

Luces y sombras a medio siglo de una propuesta. Las normas constitucionales inconstitucionales

GERARDO ETO CRUZ*

PRELIMINARES

A partir de la Segunda Guerra mundial, el escenario cultural de Occidente cambió dramáticamente. En efecto, las transformaciones producidas en Europa fueron de tal magnitud que los constituyentes germanos se vieron obligados a reformular el viejo *concepto político de Constitución*.¹ De este modo, se atribuyeron a la Constitución una serie de características que hoy son moneda corriente entre los constitucionalistas y que podemos sintetizar de la siguiente manera: la Constitución, si bien es un documento de innegable carácter político y esencial a dicha naturaleza, es básica y esencialmente —y sin que ello signifique un divorcio— una *norma jurídica*,² una *lex fundamentalis* en el ordenamiento jurídico que *orienta y vincula, unifica e integra*, al sistema jurídico,³ encarnando una suma material de

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.

¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1986; BUSCARETTO DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 142; y SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 49 y ss.; RUBIO LLORENTE, Francisco. «La Constitución como fuente del derecho». En: *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Vol. I. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 53 y ss.; y HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1992, pp. 57 y ss.

³ OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999, pp. 35 y ss.

valores superiores,⁴ y que permite una lectura abierta⁵ bajo los marcos de la actual construcción de los estándares que, como bóveda en clave, lleven a una interpretación constitucional,⁶ jurídico y política, al hilo y de cara a los principios constitucionales, valores fundamentales cuyo eje sigue y seguirá siendo la afirmación de la dignidad humana.⁷

Es cierto que no ha existido cambios radicales en el horizonte del Derecho Constitucional; sin embargo, existe una natural evolución de esta disciplina y una eclosión de ideas y conceptos ligados e interconectados fuera de lo jurídico, al extremo que autores como Peter Häberle en Alemania⁸ o Pablo Lucas Verdú en España⁹ se han visto obligados a sostener que el Derecho Constitucional hay que redimensionarlo en predios distintos del estrictamente jurídico y relacionarlo con un concepto más antropológico y filosófico: *lo cultural*. Así, Häberle sostiene que: «Toda comprensión que se efectúe a nivel constitucional necesita una ampliación que incluya también a la cultura en su dimensión científica, dimensión que completa los conceptos jurídicos hasta ahora existentes pero sin llegar a sustituirlos, todo ello mediante el refuerzo de la normativa y de la normalidad del propio Estado constitucional, bajo la rúbrica: “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”».¹⁰

⁴ FREIXES SANJUAN, Teresa y José Carlos REMOTTI CARBONEL. «Los valores y principios en la interpretación constitucional». *REDC*, año 12, n.º 35, 1992, pp. 97-109; PECES-BARBA, Gregorio. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1984; PAREJO ALFONSO, Lucano. «Valores Superiores». En: *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. T. I. Madrid: Civitas, 2001, pp. 31-39.

⁵ LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitución Abierta*. Madrid: Linde, 1991, pp. 11 y ss.

⁶ Sobre la interpretación constitucional puede verse a RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Airel, 1995; CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Madrid: CEC, 1988; HESSE, *op. cit.*, pp. 33 y ss; DE OTTO, *op. cit.*, pp. 284 y ss. Desde otra particular perspectiva véase WOLFE, Crhistopher. *La transformación de la interpretación constitucional* [trad. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel]. Madrid: Civitas, 1991.

⁷ GONZALES PEREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura* [trad. del original alemán de Emilio Mikunda]. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 33 y ss.

⁹ LUCAS VERDU, Pablo. *Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Significado. Función y Finalidad de una Teoría de la Constitución*. Lima: Universidad de San Martín, 1996, pp. 26 y ss. Véase también del citado autor *Prontuario de Derecho constitucional*. Granada: Comares, 1996.

¹⁰ HÄBERLE, *op. cit.*, p. 159.

Toda esta situación no hace más que confirmar que hay una rica vertiente multidisciplinaria que enriquece la ciencia del derecho constitucional.¹¹

No es casual que el pensamiento jurídico del Derecho Público alemán haya hecho contribuciones notables: el horizonte de reflexión del *ius publicum europaeum* sigue estando bajo la singladura de las vigas y bases de las reflexiones de los grandes teóricos alemanes (Kelsen, Schmitt, Heller, Rudolf Smend y Jellinek).¹² Por cierto, no cabe duda de que el Derecho Constitucional ha crecido, pero no se puede negar que su tronco y sus raíces continúan siendo los mismos. Herederos de este vigor reflexivo alemán,¹³ Konrad Hesse¹⁴ y el profesor Otto Bachoff han adquirido notable presencia e influencia por sus ideas en la temática constitucional. Es el pensamiento de estos dos autores lo que esta breve ponencia pretende rescatar.

1. Los planteamientos de Otto Bachof

Otto Bachof —como se sabe— fue profesor de la Universidad de Tübingen y, más tarde, habría de asumir el rectorado de dicha Universidad. A la par de la vida estrictamente académica, este pensador germano se desenvolvió también como juez.¹⁵

Fue exactamente el 20 de julio de 1951 cuando formuló su sugestiva tesis del criterio rector para las normas constitucionales inconstitucionales. Esta tesis fue formulada en Heidelberg, a raíz de una conferencia que luego se publicaría en el mismo año con el título de «*Verfas-*

¹¹ Repárese, por ejemplo, en la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional, un concepto interdisciplinario abierto a la reelaboración. Véase, al respecto, HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Lima: Maestría en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp. 21 y ss.

¹² FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador VALENCIA CARMONA. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 2ª ed. México: Porrúa-UNAM, 2001, p. 23.

¹³ CRUZ VILLALON, Pedro. «La recepción de la Ley Fundamental de la RFA». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 1, 1989, pp. 65-90.

¹⁴ CRUZ VILLALON, Pedro. «La Ley Fundamental y la Unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, 1991, pp. 7-28.

¹⁵ En 1959, a raíz de la toma de posesión del rectorado en la Universidad de Tübinga, Bachof pronunció un discurso (*Grundgesetz und Richtermarcht*) que ha sido ampliamente divulgado gracias a la traducción de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en su libro *Jueces y Constitución*. Madrid: Tauros, 1996, 63 pp.

sungswidrige verfassungsnormen?». Así, en el prefacio para la traducción portuguesa expresa que: «*A minha posicção de princípio, todavia, em nada se alteraou - em razão também, e justamente, da minha própria experiencia como juiz*». ¹⁶

2. El criterio rector de Otto Bachof para la tipología de las normas constitucionales inconstitucionales: la Constitución formal y material

Bachof establece que la distinción entre Constitución en sentido *formal* y Constitución en sentido *material* conduce, igualmente, a la distinción entre la inconstitucionalidad de normas jurídicas resultantes de la infracción de la Constitución escrita (formal) y aquella resultante de la infracción de derecho constitucional material no escrito. Aclara el autor germano que esta distinción no tiene, en principio, nada que ver con la diferencia entre inconstitucionalidad formal y material de una norma jurídica. ¹⁷ La violación de la Constitución escrita precisa que una norma constitucional puede ser inconstitucional por *violación del derecho constitucional escrito formal*.

3. Los planteamientos de Bachoff: el derecho constitucional escrito formal

Aquí distingue los siguientes tipos:

a. *La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales*

En primer lugar, se esgrime esta particular tipología en función a que la cuestión de *validez* de una Constitución puede estar en relación con la *legitimidad o no legitimidad* de la misma. Según Bachoff, «Tendría poco sentido, de hecho, hacer depender la validez de una Constitu-

¹⁶ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* [traducao e Nota Previa de José Manuel M. Cardoso Da Costa]. Coimbra: Lvaria Almedina, 1944, pp. 1.

¹⁷ Sobre la idea de la constitución en sentido formal y material puede verse, entre los principales exponentes, a FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*, p. 54; DE OTTO, *op. cit.*, p. 23; DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale*. 2ª ed. Padova: Cedam, p. 12 y ss.; JELLINEK, George. *Teoría General de Estado* [Prólogo y Traduc. de Fernando de los Ríos]. México: Fondo de Cultura Económica, 2000; SCHMITT, *op. cit.*; y BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. 12ª ed. México: Porrúa, 2001, p. 320.

ción de su legalidad, entendida esta como la elaboración de acuerdo con los preceptos de la Constitución antes en vigor». ¹⁸

Una norma constitucional inconstitucional por ilegalidad puede ocurrir cuando el propio documento constitucional hace depender la entrada de su vigencia a ciertas condiciones. Este hubiese sido el caso, por ejemplo, de un texto constitucional que hubiese sido promulgado y publicado sin la aceptación de algún órgano de representación popular en dos tercios de los estados federales alemanes prescritos en el caso consignado por Bachof en el art. 144.1 ¹⁹ de la Constitución de Alemania. También puede carecer de legalidad una norma constitucional específica si esta cláusula no corresponde o no se ha elaborado según los requerimientos previstos por la propia Constitución. Un ejemplo sería el de la ratificación de dichas cláusulas a través de un plebiscito. Bachof consigna otros ejemplos, como la invalidez de una norma que fue aprobada por el órgano constituyente y sometida a plebiscito, pero, en el momento en que se publicó la versión oficial, dicha cláusula en rigor era diferente a la versión sometida a aprobación. ²⁰

b. *Inconstitucionalidad de ley de elaboración de la Constitución*

Aquí se trata de leyes que reforman normas constitucionales de naturaleza pétrea. ²¹ En efecto, hay veces que, en el testamento histórico de los autores, se imponen límites materiales expresos para los futuros reformadores del texto. En consecuencia, nos encontramos frente a cláusulas de naturaleza «pétrea» o de garantía de eternidad que limitan el poder de reforma de los congresos constituyentes. Un ejemplo clásico de los límites materiales de revisión, cuya prohibición existe en el derecho comparado, es la imposibilidad de enmienda de las cláusulas que proclaman sempiternamente la forma republicana de gobierno (Portugal, art.

¹⁸ BACHOF, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁹ «Art. 144.1.- La presente Ley Fundamental deberá ser aprobada por las Asambleas Representativas de dos tercios de los estados alemanes en que haya de regir por el momento». Al respecto, el propio Bachof, como la gran mayoría de juristas germanos, ha considerado que «Esta Ley Fundamental llevada a cabo en tiempos difíciles y bajo las condiciones más contrarias, tanto interiores como exteriores, fue considerada desde un principio como provisional; en cierto modo como un refugio corporal». *Jueces y Constitución*, p. 9.

²⁰ BACHOF, *op. cit.*, p. 52

²¹ Al respecto puede verse el clásico libro de BRYCE, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid: s.e., 1962.

290 inc. B; Francia, art. 89 último párrafo; Italia, art. 139; y Grecia, art. 110; entre otros). Resulta o puede ser comprensible que este tipo de normas pétreas —inmodificables— hayan sido previstos con buena intención del poder constituyente originario, motivado fundamentalmente por el afán de hacer perdurar la identidad de su sistema y evitar la reforma de dichos preceptos. Esta limitación, después de todo, sería comprensible, de igual modo, en el marco de un *estado normal de derecho*. Empero, no debemos olvidar —y el derecho tiene siempre un límite con la realidad— que la experiencia histórica confirma una eficacia relativa a este tipo de cláusulas (v. g., el art. 142 de a Const. del 33). En este sentido, si se reformara alguna norma pétrea, la enmienda que se incorpora al *totum* del texto devendría en inconstitucional. Otro caso típico, dentro de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, sería el de aquel precepto de la Constitución española que permite la sucesión del trono al primogénito varón (art. 157). Esta norma, en rigor, se encuentra en franca discrepancia e incompatibilidad con el principio paritario que la misma carta española proclama, pues habría una discriminación por razón de sexo. Con todo, esta manifestación no deja de tener una singular ubicación de complejidad en el marco de las restantes manifestaciones.

c. *Inconstitucionalidad de normas constitucionales en virtud de contradicción con normas constitucionales de grado superior*

Otto Bachof plantea que una norma originariamente contenida en el documento constitucional (y emitida eficazmente desde el punto de vista formal) puede ser inconstitucional y carecer, por lo tanto, de obligatoriedad jurídica en virtud de una contradicción con un precepto de grado superior del mismo documento constitucional.

Este aspecto puede parecer, a primera vista, paradójico, pues en rigor, una norma constitucional no puede manifiestamente violarse a sí misma. Con todo, esgrime Bachof que puede ocurrir que una norma constitucional de significado «secundario» —básicamente una sola norma constitucional— se encuentre indispuesta con un precepto material fundamental de la constitución. Ante esta perspectiva, la norma constitucional de grado inferior sería inconstitucional e inválida. Según Bachof, en este extremo, el control de la jurisdicción constitucional consistiría en examinar el precepto del documento constitucional que es inconstitucional y privarlo, por tanto, de obligatoriedad jurídica en virtud de una con-

tradición con un precepto de grado superior del mismo documento constitucional.²²

Aclárese aquí que la «norma constitucional de grado superior» a que alude Bachof está relacionada con el derecho «supralegal», es decir, con los «principios bacilares de la Constitucional».²³

La tesitura de esta tipología de Bachof, como se podrá apreciar, radica en que el jurista germano distingue las cláusulas de «grado superior». Aun cuando esta postura es altamente polémica, la tesis que plantea Otto Bachof es que pueden haber algunas cláusulas constitucionales que no compatibilizan *in globo* con el resto del texto constitucional y se convierten en una mácula que altera la propia armonía y consonancia intrasistémica del texto fundamental, aun cuando para ello apele a la construcción de las llamadas cláusulas de grado superior o de grado inferior, pues, hoy por hoy, todas las normas se reputan supremas,²⁴ y ninguna está en mayor o menor jerarquía entre sí.

d. *Inconstitucionalidad resultante de la alteración de naturaleza de normas constitucionales. Cesación de vigencia sin disposición expresa*

Este fenómeno de inconstitucionalidad, aclara Bachof, ha sido desarrollada por Krüger y surge de la «mudanza» o cambio de la naturaleza de las cláusulas constitucionales. Sin embargo, aclara Bachof que la argumentación de Krüger en este aspecto no resulta ser tan clara.

Al hilo de esta *tipología*, se consignan casos como, por ejemplo, el de aquellas normas que se transforman de una norma transitoria en una norma permanente. Este tipo de norma, en el decurso de un período transitorio adecuado, se reputó constitucional, pero luego se torna en una inconstitucionalidad, precisamente porque se ha alterado la naturaleza misma de la norma, preconcebida de una forma.

Igualmente, sostiene que, si ciertos presupuestos que fueron determinantes para el legislador constituyente se tuvieron en cuenta para emi-

²² BACHOF, *op. cit.*, p. 55.

²³ *Ibid.*, p. 55

²⁴ Este hecho nos hace recordar la construcción kelseniana de la famosa «norma hipotética no positiva», cuando se esforzaba en ser consecuente con la construcción de su estructura jerárquica del orden jurídico respecto al problema del poder constituyente. Con todo, la polémica creemos que no está cerrada: hay normas fundamentales que escapan en su positividad escrituraria y que están por encima de ella. A ellas se refiere Bachof con las normas de grado superior.

tir una norma y luego no vienen a verificarse o no se dan las expectativas que manifiestamente ligan a la norma, puede dicha cláusula perder sentido. En esta hipótesis, será tarea del legislador ordinario deducir de ahí las consecuencias y modificarla.

Por otro lado, como quiera que todo orden constitucional debe cumplir un rol integrador,²⁵ es lícito admitir también como posible que normas singulares de la Constitución se tornen automáticamente *obsoletas*, cuando las mismas cláusulas, en consecuencia con el cambio de la situación real, ya no pueden cumplir su función integradora y, por ventura, comienzan a desempeñar una función desintegradora.²⁶

No obstante que estas reflexiones dimanen de Krüger, Bachof plantea que, frente a la cuestión de admitir las cláusulas como inconstitucionales, sería más exacto hablar de normas que han cesado su vigencia. Por nuestra parte, estimamos que este fenómeno está en parte vinculado a la problemática de las *mutaciones constitucionales*.²⁷

Violación del derecho constitucional no escrito

En relación con este tema, Otto Bachof sostiene que una norma constitucional también puede ser inconstitucional en virtud de violación del derecho constitucional material no escrito.

En este aspecto, Bachof distingue las siguientes manifestaciones tipológicas:

a. *Inconstitucionalidad por infracción de los principios constitutivos no escritos del sentido de la Constitución*

Los «derechos constitucionales no escritos» pertenecen a lo que E.V. HIPPEL designa como «principios constitutivos menos patentes del sentido de una Constitución», entre los que se incluyen en un estado federal, por ejemplo, la máxima de comportamiento no perjudicial a la federación.²⁸

²⁵ FIX-ZAMUDIO, *op. cit.*

²⁶ BACHOF, *op. cit.*, p. 60.

²⁷ Ver, al respecto, a George Jellinek. *Reforma y Mutación de la Constitución* [estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú y trad. de Christian Förster]. Madrid: CEC, 1999, p. 7.

²⁸ BACHOF, *op. cit.*, p. 64.

Estos principios constitutivos, sin embargo, se encuentran a disposición del titular del poder constituyente.²⁹ Asimismo, no pueden ser modificados a voluntad del poder constituido y siguen el camino del proceso de revisión regulado por la ley constitucional: «la facultad de revisión no puede romper el cuadro de reglamentación legal-constitucional en que se asienta».³⁰ Aquí, Bachof sigue la línea expuesta por Carl Schmitt: «Una constitución basada en el Poder constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de Principio monárquico en vías de una “reforma” o “revisión” de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución».³¹

b. *Inconstitucionalidad por infracción de derecho constitucional consuetudinario*

El derecho constitucional no escrito pertenece, por lo general, al derecho constitucional consuetudinario; por lo que una norma jurídica también puede ser inconstitucional por infracción del derecho constitucional.

El derecho constitucional consuetudinario puede completar a la Constitución escrita. En este caso, no hay posibilidad de conflicto entre el derecho constitucional escrito y el no escrito; no obstante, el derecho consuetudinario también puede, no obstante, afectar al derecho constitucional escrito. Sin embargo, aclara Bachof que, en rigor, una alteración de la Constitución solo puede ser llevada a cabo a través de una ley formal que altere el texto de la Constitución; en consecuencia, se encuentra aparentemente excluida cualquier posibilidad de alterar la Constitución a través del derecho consuetudinario.³²

²⁹ *Loc. cit.*, p. 65.

³⁰ *Ibid.*

³¹ SCHMITT, *op. cit.*, p. 119. Además, el autor del decisionismo político del cual prácticamente Bachof asume estos planteamientos anota que sí hay límites para la facultad de reformar la V Constitución fundamentalmente en los siguientes epígrafes:

- a. Reforma Constitucional no es pues destrucción de la Constitución.
- b. Reforma constitucional no es supresión de la Constitución.
- c. Reforma constitucional no es quebrantamiento de la Constitución.
- d. Reforma constitucional no es suspensión de la Constitución.

pp. 118-126.

³² BACHOF, *op. cit.*

c. *Inconstitucionalidad (invalidez por infracción de derecho supra-legal no positivado)*

En este aspecto, el mismo Bachof expresa, de arranque, que «es susceptible de duda el saber si también puede incluirse en la Constitución (no escrita) el derecho supralegal que no fue positivado a través de su transformación en derecho constitucional escrito».³³

En la práctica, resulta obvio que esta cuestión no tendrá gran significado para las diversas Constituciones originadas en el pensamiento continental europeo, como la alemana, en virtud de la extensa incorporación de derecho supralegal en su Ley Fundamental y que, obviamente, resulta ser simple y llanamente derecho positivo. Sin embargo, sostiene Bachof que el «derecho supralegal» se encuentra inmanente en todo orden jurídico que se reivindique legítimamente con este nombre y que no se podría, en puridad, saber en qué medida habría una violación del derecho supralegal violado fue transformado en derecho constitucional escrito.³⁴

BREVE BALANCE Y PERSPECTIVA

Como se podrá apreciar, la calificación de las normas constitucionales como inconstitucionales o inválidas en Otto Bachof es un motivo más para la polémica por lo controvertible de los aspectos que esgrime el autor. En aquel año de 1951, una posición contraria ya abierta a lo expuesto por Bachof fue la de Willabalt Apelt en un trabajo publicado en el *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, pp. 1 y ss. La réplica que hiciera Bachof se encuentra en la mismo trabajo en las pp. 242/414.³⁵

Con todo, el tema es de por sí estimulante, y lo más probable es que las normas constitucionales inconstitucionales provenientes de la Constitución escrita sigan, en parte, teniendo validez; mas las otras hipótesis de las diversas inconstitucionalidades de la violación del derecho constitucional no escrito llevan a una apasionante discusión, pero sin mayores definiciones; pues hoy, la problemática de la *validez el derecho*, tema central en el que Bachof defiende su tipología, se desarrolla y

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ BACHOF, *Jueces y constitución*, p. 59

se desborda no solo por las vertientes exclusivamente jurídicas sino, como indica Robert Alexy, por las vertientes sociológicas y éticas.³⁶

³⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 88.