y arbitrajes, y en último término, tan pronto como se produce la sumisión voluntaria y existe un litigio arbitrable o justiciable, mediante un fallo judicial. En la teoría política y constitucional de la Alemania contemporánea falta todavía una conciencia sistemática de este estado de cosas. Además, los titulares de este pluralismo se muestran reacios, en la mayoría de los casos, a permitir que su actuación práctica sea objeto de una sistemática investigación. Ni siquiera tienen interés en apurar las consecuencias prácticas de su posición, porque, atentos a sus partidarios y electores, procuran sustraerse, en lo posible, a los riesgos de la política. Así, muchas veces ocurre que se esfuerzan por encubrir la realidad con un llamado formalismo, manteniéndose, mediante una antítesis de «jurídico» y «político», en una imprecisa penumbra que favorece todo género de subterfugios.

En ciertos litigios que en la actualidad se ventilan ante el *Staatsgerichtshof*, fácilmente se advierte que

las partes genuinas de semejantes pleitos son estructuras sociales de esa naturaleza, o coaliciones de las mismas en forma de partido político, de manera que el proceso no hace sino reflejar la estructura pluralista del Estado. Incluso en los litigios entre el *Reich* y un *Länder*, es una coalición política de partido la que promueve, en realidad, un litigio a otro partido enemigo suyo. El hecho de que se lleguen a establecer acuerdos y compromisos, y que estos acuerdos se conviertan en estipulaciones jurídicas con la mayor naturalidad, es la mejor prueba de que los partidos políticos, conforme a un principio generalmente reconocido, tratan el asunto del litigio constitucional como algo susceptible de particular arreglo y convenio, y, en consecuencia también, como algo sometido a su especial arbitrio. Así, por ejemplo, hace poco tiempo (diciembre de 1930) se resolvió mediante un compromiso de esa naturaleza el litigio surgido entre el *Reich* y Turingia a causa de la suspensión de asignaciones suplementarias por gastos de policía<sup>90</sup>. En este caso, sin embargo, puede justificarse la disposición relativa al objeto del litigio dicen-

---

<sup>90</sup> El laudo que fue sometido a las partes por el Presidente del *Staatsgerichtshof*, y aceptado por los interesados, tenía el siguiente texto, según las informaciones de la prensa en 23 de diciembre de 1930:

«Las partes están de acuerdo en reconocer que la cuestión de hasta qué punto el partido nacional socialista obrero persigue fines subversivos u otros punibles, no debe ser desarrollada en el marco del procedimiento actual. El punto de vista que cada parte adopta respecto a esta cuestión no queda afectado por el presente laudo, ni por las declaraciones en él contenidas. Las partes consideran que dicha cuestión fundamental debe ser sometida a esclarecimiento mediante otro proceso que se ventile ante el Tribunal Supremo.

do que se trataba en primer término de una relación federal entre el *Reich* y un *Länder*, litigio en el cual no puede suprimirse el elemento federal, es decir, contractual, de una manera completa, relación que, aparte de la Constitución, está además regulada por otros convenios y estipulaciones subsidiarias; en segundo lugar, el litigio afectaba a una acción pecuniaria, y sabido es que el carácter especial de estos litigios se ha hecho valer ya en la práctica de las disposiciones provisionales del *Staatsgerichtshof*<sup>91</sup>. De naturaleza total-

---

El *Reich* levanta la suspensión de las asignaciones supletorias por gastos de policía; las cantidades hasta ahora devengadas se abonarán después. Turingia retira la demanda que presentó ante el *Staatsgerichtshof*.

El *Länder* de Turingia reconoce nuevamente la obligación de procurar una segura garantía del carácter apolítico de la policía de seguridad en su conjunto, así como de la conducta imparcial de cada uno de sus funcionarios en el servicio. En consecuencia, el Gobierno de Turingia no procederá a colocar, organizar y revocar los individuos de su policía, según puntos de vista inspirados en la conveniencia de los partidos políticos, sino exclusivamente según el criterio de la idoneidad y según las exigencias del servicio. Los partidos están de acuerdo en que con ese principio resulta tan inconciliable el acto de negarse de plano a colocar individuos pertenecientes al partido social-demócrata como entregar listas de candidatos a una organización de partido, para comprobar si pertenecen a él.

El ministerio de Turingia, en pleno (!), sale fiador de la observancia de estas obligaciones.

Este acuerdo no prejuzga la cuestión de si los preceptos y convenios según los cuales deben abonarse a los *Länder* asignaciones suplementarias para gastos de policía sirven de fundamento a una obligación de pago o solamente a un compromiso político del *Reich*.»

<sup>91</sup> Así, por ejemplo, en la sentencia de 17 de noviembre de 1928, *RGZ*, vol. 122, pp. 18 ss.; LAMMERS-SIMONS, I, p. 175 (continuación en el pago de cantidades); en sentido contrario se pronuncia, por ejemplo, la resolución de 13 de julio de 1929, LAMMERS-SIMONS, II, p. 99: «En consecuencia, el *Staatsgerichtshof* no puede entorpe-

mente distinta es el famoso laudo entre el Consejo de Estado prusiano y el Consejo de Ministros prusiano de 31 de octubre de 1923, que contiene un acuerdo de estas dos entidades sobre la interpretación y aplicación del artículo 40 de la Constitución de Prusia, y en virtud de cuyo laudo queda sobreesido, por inconsistente, el pleito en cuestión<sup>92</sup>. Este caso muestra hasta qué

---

cer la promulgación de leyes acordadas, mediante un acto administrativo de carácter provisional»; ante todo, resolución de 17-18 de julio de 1930 (RGZ, n.º 129, anexo, p. 28), que para nuestro objeto reviste especial interés porque se rechaza la demanda de que sea ordenado el pago provisional de las asignaciones suplementarias a los gastos de policía (es decir, cantidades de dinero) por parte del Reich a Turingia, basándose la denegación en la circunstancia ya aducida anteriormente (p. 71, nota 41) «de que el *Staatsgerichtshof* debe proceder en el porvenir, como lo ha hecho hasta el presente, con la máxima precaución y recato al hacer uso de sus atribuciones provisionales».

<sup>92</sup> El acuerdo está impreso en LUDWIG WALDECKER, *Die Verfassung des Freistaates Preussen*, 2.ª ed., 1928 (Biblioteca jurídica de STILKE, n.º 4, pp. 110 ss.) El texto es tan interesante que merece ser citado aquí, en detalle, destacando las formulaciones de mayor importancia para nuestro objeto:

«1. Las partes litigantes están de acuerdo en que el artículo 40, apartado 1 de la Constitución de Prusia reconoce al Consejo de Estado, independientemente de las misiones que le señalan los apartados 2 a 4 del artículo, un derecho sustantivo a ser informado por el Consejo de Ministros, pero no, como expresamente se advertía ya en la reclamación del Consejo de Estado de 20 de octubre de 1922 (*Documentos del Landtag*, 4761), un derecho especial de dictamen, control o colaboración. Por lo demás, las partes litigantes desean reservar la ejecución de este principio en todos los casos al convenio que sobre cada uno recaiga, pero el Consejo de Ministros se muestra desde ahora expresamente dispuesto a tener al corriente al Consejo de Estado, en lo posible, en todos los casos de importancia, incluso en los referentes a normas generales, de las instrucciones que se dan a los representantes prusianos en el Consejo del Reich.

punto las partes de un litigio constitucional, dentro de un *Länder* y con la colaboración del *Staatsgerichtshof*, consideran el objeto del litigio como algo sujeto a su

---

II. Las partes litigantes están de acuerdo en que la cuestión de si el Consejo de Ministros tiene que publicar también las leyes votadas por el *Landtag* en cuya promulgación se ha omitido el requisito de pedir informe al Consejo de Estado, no puede resolverse sin la colaboración del *Landtag*. No obstante, el Consejo de Ministros reconoce al Consejo de Estado, sin reserva alguna, que está incondicionalmente obligado por el precepto del artículo 48, apartado 2 de la Constitución prusiana, a dar conocimiento oportuno al Consejo de Estado, para su información, de todos los proyectos de ley, antes de ser presentados en el *Landtag*.

III. El Consejo de Ministros deja en suspenso, frente el Consejo de Estado, la cuestión de si también la interpretación del artículo 40, párrafo 4 de la Constitución prusiana permite distinguir entre decretos administrativos y decretos jurídicos, en el sentido de la práctica consolidada en la aplicación del artículo 51, y de si solamente ha de oírse el Consejo de Estado o su Comisión permanente en los decretos de carácter administrativo. Ahora bien, en todos los casos en que se trate de decretos mixtos administrativos y jurídicos o en que el carácter del decreto resulte dudoso en ese sentido, se decidirá dar audiencia al Consejo de Estado.

El Consejo de Estado, por su parte, deja en suspenso ante el Ministerio la cuestión anteriormente formulada, pero para los decretos de carácter ejecutivo que sean urgentes o importantes (tanto si son decretos administrativos como jurídicos) se propone establecer un procedimiento sumario de audiencia que tenga en cuenta las necesidades del Estado.

IV. El presente convenio fue sometido a las partes litigantes, para su aprobación, por los representantes en la tramitación de este acuerdo, el Consejero profesor doctor KAHN, en nombre del Consejo de Estado, los Subsecretarios doctor FREUND y FRITZE, en nombre del Consejo de Ministros. Esta aprobación fue otorgada por parte del Ministerio en julio, por parte del Consejo de Estado en octubre de 1923. Los representantes del Consejo de Estado darán conocimiento del acuerdo al Presidente del *Staatsgerichtshof*. El procedimiento en curso se declara, en virtud de este acuerdo, sobreseído.»

acuerdo y tratado. La materia del litigio no era aquí otra cosa que el ejercicio de atribuciones y competencias constitucionales.

La resolución procesal de los litigios da siempre lugar, fácilmente, a una coordinación de las partes, especialmente cuando predomina la idea de un proceso civil, y sus analogías son trasladadas al proceso constitucional. Entonces, la coordinación entre las partes, que se halla implicada en el desarrollo del proceso, se refleja en la coordinación que se produce entre las partes en virtud de la idea contractual y mediante la equiparación de partes procesales y contractuales que se advierte en cuanto al objeto del litigio, de manera que ambas coordinaciones se apoyan y robustecen mutuamente. Sólo en el caso de penalidad por transgresiones constitucionales manifiestas resulta efectiva la analogía con un proceso penal. En los demás casos se imponen, espontáneamente, los puntos de vista y argumentos del procedimiento civil. Así se dice en la sentencia del *Staatsgerichtshof* de 3 de diciembre de 1927: «Al dilucidar la cuestión de si el caso litigioso particular se desarrolla como un litigio jurídico, precisa partir de la exposición de hechos llevada a cabo por el peticionario, análogamente a lo que en el procedimiento civil sucede cuando al ponerse a prueba la admisibilidad del procedimiento jurídico se toman como base las afirmaciones del demandante»<sup>93</sup>. Esto puede ser absolutamente exacto en algún caso concreto, pero exige ulteriores diferenciaciones; en primer término, debe ser tomada en cuenta la peculiaridad de la jurisdicción política y constitucional,

---

<sup>93</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 1927, *RGZ*, n.º 120, anexo, pp. 1 ss.; LAMMERS-SIMONS, I, p. 147.

que no permite separar, a la manera del procedimiento civil, la capacidad de las partes y la legitimación activa. Por el contrario, es inexacto e induce a error el hecho de señalar una analogía absoluta, en términos apodícticos, sin más argumentación o diferenciación con el procedimiento civil, considerándola como algo evidente y comprensible por sí mismo.

En la bibliografía del Derecho político se advierten análogas tendencias. La teoría de pasadas épocas, como, en general, la del Derecho público, partía decididamente de la idea de que no existe derecho alguno al poder público, y que en cuanto a su ejercicio no se reconoce derecho al cargo, y al mismo tiempo se afirmaba que el titular de una atribución o competencia de Derecho público no puede disponer de ella como de un derecho subjetivo que le corresponda [en contra de esta tesis, la singularidad, enormidad y carácter extemporáneo de una monarquía radican en que el monarca tiene un derecho al cargo y a sus atribuciones políticas, cosa que resulta inconcebible en el moderno Estado —Bernatzik ha estructurado sobre la singularidad de la posición del monarca una definición jurídica de la diferencia entre monarquía y república<sup>94</sup>]; en la actualidad, por el contrario, las distintas instituciones que participan en la formación de la voluntad política convierten la interpretación de la Constitución y el ejercicio de las atribuciones que su cargo les confiere en objeto de convenios y de procesos que se desarrollan análogamente a los procesos civiles, sin que la bibliografía del Derecho político haya encontrado en ello nada extraño. Más bien parece conformarse con registrar, en éste como en otros

---

<sup>94</sup> *Republik und Monarchie*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1919 (1.<sup>a</sup> ed., 1892).

casos, la existencia de precedentes, confiando que e porvenir estructure las variadísimas consecuencias de ese principio político completamente nuevo, cuya iniciación se ha realizado de un modo inconsciente. La publicación hasta ahora más importante acerca de este tema, el trabajo varias veces citado ya de H. Triepel acerca de los «Litigios entre el *Reich* y los *Länder*» (1923), trata ciertamente, de acuerdo con su título, tan sólo de litigios federales, es decir, de aquellos en los cuales la coordinación contractual de las partes puede justificarse mediante el elemento federalista de la Constitución, y aunque Triepel hace muy amplio el concepto de litigio, insiste mucho en que ningún *Länder* puede formular una demanda sin tener en cuenta «una relación especial con el derecho». Ello viene a acentuar, con particular insistencia en este caso, la relación que existe entre capacidad para la demanda y derecho público subjetivo. Tampoco el *Staatsgerichtshof* propende, en modo alguno, a considerar toda vulneración de un precepto de la Constitución vigente como lesión de un derecho subjetivo, y, en consecuencia, como fundamento para justificar una demanda<sup>95</sup>. Mas, a pesar de ello, en la mayoría de los casos de lesión de interés puede fácilmente constituirse y afianzarse un derecho público subjetivo, para lo cual solamente es preciso fun

---

<sup>95</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 1928, *RGZ*, vol. 122, anex pp. 18 ss. LAMMERS-SIMONS, I, p. 169: «Igualmente, aunque el fundamento de la igualdad de los *Länder* hubiera de ser reconocido como contenido tácito de la Constitución del *Reich*, Prusia no podría derivar de ello ningún derecho público subjetivo, en virtud de cual estuviera autorizada a proceder contra el contenido de una ley del *Reich*, que en los demás aspectos (!) se hubiera aprobado de modo constitucional.»

damentar la demanda<sup>96</sup>. La construcción del concepto de litigio jurídico sobre el concepto de derecho subjetivo hace que la categoría de litigios constitucionales dentro de un *Länder* (e igualmente dentro del *Reich*) resulte todavía más difícil y problemática, porque los derechos públicos subjetivos vendrían a sancionar la designación pluralista del Estado.

Es de lamentar, sin embargo, que este hecho sea ignorado. En su libro sobre la jurisdicción política<sup>97</sup> define F. W. Jerusalem el alcance de dicha jurisdicción diciendo que «todo cuanto pertenece al proceso de formación de la voluntad política, cuyos titulares son los órganos del Estado», pertenece igualmente a la esfera de la jurisdicción política. Pretende también este autor «reconocer derechos subjetivos al titular de una función orgánica, por razón de la misma», derechos que «como tales pueden convertirse en materia de una demanda, lo mismo que ocurre en la jurisdicción civil (!)». También el órgano político, dice, «puede ser titular de un derecho subjetivo, cuando la ordenación jurídica le haya asignado una esfera de autonomía en la realización de su actividad orgánica». Y aquí añade la siguiente limitación extraordinariamente característica: «Naturalmente, el derecho subjetivo del titular del órgano, sobre la base del actual derecho constitucional, nunca puede fundar, por ejemplo, una capacidad para heredarlo». Esperemos —faltaba por decir— que la Ciencia del Derecho lleve tan lejos el parentesco del

<sup>96</sup> Sentencia de 3 de diciembre de 1927, *RGZ*, n.º 120, anexo. pp. 1 ss.; LAMMERS-SIMONS, I, p. 147 (el pasaje ha sido citado en el texto anteriormente, p. 120)

<sup>97</sup> *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930, pp. 51 y 53.

pluralismo actual con el Estado feudal y estamental de la Edad Media y sus derechos legítimamente adquiridos, que intente garantizar como derecho hereditario hasta la posesión del poder. Tales frases son extraordinariamente sintomáticas para el grado de desintegración que alcanza el concepto de Estado, y merecen la máxima atención. Jerusalem termina este párrafo con la siguiente tesis: «Desde el momento en que ésta (es decir, la jurisdicción política) decide constitucionalmente, por razón de su competencia, acerca de los litigios entre órganos, la Constitución del *Reich* reconoce y considera la actuación de los órganos públicos como materia de derechos subjetivos, en cuanto atribuye a dichos órganos capacidad para defender sus atribuciones frente a otros órganos, mediante acción adecuada ante la jurisdicción política». La forma de expresión de Anschütz (*Kommentar*, p. 154) según la cual la atribución propia del órgano del Estado equivale al derecho subjetivo, es para Jerusalem «sospechosa», pero sólo porque, a juicio suyo, no va demasiado lejos: tal atribución debe ser más bien idéntica a un derecho subjetivo. Igualmente característica es la formulación de M. Löwenthal, quien encuentra que la distinción entre jurisdicción política y administrativa reside en que aquélla hace valer derechos al poder público y ésta derechos contra el poder público<sup>98</sup>. La práctica del *Staatsgerichtshof* procede, en comparación con tales construc-

---

<sup>98</sup> *Reichsverwaltungsblatt*, 1929, p. 523. Tanto más extraño resulta que LÖWENTHAL, en la recensión del libro de JERUSALEM, *Reichsverwaltungsblatt*, 1930, p. 748, se manifiesta muy decidida y acertadamente contra la construcción de derechos subjetivos de los órganos del Estado.

ciones teóricas, de modo extraordinariamente cauto, y evita convertirse en instrumento del pluralismo político. En particular, sólo ha admitido con severas limitaciones, pero no de un modo general<sup>99</sup> la capacidad judicial de los partidos para cuestiones de derecho electoral<sup>100</sup> y la capacidad judicial de las fracciones de partidos políticos. Como, además, los litigios constitucionales dentro del *Reich* no son de la competencia del *Staatsgerichtshof*, se priva a la tendencia al pluralismo de su más peligrosa posibilidad, la extensión del concepto de litigio constitucional.

Sin embargo, en el orden teórico son muy dignas de atención las consecuencias extremas que resultan de tales construcciones de los derechos subjetivos: La Constitución cesaría de ser tratada como obra política de la Nación entera y unificada; los llamados órganos del Estado, es decir, los titulares de las atribuciones del poder político, podrían considerar sus atribuciones y competencias como derechos subjetivos ejercitados en nombre de las

<sup>99</sup> Han sido admitidas como partes fracciones políticas en los siguientes litigios: validez de una elección para el *Landtag*; duración del mandato de un *Landtag*; institución de Comisiones de Investigación; validez de leyes en las que estas Comisiones colaboraron o estaban autorizadas para ello; constitucionalidad de un decreto de urgencia; salvo estos casos, «su capacidad judicial sólo puede estar basada en circunstancias especiales»; *cf.* la enumeración de precedentes y el examen fundamental en la sentencia de 24 de junio de 1930, *RGZ*, n.º 129, anexo, p. 8. Por lo demás, no es preciso detenernos en la cuestión de la capacidad de las partes ante el *Staatsgerichtshof*. El examen de este problema, del que hasta ahora falta una exposición sistemática va a realizarlo E. FRIESENHAHN, de Bonn.

<sup>100</sup> Sentencias de 17 de diciembre de 1927; LAMMERS-SIMONS, I, pp. 334 y 345; pero *cf.* más adelante, pp. 144 ss.

organizaciones sociales, como mandatarios de las cuales se han convertido en «órganos del Estado», reclamando en caso necesario, incluso por vía procesal, contra las organizaciones que les son hostiles. La formación política de la voluntad sería, en su conjunto y en todos sus detalles importantes, un compromiso cuyas partes —los titulares del poder social que integran el Estado pluralista—, según el estado del asunto, unas veces harían valer por medio de los órganos políticos por ellas detentados los derechos subjetivos a la posesión del poder político, y otras veces, cuando interesara sustraerse al riesgo político, recordarían que en el aspecto «formal» y «de Derecho político» no existen, realmente, como tales órganos.

A semejantes tendencias he contrapuesto en mi «Teoría de la Constitución» el sistema de un Estado Constitucional democrático con un concepto positivo de Constitución. Cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el *Reich* alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al defensor de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad.