

LA CUESTION CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

Alejandro Alvarez Aravena

Magister Legum (LL.M.) Universidad de Würzburg, Alemania

INTRODUCCION

Con la Reunificación de los dos Estados alemanes se cumplió un mandato constitucional fundamental de la Constitución alemana (LF). La Reunificación terminó, además, con el carácter provisorio con que fue promulgada la LF. Sin embargo, la cuestión constitucional, contrariamente a lo establecido en la propia Constitución de 1949, no quedó resuelta. A raíz de un compromiso político-constitucional entre gobierno y oposición en la RFA, durante la negociación del Tratado de Reunificación con la República Democrática Alemana, se condicionó la aprobación del tratado, por parte de la oposición, a la mantención del Art. 146 LF. Dicho artículo era una de las dos vías que la LF establecía para la Reunificación. Por medio de él, el poder constituyente originario ponía la LF a disposición del pueblo alemán, para que de esta forma el texto constitucional no fuera ningún impedimento para el logro de la unidad estatal. Por ser éste un artículo cuya única finalidad era lograr la Reunificación, debió, una vez logrado este objetivo, haber sido derogado. No obstante, se optó por su mantención, aunque modificado. La interpretación de dicho artículo ha producido un intenso debate.

Para algunos, el nuevo Art. 146 LF es, como el antiguo, una norma de sustitución constitucional, que busca subsanar un vicio de legitimidad de la LF. Para otros, se trata de una norma inconstitucional, derecho constitucional inconstitucional. Finalmente, en una interpretación conforme a la Constitución, el nuevo Art. 146 LF tiene un carácter meramente declarativo, que repite algo obvio de la teoría constitucional.

I. LA REUNIFICACION COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL

El 3 de octubre de 1990 la República Democrática de Alemania (RDA) se incorporó a la República Federal de Alemania (RFA). La incorporación significó lograr la Reunificación política, que era uno de los objetivos

esenciales consagrados en el preámbulo de la Constitución alemana, denominada Ley Fundamental (LF)¹ y reafirmado en varios artículos de su texto.

La Reunificación constituía para la LF el deber para todo el pueblo y Estado alemán de lograr, en ejercicio del derecho de autodeterminación, el reestablecimiento definitivo de la libertad, la unidad nacional y estatal de Alemania².

La LF contiene varias normas que consagran "metas u objetivos constitucionales". Ellas son normas constitucionales que obligan al Estado y a sus órganos a la observancia permanente y al cumplimiento de determinadas tareas o metas³. De esta forma determinan directivas fundamentales para la actividad estatal, especialmente en la interpretación de las leyes⁴. Algunas de estas metas constitucionales son inmanentes al texto constitucional, como, por ejemplo, la justicia. Otras deben ser expresamente formuladas como el principio del Estado social en la LF⁵. Por otra parte, ellas pueden tener diferentes grados de precisión. Las más de las veces son difícilmente precisables y en la práctica aún más difícil de alcanzar.

La Reunificación, como meta constitucional, estaba tan claramente consagrada, que luego del 3 de octubre de 1990 debió haber

¹ Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Grundgesetz, 1949.

² Preámbulo de la Constitución alemana en su antigua redacción. En adelante: Ley Fundamental: LF; antigua redacción: a.R.; nueva redacción: n.R.

³ Informe de la Comisión de expertos sobre objetivos y metas constitucionales, del Ministerio Federal del Interior y Ministerio de Justicia, presentado en septiembre de 1983.

⁴ BADURA, Peter, Staatsaufgaben und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 4/1991, p. 68.

⁵ KLEIN, Hans, Staatsziele im Verfassungsgesetz - Empfiehl, es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das GG aufzunehmen?, Deutsches Verwaltungsblatt, 1991, p. 729.

sido expresamente derogada. A ella se refería el preámbulo y el Art. 146 LF a.R., pero en el hecho influyó todo el texto constitucional.

1. El carácter provisorio de la Ley Fundamental

Con la incorporación de la RDA a la República Federal concluyó el carácter "provisorio" con que fue promulgada la LF. Tal circunstancia se explica sólo por la especial situación de Alemania luego de la Segunda Guerra Mundial.

La Constitución de 1949 nace en una Alemania dividida y ocupada por las tropas aliadas⁶. Por medio de los denominados Documentos de Frankfurt, de 1 de julio de 1948, los gobernadores militares de las tres zonas de ocupación del Oeste alemán autorizaron a los ministros-presidentes de los entonces once estados (Länder) para convocar a una Asamblea Constituyente⁷.

El carácter provisorio de la LF encontraba su primera expresión en el preámbulo, en su antigua redacción⁸. El Art. 23 LF a.R. y el Art. 146 LF a.R., que serían luego sumamente importantes para el proceso de reunificación, recordaban también esta provisoriedad. Para reafirmar la provisionalidad, se buscó evitar cualquier indicio que le otorgara a la LF un carácter "definitivo". Por esta razón fue aprobada por mandatarios de los parlamentos de los estados federales y no por una asamblea constituyente, como proponían los aliados. Por la misma causa se utilizó el nombre de "Grundgesetz" (Ley Fundamental), y no de "Verfassung" (Constitución), pues según la opinión de los delegados, el nombre "Verfassung" implicaba un orden duradero, permanente, que se prolonga en el tiempo.

⁶ La Constitución alemana (Grundgesetz) fue promulgada el 23 de mayo de 1949 en el Diario Oficial (Bundesgesetzblatt) Nr. 1 y entró en vigencia el 24 de mayo del mismo año.

⁷ Los Documentos de Frankfurt tenían tres partes: 1. El encargo de convocar a una Asamblea Constitucional. 2. La tarea de revisar las fronteras entre los distintos Estados (Länder); 3. Principios que regirían las relaciones entre el nuevo gobierno alemán que se autorizaba a crear y las fuerzas de ocupación.

⁸ El preámbulo de la LF fue modificado por el Art. 4 Nr. 1 del Tratado sobre la Reunificación de los dos Estados alemanes -Tratado de Reunificación-, celebrado entre la RFA y la RDA el 28 de septiembre de 1990. Einigungsvertrag, Diario Oficial (BGBl.) II, p. 889.

Sin embargo, se debe tener presente que la provisoriedad de la Constitución alemana se refería, no a su contenido o capacidad como Constitución de una Alemania unida, sino a la falta de soberanía en el año 1949. De hecho, el Consejo Parlamentario (Parlamentarische Rat), que redactó la LF, consideró la posibilidad de que la misma Grundgesetz fuese adoptada libremente en el futuro como Constitución de todo el pueblo alemán.

Con la Reunificación de los dos Estados alemanes desaparece el carácter provisorio de la LF y se reconoce a ésta como la Ley Fundamental y definitiva. Ello fue ratificado por el Art. 4 N° 1 del Tratado de Reunificación (en adelante TR), firmado entre la RFA y la RDA. Con la derogación de las palabras "durante un período transitorio" se eliminó la provisoriedad de la Ley Fundamental.

II. ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS SOBRE TEORIA CONSTITUCIONAL

La cuestión acerca de la legitimidad de la LF y la interpretación del Art. 146 LF nos obliga a analizar brevemente algunos aspectos teóricos.

1. Poder constituyente originario y poder constituyente derivado

El análisis de la legitimidad de una Constitución y el problema de la continuidad constitucional supone la distinción entre ambos poderes.

El concepto de poder constituyente originario o *pouvoir constituant* nace durante la Revolución Francesa. Abbé Sieyès (1748-1836) establece y desarrolla la diferencia entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*. Sieyès rescata para el pueblo, en *l'état de nature*⁹, el derecho a darse una propia Constitución.

El *pouvoir constituant* se manifiesta durante el proceso de creación de una ley fundamental, libre de las normas, procedimientos y del contenido de una Constitución vigente¹⁰. Sujeto de este poder es el pueblo (la nación según Sieyès). El *pouvoir constituant* es el poder de los poderes y, por lo mismo, no está subordinado a ningún otro poder o autoridad

⁹ Sieyès, Was ist der dritte Stand?, traducido al alemán por Otto Brandt, Berlin 1924, p. 95.

¹⁰ STEINER, Udo, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Berlin 1966, p. 22.

en el Estado. De esta forma, es la fuente de todo poder y autoridad. El poder constituyente originario no tiene limitaciones positivas. La Constitución, incluso en el caso que exista alguna, no puede limitarlo de ninguna forma.

Por el contrario, el poder constituyente derivado es un *pouvoir constitué*, es una creación del poder constituyente originario. A diferencia de este último, el poder constituyente derivado se encuentra, como todos los poderes que la Constitución establece, subordinado a ésta¹¹. En consecuencia, es un poder limitado, tanto en lo formal como en lo material. Las limitaciones formales dicen relación con el procedimiento que una reforma constitucional debe cumplir. Las limitaciones materiales se refieren al contenido y a los valores de la ley fundamental.

En otras palabras, dado que el *pouvoir constitué* es un producto de la Constitución, sus competencias alcanzan hasta donde esa Constitución, obra del poder constituyente originario, lo permite¹². Por esta razón, el poder constituyente derivado no puede disponer libremente de ella.

2. Reforma constitucional, revisión total y parcial, sustitución constitucional

A raíz de la interpretación del Art. 146 LF n.R. se habla sobre reforma constitucional, revisión constitucional, revisión o reforma total o parcial de la Constitución, sustitución constitucional, etc..., sin ninguna distinción. Ello obliga a una clarificación.

La reforma constitucional es la transformación de la Constitución vigente, según el procedimiento que ella misma establece. En la reforma constitucional no es importante cuanto sea modificado. Lo importante es el respeto del procedimiento y de las limitaciones materiales de la Constitución¹³. Reforma constitu-

cional es, en definitiva, toda acción sobre la Constitución, de acuerdo a un procedimiento previo establecido y que modifica su contenido, pero no la identidad del texto constitucional¹⁴.

La LF puede sólo ser modificada de conformidad al procedimiento establecido en el Art. 79. Una reforma constitucional requiere el apoyo de dos tercios del Parlamento Federal y dos tercios en el Consejo Federal. El Art. 79 LF, inciso 3, excluye además la posibilidad de una reforma contraria al orden fundamental de libertad y democracia. En este sentido, es inconstitucional cualquier modificación que afecte "la división de la Federación en Estados, o el principio de la cooperación de los Estados (Länder) en la legislación" y los principios consignados en los artículos 1 y 20¹⁵.

La revisión total o parcial es también una reforma constitucional. Este es el caso de la Constitución federal suiza, que establece un procedimiento que denomina Revisión total o parcial (Total-und Teilrevisión¹⁶) de la Constitución. En la Revisión total existen sólo limitaciones procesales o formales, pero no materiales. Por medio de ésta, se dicta una nueva Carta Fundamental. Los artículos 118 a 123 de la Constitución suiza reglamentan claramente la transición entre la antigua y la nueva Constitución. La diferencia fundamental entre

¹⁴ Ver ISENSEE, Josef, Frankfurter Allgemeine Zeitung del 28.2.1990, p. 10.

¹⁵ Art. 1 (1) La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial a título de derecho directamente aplicable.

Art. 20 (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. (2) Todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos particulares de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. (3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los Poderes Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho. (4) Contra cualquiera que intente derribar ese orden, les asiste a todos los alemanes el derecho a la resistencia cuando no fuera posible otro recurso.

¹⁶ Art. 118 Constitución suiza: "La Constitución federal puede siempre ser total o parcialmente revisada".

¹¹ Ver, SCHMITT, Carl, Verfassungslehre, Leipzig 1928, p. 79.

¹² KEMPEN, Bernard, Grundgesetz oder neue deutsche Verfassung?, en Neue Juristische Wochenschrift, 1991, p. 966.

¹³ WÜRTENBERGER, Thomas (Art. 146 GG n.F.: Kontinuität oder Diskontinuität im Verfassungsrecht?, en Deutschen Wiedervereinigung, Tomo I, Editor Klaus Stern, Colonia, 1991, p. 121) opina que en la reforma constitucional deben permanecer las partes esenciales del texto constitucional sin modificación. En cambio, en el caso de la Revisión total, se trata de un nuevo orden jurídico, por lo que él excluye la total revisión del ámbito del Art. 79 LF que establece el procedimiento de reforma constitucional.

dichos artículos y el art. 146 LF n.R. es que este último es un producto del poder constituyente derivado y que no contempla las normas que regulan dicha transición. Además de ello y, a diferencia del procedimiento de Revisión total suizo, el antiguo Art. 146 LF no resguardaba la continuidad constitucional, pues se trataba de una norma de sustitución constitucional.

La sustitución constitucional es más que una modificación, pero menos que una revolución¹⁷. En ella, la totalidad de la Constitución se pone a disposición del pueblo, sin limitaciones materiales, ni formales¹⁸. Por la sustitución se deroga la antigua Constitución y entra una nueva en vigor. La diferencia más importante entre la reforma y la sustitución constitucional radica en las exigencias para que procedan una y otra. En el caso de la sustitución, la nueva Constitución necesita sólo mayoría simple para entrar en vigencia. La modificación de la LF requiere en cambio de la mayoría de dos tercios.

Dado que la sustitución constitucional, al contrario de la reforma, supone la dictación de una nueva Constitución sin limitación alguna, tiene como consecuencia un quiebre en la continuidad constitucional. Ello significa, entre otros efectos, romper con la jurisprudencia constitucional¹⁹. En tal caso, las decisiones del Tribunal Constitucional alemán perderían sus efectos jurídicos²⁰. Ellas podrían ser utilizadas solamente como material de interpretación jurídica.

III. LAS DOS VIAS DE LA LEY FUNDAMENTAL PARA LA REUNIFICACION

La Ley Fundamental ofrecía dos vías para la Reunificación.

¹⁷ ISENSEE, Josef, Das Grundgesetz zwischen Endgültigkeitsanspruch und Ablösungsklausel, en Deutsche Wiedervereinigung, Tomo I, 1991, p. 66.

¹⁸ BLUMENWITZ, Dieter, Braucht Deutschland ein neues Grundgesetz?, en Zeitschrift zur politischen Bildung, 1992, p. 8, utiliza el concepto "revisión total" que es el que emplea la Constitución federal suiza (Totalrevision) y las constituciones de algunos cantones. El significado es el mismo.

¹⁹ WURTENBERGER, Thomas, Art. 146 GG: Muß unser Grundgesetz einer Volksabstimmung unterworfen werden?, en Politische Studien, Sonderheft 2, 1991, p. 25.

²⁰ Por ejemplo, quedaría sin efecto la prohibición del partido comunista alemán del año 1950. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE), 5, 85, p. 131.

1. El "ingreso" o incorporación (Beitritt) de la RDA al ámbito de vigencia de la LF según el Art. 23, inc. 2 LF.

2. La "sustitución" (Ablösung) de la LF y la promulgación de una nueva Constitución según el Art. 146 LF a.R.

El Art. 23 LF a.R. y el Art. 146 LF a.R. tenían un objetivo común, pero procedimientos y consecuencias diferentes. Mientras el Art. 23 aseguraba la continuidad constitucional, el Art. 146 significaba el quiebre con la Ley Fundamental. La adopción de una de estas dos vías fue precedida de un intenso debate público.

1. El camino del Art. 23 inc. 2 LF

El Art. 23 LF, derogado por el Art. 4 TR, se refería a la incorporación a la República Federal de regiones alemanas distintas a los estados enumerados en el inciso 1 del Art. 23 LF²¹. Dicho artículo era lógica consecuencia de la afirmación del preámbulo de la Constitución en su antigua redacción, de conformidad a la cual el pueblo alemán dictó la LF "...actuando también en nombre de aquellos alemanes a quienes estaba vedada la colaboración..."²².

El Art. 23 LF había sido ya aplicado en el año 1956. Mediante un tratado entre Francia y la RFA se reincorporó, a partir del 1 de enero de 1957, el Sarre, entonces bajo administración francesa, a la República Federal. Dicha experiencia fue muy útil en el proceso de reunificación. La ley alemana que aprobó el tratado entre ambos Estados²³, contenía las reglas de transición, por medio de las cuales se reguló una serie de problemas propios de un proceso de esta naturaleza. Como ejemplo, el Art. 12 LF que garantiza la libertad de trabajo, no entró en vigencia de inmediato en el Sarre. Las elecciones de diputados, reguladas por el Art. 38 LF, tampoco se efectuaron inmediatamente. Además, se establecía que esta "transición" debía concluir en un plazo de tres años²⁴. To-

²¹ Art. 23 a.R. (1) "La presente Ley Fundamental rige desde ya en el territorio de los Länder..." (Estos eran los Estados o Länder de la Alemania Occidental, que correspondían al sector ocupado por tropas norteamericanas, inglesas y francesas). (2) "En otras partes de Alemania será puesta en vigor después de su adhesión".

²² Estos eran, fundamentalmente, los alemanes de Alemania del Este.

²³ Ley del 22 de diciembre de 1956, en Diario Oficial (BGBl.) II, p. 1587.

²⁴ Leicht, einheit durch Beitritt, citado en supra nota 10, p. 196.

das estas normas fueron consultadas como precedentes para la Reunificación.

b) El procedimiento del Tratado de Reunificación

El Art. 23 LF contemplaba el ingreso a la RFA sin que fuese necesario un tratado previo. A diferencia de lo ocurrido en el Sarre, la RDA declaró unilateralmente su incorporación al denominado "ámbito de vigencia de la Ley Fundamental" y ésta comenzó a regir en ese territorio por medio de una ley simple. Sin perjuicio de ello, la complejidad de un proceso de esta naturaleza pudo ser mejor reglada por medio de un tratado bilateral: el Tratado de Reunificación. Este fue firmado el 31 de agosto de 1990 en Berlín. Partes del mismo son la República Democrática Alemana y la República Federal de Alemania. Su objetivo fue el logro de una base jurídica segura para la integración de los dos Estados alemanes y la producción de las condiciones que permitieran relaciones igualitarias entre los antiguos (los de la RFA) y los nuevos (los de la RDA) estados federales, especialmente en lo que dice relación con la equiparación de dos ordenamientos jurídicos tan diferentes²⁵.

El Tratado de Reunificación determina, entre otros, la nueva organización de la Alemania (los nuevos estados federales) tras la incorporación de la RDA (Art. 1); pone en vigencia la LF en los nuevos estados (Art. 3) y determina en qué medida la Constitución rige y qué artículos no tienen vigencia (Arts. 6 y 7); también modifica la LF (Art. 3). Por último, el tratado regla la vigencia del derecho federal y, en ciertos casos, la vigencia del derecho de la RDA (Arts. 8 y 9).

La Reunificación alemana representa el intento de acomodar o adaptar dos ordenamientos jurídicos absolutamente diferentes. Eso fue y es posible sólo mediante la dictación de una cantidad impresionante de reglas y normas de transición²⁶.

La decisión por uno de los dos procedimientos que la LF contemplaba para la Reunificación fue —como se puede suponer— muy debatida. No obstante, dicha discusión tuvo lugar más en la Alemania del Oeste que en la del Este. El pueblo en la RDA se pronunció por una rápida incorporación a la RFA.

Eso se demostró primero en las calles de Leipzig, Dresden y Berlín y luego en las primeras elecciones democráticas para la Cámara del Pueblo (Volkskammer), el 18 de marzo de 1990. Mientras en la Alemania del Este la incorporación al ámbito de vigencia de la LF significaba una decisión a favor de la libertad y la democracia, en la entonces RFA dicha disyuntiva se convirtió en una decisión mera y netamente política, entre aquellos "que bajo el techo de la LF se sentían como en casa"²⁷, y los otros, que vieron en la Reunificación una oportunidad para establecer una nueva Constitución.

No obstante, rápidamente se notó en la doctrina una preferencia por el Art. 23 LF. El gobierno federal se pronunció también en favor de esta vía²⁸. La decisión final, favoreciendo el Art. 23 LF, se tomó antes del Tratado de Reunificación, en el preámbulo del Tratado sobre unificación monetaria, económica y social, de 18 de mayo de 1990²⁹.

Esta vía presentaba varias ventajas. La más importante, y que la distinguía a la vez en mayor medida de la del Art. 146 LF a.R., era el que aseguraba la continuidad constitucional, esto es, la vigencia de la LF pero ahora como Constitución definitiva de todo el pueblo alemán. A la vez, ella otorgaba al pueblo en la RDA la posibilidad de decidir unilateralmente su incorporación a la RFA.

En dicha decisión no tenía la RFA ninguna competencia, por lo que tampoco podría haber rechazado el ingreso de la RDA³⁰.

Por estas razones, el Art. 23 se presentaba como el camino más expedito, en relación al del Art. 146 LF. Esta opción unilateral reafirmaba, además, el derecho de autodeterminación del pueblo de la RDA, que tomó libremente y, al mismo tiempo, dos decisiones: su incorporación a la RFA y, actuando como poder constituyente originario, ratificó la LF como Constitución definitiva.

Por cierto, esta vía no excluyó la posibilidad de realizar modificaciones necesarias a la LF. Algunas de estas modificaciones fueron incluso realizadas en el propio Tratado de Reunificación. Por último, el Art. 23 LF tenía

²⁷ ZIPPELIUS, Reinhold, Brauchen wir eine neue Verfassung?, en *Politische Studien*, Sonderheft, 2, 1991, p. 30.

²⁸ BÜLLOW, Erich, Die Entstehungsgeschichte des Art. 146 GG n.F., en *Deutsche Wiedervereinigung*. Tomo I Eigentum - Neue Verfassung - Finanzverfassung, Colonia 1991, p. 50.

²⁹ Diario Oficial (BGBl.) II, pp. 518, 537.

³⁰ Maunz, en: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Munich 1990, Art. 23 Nr. 40.

²⁵ SCHNAPAUFF, Klaus, Der Einingungsvertrag, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1990, pp. 1249 ss. (p. 1250).

²⁶ El problema sobre la penalización del aborto, hasta el día de hoy no completamente resuelto, es sólo un ejemplo de ello.

la ventaja de presentarse como una vía más rápida y expedita. El tiempo jugó en todo este proceso un papel fundamental. El camino del Art. 146 LF a.R. exigía, dada la mayor complejidad de su procedimiento, que a la vez se encontraba mucho menos reglado, una preparación mayor, lo cual demandaba un tiempo más largo, del cual no se dispuso en la práctica, teniendo en cuenta la rapidez con que evolucionaron los acontecimientos.

2. El camino del Art. 146 LF a.R.

La otra vía para la Reunificación estaba consagrada en el último artículo de la LF y determinaba su sustitución por una nueva Constitución. El *pouvoir constituant originaire* "legalizó" por una sola vez³¹, dada la situación política al momento de la dictación de la Constitución, el carácter provisorio de ésta y el mandato constitucional de Reunificación, el ejercicio del poder constituyente originario. Considerando el carácter de meta constitucional fundamental que tenía la Reunificación, no quiso la LF ser impedimento para el logro de este objetivo y ella misma se puso a disposición del pueblo alemán en este Art. 146 LF a.R.

El Art. 146 LF decía en su antigua redacción, hasta el 3 de octubre de 1990: "La presente Ley Fundamental perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán". Este último artículo de la Grundgesetz fue redactado nuevamente por el Art. 4 N° 6 TR, de la siguiente manera: "La presente Ley Fundamental, que rige, luego del logro de la unidad y libertad de Alemania, para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por el pueblo alemán"³².

El Art. 146 LF n.R. está en armonía con el Art. 5 TR y ambos deben ser interpretados conjuntamente. De acuerdo al Art. 5 TR, los dos gobiernos alemanes de entonces, que son parte en el tratado, "recomiendan" al Poder Legislativo de la Alemania reunificada ocuparse, en el plazo de dos años, de todas las cuestiones sobre modificación o complementación de la LF que surjan a raíz de la Reunificación y, también, con la posibilidad de un eventual plebiscito.

La mantención de este Art. 146 LF, ahora con nueva redacción, y la "recomendación" (Empfehlung) del Art. 5 TR dejan la cuestión constitucional en Alemania incierta. La Reunificación, que en el hecho debió significar el término de la provisoriedad de la LF, abrió los "apetitos jurídicos" y políticos sobre una modernización, adaptación o una liberalización de la Constitución. La misma Carta Fundamental que ha sido considerada como producto de una "hora estrella" (Stemstunde) de la historia alemana³³ es ahora puesta en duda. Su legitimidad y validez, que en definitiva deciden sobre la continuidad del actual orden constitucional, se convierten en objeto de discusión.

Mientras tanto, los partidos políticos han llegado a algunos acuerdos. Entre éstos se decidió la formación de una comisión integrada por miembros del Parlamento y del Consejo Federal, que se constituyó el 16 de enero de 1992 y que se compone de 64 miembros. Esta comisión debe proponer sobre reformas constitucionales para que, en definitiva, decidan los cuerpos legislativos.

La interpretación del Art. 146 LF n.R. en relación con el Art. 5 TR deja varias interrogantes sin responder y sirve de fundamento para las más variadas posiciones. Entre ellas, la cuestión de saber si esta reforma que ahora se discute por la comisión mencionada se trata de una modificación constitucional de conformidad a la LF, o bien de una gestión del poder constituyente originario y, por lo tanto, libre de toda norma constitucional anterior. Tampoco está claro si la LF reformada será o no sometida a un plebiscito y, en ese evento, cuál sería el carácter del mismo.

3. La tercera vía

Una tercera vía para la Reunificación fue propuesta primero por la doctrina jurídica y luego de la incorporación de la RDA de acuerdo al Art. 23 LF, también por la política. Esta vía consistía en una combinación de ambas posibilidades: primero, incorporación según Art. 23, inc. 2 LF y luego promulgación de una nueva Constitución aprobada en un plebiscito, de conformidad al Art. 146 LF. Dicha

³¹ Sin Reunificación la Grundgesetz no permitía la actividad del poder constituyente originario.

³² La frase agregada por la modificación del 3.10.1990 escrita en letra cursiva.

³³ Según las palabras de Gustav Heine- mann, antiguo Presidente de la República Federal. Texto en: Leicht, Robert, Einheit durch Beitritt. Eine neue Verfassung kann nur schlechter werden, en: Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, Editores B. Guggenberger y T. Stein, Munich 1991, p. 191.

proposición está directamente relacionada con la cuestión sobre la legitimidad de la Constitución.

La LF establecía, sin embargo, sólo dos caminos para la Reunificación. Una tercera vía no fue siquiera pensada por los miembros del Consejo Parlamentario (Parlamentarische Rat): o la LF regía, después de la Reunificación, como la Constitución definitiva de todo el pueblo alemán, o dicha Reunificación se realizaba por medio de una nueva Constitución. Con la Unificación de los dos Estados alemanes desapareció la Reunificación como presupuesto de hecho del Art. 146 LF a.R. Con ello se extinguió también la posibilidad de un acto constituyente originario según el Art. 146 LF. En este sentido, un acto constituyente, luego del ingreso de la RDA, tendría el carácter de anticonstitucional. Tras la Reunificación sólo es posible una reforma en el ámbito de vigencia de la LF, de conformidad al procedimiento del Art. 79 LF. Por esta razón, dicha supuesta tercera vía debe ser rechazada.

La teoría de la tercera vía persigue la promulgación de una nueva Constitución previa consulta al pueblo. En caso de una "sustitución" de la LF, si ella fuese posible, se requeriría sólo de mayoría simple para poner en vigencia la nueva Constitución³⁴, en lugar de los dos tercios del Art. 79.

IV. EL ARTICULO 146 LF Y LA REUNIFICACION ALEMANA

El Art. 146 LF n.R. es una consecuencia directa de la Reunificación. El antiguo Art. 146 LF fue modificado por el Art. 4 N° 6 TR. Esta fue una de las reformas necesarias contempladas por el tratado para la incorporación de la RDA. Nueva en este artículo es sólo una frase: "La presente Ley Fundamental, que rige, tras el logro de la unidad y libertad de Alemania, para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán". Dicho artículo debió haberse no modificado sino derogado. Para ello existen razones de índole constitucional y de política interna y externa.

Constitucionalmente, debió derogarse conjuntamente con el mandato constitucional de la Reunificación, tal como ocurrió con el preámbulo y el Art. 23 de la LF. El supuesto de hecho que autorizaba a la sustitución cons-

titucional era la Reunificación³⁵. Logrado dicho objetivo, el artículo se quedó sin objeto y, por lo tanto, obsoleto.

También hay razones político-constitucionales de orden interno. La RDA estaba de acuerdo en borrar dicho artículo del texto constitucional, para darle de esta forma un carácter definitivo a la Reunificación de los dos Estados alemanes. Además, y dado que la mantención de este artículo produce una permanente inseguridad constitucional, existe una discusión permanente sobre la vigencia de la Constitución, lo que afecta la estabilidad jurídico-institucional del país.

Por último, existían también razones de índole internacional. Según el Art. 1 (4) del Tratado sobre reglas definitivas en relación a Alemania³⁶, denominado el Tratado dos + cuatro³⁷, la LF no puede contener ninguna norma que cree incertidumbre sobre el carácter definitivo de las fronteras de la Alemania unificada (inc. 1). El inciso 2 establece: "Esto es válido especialmente para las disposiciones contempladas en el preámbulo y en los artículos 23 inc. 2 y 146 de la Ley Fundamental".

Dichas modificaciones se realizaron por medio del Art. 4 1., 2., y 4. del Tratado de Reunificación. Por esta razón, dicho tratado tuvo que ser aprobado por el Parlamento Federal con la mayoría necesaria para la reforma constitucional³⁸. Las fuerzas aliadas quisieron mediante esta disposición lograr el *statu quo*³⁹ en materia territorial, no sólo a nivel de

³⁵ ISENBERG, Das Grundgesetz zwischen, citado en supra nota 18, p. 75.

³⁶ Texto: Publicaciones del Parlamento federal (BT-Dr) 11/8024 del 1 de octubre de 1990.

³⁷ Ello en consideración a las partes del mismo: los dos Estados alemanes ocupados, por una parte, y las cuatro fuerzas aliadas triunfadoras de la Segunda Guerra, Estados Unidos, Inglaterra, Unión Soviética y Francia, por otra.

³⁸ La procedencia de una modificación constitucional por medio de un tratado internacional es, por decir lo menos, cuestionable. Ello puede sólo justificarse en virtud del mandato constitucional de Reunificación. Al respecto, ver Stern, Klaus, Der verfassungsändernde Charakter des Einigungsvertrag. DtZ, 1990, pp. 289 ss. También, Decisión del Tribunal Constitucional Federal 2/90 del 18 de septiembre de 1990, en: Deutsches Verwaltungsblatt, 1990, p. 1163.

³⁹ BLUMENWITZ, Dieter, Der Vertrag vom 12.9.1990 über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland, en Neue Juristische Wochenschrift, p. 3045.

³⁴ Al respecto se debe considerar que, en caso de existir en el Parlamento mayorías distintas a las actuales, la situación constitucional en Alemania sería quizás distinta.

derecho internacional, sino que también desde el punto de vista del derecho constitucional interno⁴⁰.

a) *El Art. 146 LF n.R.: un compromiso constitucional*

En las negociaciones del Tratado de Reunificación, el Gobierno alemán debió negociar en dos niveles. La negociación más importante era, naturalmente, con la contraparte, la RDA. Ella no era sin embargo la más difícil. Dado el carácter de modificación constitucional de dicho tratado, el gobierno requería no sólo el apoyo de los partidos de la coalición gobernante, sino también de los de oposición. Dicho acuerdo fue mucho más complicado que el acuerdo con la RDA.

Estos problemas se originaban, en el fondo, en un disenso básico sobre el futuro de la Constitución. La mantención del Art. 146 LF se presentaba, entonces, como un medio para satisfacer los intereses constitucionales y políticos divergentes. Eso es en definitiva lo que se negoció: el futuro de la Ley Fundamental a través del Art. 146 LF que, por lo tanto, no es el producto de una negociación entre las partes del Tratado de Reunificación, sino el resultado de un compromiso político-constitucional entre gobierno y oposición. Mientras, ni la RDA, como tampoco el gobierno (CDU-CSU-FDP) tenían interés alguno en su mantención, el partido mayoritario de la oposición (SPD)⁴¹ condicionó su apoyo a la aprobación del tratado a la vigencia del Art. 146 LF.

Estamos pues frente a una situación jurídica inédita, en que una disposición constitucional, el Art. 146 LF, es modificada por medio de un tratado internacional⁴², el Tratado de Reunificación. También resulta bastante peculiar, el hecho que ello no es consecuencia de

un acuerdo entre las partes de ese mismo tratado, sino que el compromiso entre el gobierno y la oposición en la RFA⁴³.

b) *Diferencia entre la nueva y la antigua redacción del Art. 146 LF*

La distinción fundamental radica en el origen de ambas normas. En el Art. 146 LF a.R. se había dado el propio *pouvoir constituant originaire* la facultad de promulgar otra Constitución mediante un nuevo acto constituyente. Para ello, la LF contemplaba su propia sustitución. Por su parte, el nuevo Art. 146 es una creación del poder constituyente derivado, en virtud de un tratado internacional aprobado con mayoría de reforma constitucional.

El poder constituyente originario y el derivado son un mismo poder del pueblo para la creación constitucional. La diferencia está en que el segundo es un producto del *pouvoir constituant*, y de esta forma le está subordinado. El poder constituyente derivado no puede "disolver" aquello que el constituyente originario "constituyó".

c) *La interpretación del Art. 146 LF y el futuro de la Ley Fundamental*

El Art. 146 LF n.R. es, en ciertos aspectos, impreciso, lo que da lugar a un enconado debate constitucional. Mientras la política ha logrado un consenso básico, no ha podido en cambio la doctrina alcanzar el mismo entendimiento. La política ha concordado en la creación de la comisión conjunta del Parlamento y Consejo Federal, que debe proponer reformas a la Constitución con el acuerdo de dos tercios en ambos órganos legislativos. No obstante, se debe tener presente que los acuerdos políticos tienen, en su gran mayoría, carácter transitorio y ellos se mantienen en tanto las mayorías parlamentarias no se modifiquen. Por esta razón, nadie puede hoy asegurar que, en consideración de las variadas interpretaciones del Art. 146 LF n.R., el consenso logrado se mantendrá en el futuro.

A diferencia de la política, la doctrina no conoce la necesidad de consensuar y puede, por lo tanto, seguir discutiendo. Sus argumen-

⁴⁰ Büllow (Die Entstehungsgeschichte, citado en supra nota 32, p. 52) afirma la existencia de una declaración del ministro de Relaciones Exteriores alemán de esa época, Hans Dietrich Genscher, al entonces ministro soviético Schewardnase, en orden a que "también el Art. 146 LF será derogado".

⁴¹ CDU = Democracia Cristiana, CSU = Partido Social Cristiano; FDP = Partido Liberal; SPD = Partido Socialdemócrata. El Partido Verde se opuso al TR.

⁴² En este caso no se puede hablar sólo de un tratado internacional, sino que como en todos los tratados y acuerdos entre los dos Estados alemanes, se trata de un tratado bastante sui generis. La RFA nunca reconoció a la RDA como Estado, como el "otro Estado alemán". Sobre la naturaleza jurídica del tratado

de Reunificación, ver STERN, Der verfassung-sändernde, citado en supra nota 41, pp. 307 ss. También BLUMENWITZ, Der Vertrag vom 12.9.90, citado en supra nota 42, pp. 3941 ss.

⁴³ RANDELZHOFFER, Albrecht, Das Grundgesetz unter Vorbehalt? Zum neuen Art. 146 GG, en Deutsche Wiedervereinigung, Tomo I, Editor Klaus Stern, Colonia, 1991, p. 142.

tos influyen la actividad y decisión de los partidos políticos. Por lo mismo, no es fácil distinguir qué argumentos tienen un carácter teórico-constitucional y cuáles persiguen una finalidad de carácter meramente partidista. Por último, se debe tener presente que en el evento de una disputa constitucional el Tribunal Constitucional Federal deberá resolver de conformidad al Art. 93 LF. A la eventual discusión sobre la interpretación del Art. 146 LF n.R. ante el Tribunal Constitucional apuntan también los argumentos de la doctrina.

Tres grandes tendencias pueden apreciarse en la doctrina respecto de la interpretación y aplicación del Art. 146 LF n.R. Ninguna de las tres es absoluta y en cada una se encuentran distintas posiciones:

1. El Art. 146 LF n.R. autoriza la "sustitución" de la LF.

Según esta interpretación, el Art. 146 LF n.R. "autorizaría" —igual como lo hacía el antiguo Art. 146 LF— al *pouvoir constituant* para sustituir la Ley Fundamental por una nueva Constitución, aprobada plebiscitariamente por el pueblo. Dicha posición corresponde, fundamentalmente, a quienes buscan incorporar en una nueva Constitución ciertos "deseos constitucionales" particulares⁴⁴, sin cumplir para ello con la mayoría de dos tercios del Art. 79 LF.

Para quienes defienden esta posición, el antiguo Art. 146 LF tenía dos fines. El primero era la Reunificación, que ya está cumplido. Su segundo objetivo era abrir el camino para una Constitución plebiscitariamente legitimada, que debe todavía cumplirse. Este artículo perseguiría, en definitiva, mediante una nueva Constitución, subsanar un "vicio de nacimiento"⁴⁵ del actual texto constitucional.

En esta posición se distinguen claramente dos tendencias. Para aquellos que consideran la LF como ilegítima, el Art. 146 sólo puede tener como objetivo, tras la Reunificación, el reemplazar la LF⁴⁶. La otra opinión, que no objeta la legitimidad de la Constitu-

⁴⁴ Entre éstos están ciertos derechos sociales, como el derecho a la vivienda, el derecho al empleo, el derecho al medio ambiente y otros.

⁴⁵ PREUSS, Ulrich, Die Chance der Verfassunggebung, en Aus der Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 45/1992, pp. 12 ss.

⁴⁶ SCHNEIDER, Hans-Peter, Die Zukunft des Grundgesetzes: Vom Beruf unserer Zeit Verfassunggebung, en Nation und Demokratie. Studien zur gesellschaftlichen Ent-

ción⁴⁷, considera el Art. 146 como una norma de sustitución, aunque con limitaciones⁴⁸.

La eventual existencia de un vicio en el origen de la Ley Fundamental se ha subsanado tras más de cuarenta años de efectiva vigencia. Ella se ha valorado y goza de la aceptación general del pueblo alemán, demostrado, entre otras, en las varias elecciones parlamentarias y las reformas constitucionales efectuadas. El Art. 146 no tenía en su antigua, ni tiene en la nueva redacción dos objetivos. El era una disposición orientada exclusivamente a la Reunificación y legalizaba, excepcionalmente y en consideración a la división de Alemania, el poder constituyente originario. La LF tenía un doble carácter: de acuerdo al Art. 23 LF era potencialmente la Constitución definitiva para el pueblo alemán⁴⁹, por otra parte, ella tenía, de conformidad al Art. 146 LF, sólo un carácter provisorio, bajo la reserva de la Reunificación. En consecuencia, esta tesis debe rechazarse. La legitimidad de la LF es inobjetable.

2. El Art. 146 LF n.R. constituye derecho constitucional inconstitucional

Es indiscutible que el órgano competente para la reforma constitucional no puede disponer sobre los fundamentos de su propia autorización⁵⁰. Esta interpretación es consecuencia

wicklung, 1991, pp. 51 ss.; Id. PREUSS, Die Chance, citado en supra nota 46, pp. 12 ss.; Id. ENGEL, Hans, en: Deutsche Wiedervereinigung Aussprache, p. 113.

⁴⁷ KRIELE, Martin, Art. 146 GG: Brücke zu einer neuen Verfassung?, Zeitschrift für Recht und Politik, 1991, p. 4, sostiene que el Art. 146 LF no obliga a la sustitución de la Constitución. No obstante, para él, el Art. 146 contempla dicha posibilidad. Sin embargo, él considera la legitimidad del texto constitucional como inobjetable. De lo contrario, no podría sostener que la mantención del Art. 146 LF provoca, lentamente, un claro debilitamiento de la legitimidad de la constitución y habla de una "carga explosiva" bajo los fundamentos de la LF.

⁴⁸ WÜRTEMBERGER, Kontinuität oder Diskontinuität, citado en supra nota 15, pp. 95 ss.

⁴⁹ BARTLSPERGER, Richard, Verfassung und verfassungsgebende Gewalt im vereinten Deutschland, en Deutsches Verwaltungsblatt, 1990, p. 1297.

⁵⁰ BARTLSPERGER, Verfassung, citado en supra nota 49, p. 1285; Id. RANDELZHOFFER, Das Grundgesetz, citado en supra nota 45, pp. 141 ss.; ZIPPELIUS, Brauchen wir, citado en supra nota 31, pp. 30 ss.; Id. KEMPE, Grundgesetz, citado en supra nota 14, pp. 964 ss.

de lo ya señalado: si se considera al Art. 146 LF n.R. como una norma que autoriza la sustitución de la LF, se debe necesariamente deducir que es contrario al texto constitucional y, por lo tanto, inconstitucional. Es un caso de derecho constitucional inconstitucional (*verfassungswidriges Verfassungsrecht*).

La existencia de una norma constitucional contraria a la Constitución no sólo es teóricamente posible, sino que también se ha presentado en la práctica. El Tribunal Constitucional Federal ha aceptado como posible la existencia de contradicciones entre normas del mismo texto constitucional⁵¹, cuando normas particulares contrarían principios que pertenecen a las decisiones fundamentales de la LF. Asimismo, la doctrina mayoritaria es de la opinión que el Tribunal Constitucional puede constatar dicha inconstitucionalidad. Las normas que modifican la Constitución deben ser primero confrontadas con las normas escritas del texto constitucional⁵². Las reglas fundamentales son las señaladas en los principios consagrados en el Art. 79 inc. 3 LF⁵³. También puede el derecho natural servir como medida de estas normas, especialmente cuando mantienen este carácter de no escritas⁵⁴. Lo mismo ocurre, obviamente, cuando el derecho natural se consagra en la Constitución, como ocurre en los Arts. 1 y 20 LF.

Esta tesis afirma con convincentes argumentos que el Art. 146 LF n.R. trasgrede el Art. 79 inc. 3 LF. Dado que la exclusión de ciertas normas de la posibilidad de una reforma constitucional no se refiere sólo a los principios contenidos en los artículos 1 y 20 LF,

sino también al propio Art. 79 inc. 3 LF⁵⁵, que declara esos principios como inmodificables⁵⁶, el Art. 146 LF n.R., interpretado como norma que autoriza la sustitución constitucional, contraría no sólo los principios sobre el orden fundamental de libertad y democracia consagrados en los artículos 1 y 20 LF, sino que al propio Art. 79 inc. 3 LF, que podría ahora incluso ser derogado.

Precisamente para evitar una situación como ésta, el Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de inconstitucionalidad de normas dentro de la propia Ley Fundamental. "El Art. 79 inc. 3 LF como límite del poder constituyente tiene el objetivo de evitar que el orden constitucional vigente sea eliminado en su sustancia, en sus bases, por medio de la vía meramente formal-legalista de una norma modificatoria constitucional, y de esta forma sea posteriormente utilizada para la legalización de un régimen totalitario"⁵⁷.

El poder constituyente derivado no tiene más competencias que aquellas que se le han otorgado y el Art. 79 LF, como poder constituido, no permite la dictación de una nueva Constitución. No existe, en este caso, una especie de "restitución"⁵⁸ o "constitucionalización" del poder constituyente originario, que por naturaleza es extraconstitucional. Tampoco puede el poder constituyente derivado disponer libremente del Art. 79 inc. 3 LF, por lo que el Art. 146 LF n.R. está subordinado a dicho artículo. Mientras el antiguo Art. 146 LF "legalizaba" un nuevo acto constituyente por causa de la Reunificación, el nuevo Art. 146 LF, sin perjuicio de una interpretación conforme a la Constitución, como veremos en el otro punto, es constitucionalmente "ilegal"⁵⁹.

⁵¹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 1, 14-61; 3, 225-231. En opinión del Tribunal Constitucional "existen normas constitucionales, que por ser una expresión tan clara de derecho anterior a la Constitución, también obligan al constituyente y, por lo tanto, pueden ser lesionadas por otras reglas de la Constitución, que no tengan tal carácter. Ello ocurre especialmente cuando una norma constitucional trasgrede, de una forma absolutamente inaceptable, postulados especiales de justicia, que pertenecen a las decisiones fundamentales de esta Constitución". (BVerfGE, 3, 225).

⁵² LEISNER, Walter, *Verfassungswidriges Verfassungsrecht?*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 1992, pp. 432 ss. (p. 436).

⁵³ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), 30, 1.

⁵⁴ LEICHT, *Verfassungswidriges*, citado en supra nota 52, p. 437.

3. Interpretación conforme a la Constitución: el Art. 146 LF n.R. debe ser interpretado en el ámbito de vigencia de la Ley Fundamental y conforme al Art. 79 LF

Si una norma admite más de una interpretación, de manera que de una forma es contra-

⁵⁵ HESSE, Konrad, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14 edición, Heidelberg 1984, p. 263.

⁵⁶ MAUNZ-DURRIG, citado en supra nota 34, Art. 79.

⁵⁷ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), 30, 1 (24).

⁵⁸ MURSWIEK, Dietrich, *Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1978, p. 250.

⁵⁹ BARTLSPERGER, *Verfassung*, citado en supra nota 50, p. 1300.

ria a la Constitución, pero de otra está conforme con ella, se debe necesariamente⁶⁰ optar por la interpretación que esté conforme al texto constitucional⁶¹. El principio de la interpretación conforme a la Constitución tiene sus raíces en el principio de la unidad del derecho y ha ganado notoria importancia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶², que lo ha aplicado en forma reiterada⁶³. Por esta razón, la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio*⁶⁴ y surge la interrogante de si no es posible otra interpretación del Art. 146 LF n.R. que esté conforme con la LF.

Por cierto, el principio de interpretación conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*) se aplica también a normas de rango constitucional. No obstante ello, en un sistema democrático el legislador tiene a su favor la presunción de querer y actuar conforme a la Constitución⁶⁵. La doctrina constitucional alemana y la jurisprudencia unánime del Tribunal Constitucional Federal sostienen que la norma cuestionada debe trasgredir los principios contenidos en el Art. 79 inc. 3 LF o el derecho natural, pues en caso contrario la LF será modificada por dicha norma.

En consecuencia, si existe la posibilidad de una interpretación del Art. 146 LF n.R. conforme a la Constitución, se debe necesariamente acoger y, en todo caso, prima por sobre la interpretación anterior, que la considera como norma contraria a la LF.

Como ya se demostró, el Art. 146 LF n.R. no es una norma de reforma constitucional paralela a la del Art. 79 LF, sino que está subordinado a éste. El Art. 146 LF n.R. no representa, por lo tanto, una vía alternativa al Art. 79 LF, sino que encuentra en su inciso 3 su medida jurídica-material y en la mayoría de dos tercios exigida por el inciso 2 su exigencia formal-procesal. En este sentido, la nueva norma de la LF debe ser complementada en su

interpretación por el Art. 79 LF⁶⁶, puesto que aquél, como norma de revisión, carece de un procedimiento de reforma. Ninguna modificación constitucional puede eludir el procedimiento contemplado en el Art. 79 LF⁶⁷.

En definitiva, el Art. 146 LF n.R. repite algo evidente de la teoría del estado: la LF deja de estar vigente, como cualquier otra norma constitucional, el día en que el pueblo alemán adopte una nueva Constitución⁶⁸. Dicha afirmación se refiere, ya no al *pouvoir constitué*, sino que la *pouvoir constituant originaire*. En este sentido, el nuevo Art. 146 no produce ninguna "reactivación" del constituyente originario, por lo que sólo puede tener un carácter meramente declarativo. La derogación de la "antigua" Constitución y la dictación de una nueva puede tener lugar sólo a través de un acto "extraconstitucional" del poder constituyente originario del pueblo⁶⁹.

El poder constituyente originario no necesita de una autorización legal para ser ejercido⁷⁰. El ejercicio de su poder no depende de la Constitución vigente, que no puede regularlo, sino que del pueblo mismo y, en definitiva, de la voluntad y capacidad de las fuerzas políticas, para romper con el orden jurídico establecido y, sobre todo, para imponer efectivamente uno nuevo⁷¹. Por esta razón, su

⁶⁶ STERN, Der verfassungsändernde, citado en supra nota 41, p. 318.

⁶⁷ En esta posición: ISENSEE, Das Grundgesetz zwischen, citado en supra nota 18, pp. 63 ss.; BLUMENWITZ, Braucht Deutschland, citado en supra nota 19, pp. 1 ss.; OSSENBUHL, Fritz, Probleme der Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland, Deutsches Verwaltungsbalt, 1992, pp. 468 ss.; STERN, Klaus, Eine neue Verfassung?, en Die politische Meinung, 1991, pp. 27 ss.; BUSSE, Völker, das vertragliche Werk der deutschen Einheit und die Änderung von Verfassungsrecht, Die öffentliche Verwaltung, 1991, pp. 345 ss.

⁶⁸ BLUMENWITZ, Braucht Deutschland, citado en supra nota 19, p. 22; ZIPPELIUS, Brauchen wir, citado en supra nota 31, p. 32. Dicha opinión no es tampoco totalmente nueva. Durante la discusión del primer proyecto de la LF, denominado Chiemsee-Entwurf, el delegado Dr. Katz tuvo la misma opinión respecto del antiguo Art. 146 LF. Ver Jahrbuch des Öffentlichen Rechts neue Fassung, Nr. 1, pp. 924 ss.

⁶⁹ Württemberg, Kontinuität oder Diskontinuität, citado en supra nota 15, pp. 95 ss.

⁷⁰ BLUMENWITZ, Braucht Deutschland, citado en supra nota 19, p. 22.

⁷¹ ZIPPELIUS, Brauchen wir, citado en supra nota 31, p. 32.

⁶⁰ Decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), 2, 62, 333; 66, 319; 69, 55.

⁶¹ MAUNZ-ZIPPELIUS, Deutsches Staatsrecht, 26 edición, Munich 1985, p. 46.

⁶² HESSE, Grundzüge, citado en supra nota 56, p. 29.

⁶³ BVerfGE 2, 228; 49, 157; 66, 319; 67, 88.

⁶⁴ ISENSEE, Das Grundgesetz zwischen, citado en supra nota 18, p. 90.

⁶⁵ STERN, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2ª edición, Munich 1984, p. 31.

ejercicio estará necesariamente acompañado de una pérdida de la identidad constitucional y, con ello, de discontinuidad constitucional. Ello ya no es una cuestión de la LF, sino que se sale completamente de su ámbito.

CONCLUSION

El Art. 146 LF n.R. es innecesario como posible norma de revisión: carece de un procedimiento alternativo de reforma de la Constitución. Una revisión total de la LF es también en el ámbito del Art. 79 LF posible, en la medida que no contraría su núcleo esencial (Art. 79, inc.3). Como "referencia" o instrucción al sujeto del poder constituyente⁷² es absolutamente superfluo. El intento de "canalizar"⁷³ el poder constituyente originario es inusual e inútil. Revoluciones no preguntan por el procedimiento de reforma de la Constitución. El estado de derecho se apoya en el consenso fundamental del pueblo sobre el orden constitucional. En este sentido, el Art. 146 LF n.R. aparece como una norma "abortada", como la mala concreción de un compromiso formal dilatorio. Sus redactores tenían variadas ideas respecto de su sentido y objetivo, por lo que su redacción es la manifestación escrita de dicho diseño.

a) *El criterio teleológico de interpretación*

Tras esta interpretación, conforme a derecho del Art. 146 LF n.R., surge la cuestión respecto de la verdadera función de esta disposición.

El elemento teleológico es, sin duda, el criterio de interpretación constitucional más importante. Según él, se presume que toda norma debe tener una finalidad. Sin embargo, la realidad supera muchas veces las presunciones y bien puede suceder que el sentido de una disposición constitucional no sea suficientemente claro. Por lo demás, normas sin un sentido o finalidad propia no son en el Estado legislativo moderno ninguna rareza⁷⁴. Sobre todo, no puede dicho criterio servir para justificar derecho contrario a la Constitución, en este caso derecho constitucional inconstitucional.

Pese a todo, el carácter meramente declaratorio de una norma no significa, en ningún caso, que ella carezca de todo significado. El problema es que, como norma de revisión, el Art. 146 LF n.R. está subordinado al Art. 79 LF, pues no establece explícitamente un procedimiento de reforma. También un significado, aunque superfluo, tiene la "referencia" al constituyente originario. Por ella, la LF pierde su vigencia el día en que el pueblo alemán acuerde una nueva Constitución. No obstante, dicha afirmación tendría igual valor, aunque ella no estuviese en el Art. 146 LF⁷⁵.

En definitiva, no se puede concluir que el Art. 146 LF n.R. no tiene significado o sentido alguno. Por sobre ello, se debe considerar dicho artículo como una norma sin campo de aplicación práctica, que expresa, una vez más, algo "evidente" o natural, especialmente en relación a la cláusula de derecho inmodificable contenida en el Art. 79 LF.

b) *El Art. 146 LF n.R. debe ser derogado*

Por todo lo anterior, se debe reconocer que este artículo produce, dada su naturaleza, profundas controversias. Dado que él juega con la estabilidad constitucional, su mantención resulta constitucionalmente peligrosa⁷⁶. La permanencia y estabilidad de la Constitución son elementos esenciales del estado de derecho. Si el objetivo del nuevo Art. 146 LF era la legitimación de la LF, está logrando, precisamente, el efecto contrario. Sin duda su permanencia, dada la inseguridad que provoca respecto de la vigencia y legitimidad, en una palabra, respecto del futuro de la Grundgesetz, produce una deslegitimación de su texto.

Por esta razón el Art. 146 LF n.R. debiera ser derogado. Ello puede realizarse a través de dos vías. La primera es su simple derogación con la mayoría de dos tercios en ambos cuerpos legislativos, de conformidad al Art. 79 LF. La segunda posibilidad es una decisión plebiscitaria sobre la LF, pero sin su actual Art. 146.

Entretanto, la "recomendación" del Art. 5 TR continúa vigente. Según ésta, la comisión conjunta del Parlamento y del Consejo Federal debe discutir sobre posibles reformas a la LF y la posibilidad de una consulta al pueblo.

⁷² WURTENBERGER, Kontinuität oder Diskontinuität, citado en supra nota 15, p. 99.

⁷³ STERN, Verfassung, citado en supra nota 70, p. 30.

⁷⁴ ISENSEE, Das Grundgesetz zwischen, citado en supra nota 18, p. 93.

⁷⁵ ROELLECKE, Gerd, Schwierigkeiten mit der Rechtseinheit nach der deutschen Wiedervereinigung, en: Neue Juristische Wochenschrift, 1991, p. 660.

⁷⁶ BLUMENWITZ, Braucht Deutschland, citado en supra nota 19, p. 22.

La cuestión acerca de si dicho plebiscito debe o no realizarse será resuelta por los cuerpos legislativos, con la mayoría calificada del Art. 79 LF. En todo caso, dicho plebiscito no puede, en ningún caso, significar el "facilitar" el procedimiento de reforma contemplado en el

Art. 79 LF. Por el contrario, dicho plebiscito constituiría un agravamiento de dicho procedimiento, pues vendría a complementar esas normas. Por último, la realización de un plebiscito es, en este caso, una cuestión más política que constitucional.