

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DURANTE EL PERIODO DE ENTREGUERRAS

Leonardo Álvarez Álvarez

Sin el recurso a algo metapositivo no podríamos defendernos

(H. Triepel)¹

1. Defensa de la Constitución y forma de Estado
 - a. Objeto y función de la defensa de la Constitución. El concepto amplio y restringido de la defensa de la Constitución.
 - b. Forma de Estado y defensa de la Constitución. El principio democrático como presupuesto teórico de la norma de defensa de la Constitución.
2. La teoría del “defensor de la Constitución” como una construcción dogmática vinculada a un concepto material de Constitución
 - a. La función de la defensa de la Constitución y la negación del principio democrático.
 - b. La aparente definición jurídico-positiva del objeto y la confusión teórica entre defensa de la Constitución y defensa del Estado
 - c. La defensa de la Constitución como exigencia teórico-normativa anudada a un modelo material de Constitución
3. La defensa de la constitución y la confusión entre órdenes normativos
 - a. La función de la defensa de la Constitución al servicio de la confusión entre órdenes normativos
 - b. La distinción entre órdenes sociales como exigencia dogmática del principio democrático

Resumen

La defensa de la Constitución es, en sentido estricto, una categoría doctrinal surgida por posterioridad a la Primera Guerra Mundial, que propone un particular modo de afrontar la defensa de la Constitución y de la democracia, desconocida hasta entonces. La defensa de la Constitución se concibe como una norma que ejerce la función de declarar ilícitos los fines contrarios al orden material sobre el que descansan las normas jurídico-positivas, aun cuando los procedimientos utilizados en su persecución sean democráticos. Este trabajo se propone analizar críticamente los presupuestos teóricos de la defensa de la Constitución al objeto de enjuiciar su idoneidad para proceder a la tutela de la Constitución y de la democracia.

¹ “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, núm. 3, 1927, pág. 51.

Abstract

The concept of Defence of the Constitution arose as an scholar doctrine in the aftermath of the First World War. Strictly speaking, this concept involves a particular approach, previously unknown, to the protection of the Constitution and the democratic system. The core of this concept is conceived as a rule which role may be functionally summarized as follows: to deem illegal those aims contrary to the material order upon which rest the positive rules of law, even though the democratic character of the proceedings chosen for the consecution of those aims. In the light of the above, this paper will trace a critical analysis of the theoretical basis of the concept in order to arrive to a judgment on its appropriateness for the protection of the Constitution and the democratic system.

Palabras clave

Teoría de la Constitución, principio democrático, defensa de la Constitución.

Key words

Constitutional theory, democracy, defence of the Constitution.

1. Posiblemente una de las construcciones dogmáticas más relevantes desplegadas en el seno de la ciencia del Derecho Constitucional haya sido la de la *defensa de la Constitución*, gestada originariamente durante en periodo de entreguerras al amparo de la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919. Y no sólo por la relevancia que ha demostrado tener en el desarrollo de los Estados contemporáneos, en los que cada vez aparece más demandada la tutela de la Constitución--como norma suprema constitutiva del Estado—frente a los crecientes movimientos sociales que pretenden desestructurarlo.² La defensa de la Constitución aparece, sobre todo, como un problema académico de primer orden en la medida en que, en el contexto de muy concretos acontecimientos socio-políticos, resucitó la polémica—todavía vigente en la actualidad-- acerca de lo que deba de entenderse por Estado, Constitución y democracia, como elementos vertebradores de la moderna ciencia del Derecho Constitucional. La categoría de la defensa de la Constitución da un giro copernicano a la concepción que a aquellos elementos habían atribuido las doctrinas del positivismo jurídico y del positivismo normativista que habían presidido el tratamiento del Derecho Constitucional desde finales del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, ofreciendo un instrumento tutelar de la Constitución desconocido hasta ese momento.³ El presente trabajo

² Sobre los nuevos problemas ante los que se enfrenta en la actualidad la categoría de la defensa de la Constitución véase E. Werthebach, "**Deutsche Sicherheitsstrukturen im 21. Jahrhundert**", Aus Politik und Zeitgeschichte, núm. 44, 2004, pág. 5 y ss., así como también C. Gusy, "**Geheimdienstliche Aufklärung und Grundrechtsschutz**", *ibidem*, pág. 14 y ss.

³ Estos diferentes modelos sobre la particular forma de concebir la defensa del Estado, de la Constitución y de la democracia, así como la polémica doctrinal suscitada al respecto se recogen en diferentes estudios clásicos de imprescindible consulta. Desde una concepción positivista de aquellos elementos véase el trabajo de Hans Kelsen, **Vom Wesen und Wert der Demokratie**, publicado por primera vez en 1920. Precisamente frente a este estudio se desarrolla la doctrina

pretende tan sólo analizar de manera crítica esa nueva forma de afrontar la defensa del Estado, de la Constitución y de la democracia-- mayoritariamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia actual--,⁴ proponiendo un punto de partida para el debate científico.

1. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y FORMA DE ESTADO

a. Objeto y función de la defensa de la Constitución. El concepto amplio y restringido de la defensa de la Constitución.

2. Con el concepto de *defensa de la Constitución*, en su sentido más amplio— el que a primera vista cabría deducir de su expresión misma—, se hace referencia a una norma o a un conjunto de normas—sean constitucionales o no-- que tienen como función responder frente a la infracción de la Constitución, tratando de garantizar su eficacia como norma suprema del ordenamiento.⁵ Lo que define a este concepto de defensa de la Constitución es su objeto, integrado por el conjunto de normas plasmadas en la Constitución, y su función, dirigida a reprimir *actividades* infractoras de las mismas. Esta manera de comprender la defensa de la Constitución viene a satisfacer, en realidad, una exigencia teórica ineludible del concepto de Constitución como norma—presupuesto compartido por toda doctrina constitucional--, sólo admisible si su infracción aparece como antijurídica.⁶ Aquella Constitución que pueda ser lícitamente infringida no podría reclamar para sí el carácter de norma jurídica.⁷ Con arreglo a este

clásica de la defensa de la Constitución gestada al amparo de la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919; véase al respecto Carl Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, estudio datado de 1931. Un análisis crítico de este trabajo realizado desde la teoría positivista se encuentra en H. Kelsen, “**Wer soll der Hüter der Verfassung sein?**”, de 1931.

⁴ En realidad, el concepto de defensa de la Constitución es el que halla en el trasfondo de las construcciones de la democracia militante, de la lealtad federal y de lealtad interorgánica que, desde la aprobación misma de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, han desempeñado un decisivo protagonismo en el contexto de los principios democrático, federal y de derecho, véase sobre estas construcciones respectivamente E. Denninger, “**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 37, 1979, pág. 17, W.- R. Schenke, **Verfassungsorgantreue**, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1977, pág. 26 y 27 y H. Bauer, **Die Bundestreue**, JCB Mohr, Tübinga, 1992, pág. 135 y ss. Y no sólo en el Estado alemán, donde aquellas construcciones encuentran su origen bien jurisprudencial bien doctrinal, sino en otros ordenamientos, como el italiano, el austriaco, el suizo o el belga, véase de manera respectiva A. Anzon, **La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia**, *op. cit.*, pág. 75, P. Pernthaler, **Allgemeine Staatlehre**, ed. Springer, Viena-Nueva-York, 1986, pág. 431, A. Kolz, “**Bundestreue als Verfassungsprinzip?**”, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung*, núm. 81, 1980, pág. 148 y ss. así como A. Alen y otros, “**Bundestreue im belgischen Verfassungsrecht**”, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, núm. 42, 1995, pág. 492 y ss.

⁵ Véase K. Stern, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, tomo I, ed. CH. Beck, Múnich, 1977, pág. 151 y ss.

⁶ Véase I. de Otto y Pardo, **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**, ed. Ariel, Barcelona, 1987, pág. 18.

presupuesto, cabe afirmar que el estudiado concepto (amplio) de defensa de la Constitución se presenta para la ciencia del Derecho Constitucional como una categoría *atemporal*, ya que en todo ordenamiento jurídico, esto es, en cualquier orden normativo regulador del uso de la fuerza, es posible identificar alguna norma llamada a ejercer la función materialmente constitucional consistente en fundamentar la validez de sus normas, si bien es cierto que la particular manera de llevarla a cabo y la naturaleza jurídica atribuida a la Constitución han variado sustancialmente a lo largo de la historia. Y así tanto en los ordenamientos jurídicos preestatales--construidos a partir de los presupuestos de derecho natural--, como en los ordenamientos jurídicos estatales, desarrollados a partir del siglo XVI, --que se definen por un paulatino proceso de positivación del derecho--, resulta posible identificar alguna norma de naturaleza constitucional,⁸ cuya eficacia es garantizada a través de determinados institutos destinados a responder frente a su infracción.⁹ Sin embargo, el concepto (amplio) de defensa de la Constitución aparece expresamente plasmado como tal en los documentos constitucionales liberales del siglo XIX, sirviendo de denominación a Títulos en los que se recogían normas destinadas a preservar la eficacia de las normas constitucionales.¹⁰

⁷ Eso es lo que sucedió en determinadas fases de la historia constitucional en la que la Constitución se concibió como un simple documento de carácter político y no como verdadera norma jurídica, véase al respecto A. Pace y J. Varela, **La rigidez de las constituciones escritas**, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 92, 111 y 112.

⁸ Véase J. Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, ed. Julius Springer, 3ª edición, 5ª reimpresión, Berlín, 1929, pág. 321-323, así como H. Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der Ersten Auflage von 1925, ed. Max Gehlen, Berlín, 1966, pág. 34 y ss.

⁹ En el caso de los ordenamientos jurídicos preestatales las disposiciones materialmente constitucionales aparecían garantizadas por normas de derecho natural o religioso, como por ejemplo, la que, según algunas teorías, permitía al Papa deponer a los Monarcas o la que facultaba a los estamentos al tiranicidio en el caso de que el Príncipe apartara su gobierno del bien común, véase al respecto O. v. Gierke, **Teorías políticas de la Edad Media**, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, 84 y ss. Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos estatales, tales mecanismos aparecían juridificados plasmados en normas de derecho positivo, como la que exigía prestar juramento de acatar la Constitución, la que regulaba los delitos de alta traición contra el Estado o la que diseñaba los mecanismos jurisdiccionales destinados a hacer cumplir la Constitución, véase sobre ello J. Jellinek, **Allgemeine Staatslehre**, *op. cit.*, pág. 791 y ss. Sobre la evolución del concepto de Constitución en los ordenamientos estatales, así como sobre los diferentes modos de responder frente a su infracción, con especial referencia al desarrollo del control de constitucionalidad, puede consultarse el trabajo de R. Wahl, “**Der Vorrang der Verfassung**”, *Der Staat*, núm. 20, 1981, pág. 485 y ss.

¹⁰ Véase el Título X de la Constitución de Bayern (1818), el Título X de la Constitución de Hessen-Darmstadt (1820) o el Título VII de la Constitución de Sachsen (1831). Un análisis de este tipo de institutos en las Constituciones alemanas del siglo XIX puede consultarse en E.-R. Huber, **Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789**, vol. III—Bismark und das Reich--, ed. Kohlhammer, Stuttgart, 1988, pág. 1007 y ss. Este mismo concepto de defensa de la Constitución es el que se empleó durante la vigencia de la Constitución de Weimar. Eso es lo que sucedió en la Ley para la defensa de la República de 1922, (RepSchG I), dirigida frente a actividades contrarias a las normas constitucionales, como las organizaciones criminales (arts. 1-6), almacenamiento de armas (art. 7, 5, 7,6 y 7,7), delitos organizativos (art. 7,4), la incitación a la violencia (art. 7, 1-3) o las injurias contra República. Véase un detenido examen de estos institutos

3. Sin embargo, no ha sido este concepto de defensa de la Constitución el que se ha empleado, por antonomasia, en el ámbito de la ciencia del Derecho Constitucional. En su significado más *estricto*, con la categoría de la defensa de la Constitución se alude a una norma o a un conjunto de normas que tienen como función declarar ilícitas las opciones políticas contrarias a los principios constitucionales básicos, aunque los procedimientos que se empleen en su persecución sean correctos.¹¹ Este concepto de defensa de la Constitución se construye, en consecuencia, sobre la base de una distinción entre la acción y el fin al que aquella sirve, que es en el que pone su énfasis el concepto aquí analizado, procediendo a su ilegalización. De esto cabe apreciar ya que la pretensión de eficacia que expresa la noción de defensa de la Constitución no se proyecta sobre todas las disposiciones constitucionales, sino tan sólo sobre las que expresan su identidad que, en una norma llamada a fundamentar la validez de las restantes normas del ordenamiento, no pueden ser otras que los principios estructurales. Y es que son precisamente estas normas, que tienen por objeto estructurar el modo en que se crean las normas en los niveles superiores del ordenamiento, las llamadas a ejercer de una manera particularmente intensa la función materialmente constitucional. Por ello, al dotar de eficacia a estas normas se pretende garantizar la eficacia de la Constitución en su conjunto.¹² Este concepto restringido de defensa de la Constitución, que es fruto de una construcción exclusivamente doctrinal gestada durante el periodo de entreguerras, sólo ha sido asumido por los textos constitucionales aprobados después de la Segunda Guerra Mundial, muy principalmente, en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que—en respuesta a los episodios de radicalismo protagonizados por el partido nacionalsocialista durante la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919¹³--declara inconstitucionales los partidos políticos que, aun observando los procedimientos democráticos, se propongan suprimir el *orden democrático liberal* (art. 21,2).¹⁴

de defensa de la Constitución en C. Gusy, **Weimar—die Wehrlose Republik?**, ed. JCB. Mohr, Tubinga, 1991, pág. 149 y ss.

¹¹ Véase con carácter general J. Becker, “**Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes**”, *op. cit.*, pág. 316 y 317. El verdadero sentido de la defensa de la Constitución puede apreciarse en toda su extensión en la afirmación de Denninger acerca de que la función de dicha norma consiste en declarar ilícitas las conductas “fieles a la ley, pero desleales con la Constitución” (*Gesetzestreuem Verfassungsfeindes*), véase sobre ello “**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**” en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), **Handbuch des Staatsrechts**, vol. VII — **Normativität und Schutz der Verfassung**—, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1992, pág. 18.

¹² Habrá que analizar por tanto, qué es lo que explica que la eficacia de la Constitución en su conjunto se pretenda garantizar por medio de la defensa de sus principios estructurales.

¹³ Como se puede ver, existe una asintonía cronológica entre el surgimiento del concepto, puramente doctrinal, y su plasmación en los textos constitucionales.

¹⁴ Véase K. Stern, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, *op. cit.*, pág. 183. Sin embargo, al lado de esta norma, la Ley Fundamental de Bonn recoge un complete instrumentalario de normas de defensa de la Constitución, como la que en el art. 9,2 prohíbe las asociaciones contrarias al orden constitucional o la que en el art. 18, declara la pérdida de los derechos fundamentales cuando sean utilizados para menoscabar el orden democrático liberal, véase

4. Como se puede deducir de lo aquí expuesto, la defensa de Constitución encuentra su justificación, desde un punto de vista dogmático-normativo, en el ámbito de un proceso de participación de los sometidos al ordenamiento jurídico en la formación de la voluntad del Estado en régimen de *libertad*. Cuando se satisface este presupuesto teórico cobra auténtico sentido el ejercicio de la función de la defensa de la Constitución, excluyendo del proceso de formación de la voluntad del Estado las opciones políticas contrarias a los principios estructurales. Donde no se reconoce la participación en el Estado en régimen de libertad —lo que ha sucedido durante amplios periodos del desarrollo del Estado moderno--, no puede plantearse de forma coherente la necesidad de ilegalizar opciones políticas incompatibles con los principios estructurales de la Constitución. En este tipo de ordenamiento sólo tiene cabida una concepción amplia de la defensa de la Constitución, aquella que aparece como una exigencia teórico-normativa vinculada al concepto de Constitución como norma. Con todo, si bien la existencia de un ordenamiento constitucional se presenta, según se ha visto, como una *condictio sine qua non* para que pueda existir defensa de la Constitución-- en el sentido que hoy día se tiene de ella--, no es, en absoluto, una *condictio per quam* de la misma. Y ello porque la función normativa de la defensa de la Constitución cobra auténtica justificación, además, en el marco de dos premisas que únicamente se difunden en Europa durante el periodo de entreguerras: el principio democrático y una determinada manera de concebir la Constitución.¹⁵

respectivamente R. Dannecker Kühr, **Handbuch des Vereins-und Verbandrechts**, ed. Luchterhand, Neuwied, 1970, pág. 439, así como W. Schmitt-Glaeser, **Mißbrauch und Verwirkung der Grundrechte im politischen Meinungskampf. Eine Untersuchung über die Verfassungsschutzbestimmung zum einfachen Recht, insbesondere zum politischen Strafrecht**, ed. Gehlen, Bad Homburg, Berlín, 1968, pág. 71 y ss. Esta función ilegalizadora de determinadas opciones políticas también la desempeñan otras normas constitucionales actuales, como el art. 1,3 de la *Verbotsgesetz* austriaca-- en la que se prohíbe toda manifestación en favor del partido nacionalsocialista y de sus fines--, la XII disposición transitoria y final de la Constitución italiana—al prohibir cualquier reorganización del partido fascista—o el art. 46,4 de la Constitución portuguesa —que prohíbe las asociaciones que adopten la ideología fascista—. Véase sobre estas normas, respectivamente, P. Pernthaler, **Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, op. cit.**, pág. 320 y ss., A. Pizzorusso, “**Disposizioni transitorie e finali XII**” en G. Branca (edit.), **Commentario della Costituzione**, en G. Branca (edit.), **Commentario della Costituzione. Disposición transitorie e finali—I-XVIII--**, ed. Zanichelli-II foro italiano, Bolonia-Roma, 1995, pág. 198 y J. J. Gomes.Canotilho y V. Moreira, **Constituição da Republica Portuguesa anotada**, ed. Coimbra, Coimbra, 1993, pág. 259.

¹⁵ Por ello, el concepto restringido de defensa de la Constitución ya no puede ser visto como una categoría atemporal en el seno de la ciencia del Derecho Constitucional, sino como una consecuencia exclusivamente vinculada a aquellos ordenamientos surgidos después de la Primera Guerra Mundial. Sin embargo, debe de reconocerse que excepcionalmente, en ciertos ordenamientos del siglo XIX, como en la Constitución alemana de 1871, llegaron a difundirse algunas consecuencias bien parecidas a las que actualmente se predicán de la categoría de la defensa de la Constitución. Sobre ello se tratará más adelante.

b. Forma de Estado y defensa de la Constitución. El principio democrático como presupuesto teórico de la norma de defensa de la Constitución.

5. Uno de los elementos estructurales inherentes al proceso de producción normativa del Estado liberal del siglo XIX fue permitir a los sometidos al ordenamiento contribuir a la formación de la voluntad del Estado, pero condicionando su participación a determinadas capacidades económicas. De tal modo, se pretendió garantizar la eficacia de los principios estructurales de la Constitución, permitiendo que sólo los que compartían los presupuestos del Estado liberal pudiesen contribuir a la formación de la voluntad del ordenamiento. Esto es lo que permite explicar que no se estimara necesario proteger la eficacia directamente de los principios estructurales y que bastara para ello con garantizar la eficacia de aquellas otras normas constitucionales--como la que reguló el sufragio censitario--que sirvieron para tutelar de manera indirecta la eficacia de tales principios, excluyendo de los procedimientos de la formación de la voluntad del Estado toda opción política contraria al ordenamiento liberal.¹⁶ Tales opciones quedaron proscritas preventivamente al nivel de los procedimientos, lo que hizo que sólo pudieran conseguirse al margen de los cauces constitucionales, esto es, infringiendo las normas de la Constitución.¹⁷ Eso es lo que permite explicar que las Constituciones liberales del siglo XIX entendieran que la “defensa de la Constitución” se garantizaba con la mera observancia de la Constitución, erigiendo en su objeto la totalidad de sus normas.¹⁸ Como se puede apreciar, el concepto de defensa de la Constitución aparece utilizado en el Estado liberal en su sentido más amplio, sin que, en realidad, resulte capaz de distinguirse su función de la que desempeñó con anterioridad cualquier norma destinada a garantizar la eficacia de las Constituciones que negaron la participación del individuo en los procesos de producción del ordenamiento.
6. La función normativa de la defensa de la Constitución sólo puede explicarse en toda su extensión en el marco de una forma de Estado democrática, que estructura los procesos de producción del ordenamiento jurídico con arreglo a una participación en la formación de la voluntad del Estado en base a los principios de libertad e *igualdad*.¹⁹ En realidad, es este principio de igualdad

¹⁶ Véase sobre el sufragio censitario E. Huber, **Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789**, op. cit., pág. 86.

¹⁷ Sobre los métodos de lucha contra el Estado liberal véase E. Kaufmann, “**Die Grenzen des Verfassungsmäßigen Verhantens nach den Bonner Grundgesetz, insbesondere: was ist unter einer freiheitlichen demmokratischen Grundordnung zu verstehen? Festvortrag aus dem 39. deutschen Juristentag 1951** en E. Denninger, **Freiheitliche Demokratische Grundordnung** tomo I, **Materialen zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik**, ed. Suhrkamp, Francfort, 1977, pág. 97 y 98

¹⁸ Véase E. Huber, **Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789**, op. cit., pág. 1007 y ss.

¹⁹ Véase al respecto H. Kelsen, **Vom Wesen und Wert der Demokratie**, ed. Scientia, Aalen, 1963, pág. 20.

el que otorga verdadero sentido a la defensa de la Constitución, en la medida en que a través del mismo es posible proyectar lícitamente sobre la formación de la voluntad normativa del Estado, en principio, cualquier opción política, independientemente de cuál sea su contenido. El principio democrático permitirá que los principios estructurales queden a disposición de los sometidos al ordenamiento, incluso ante los que proponen su sustitución por opciones políticas incompatibles con aquellos.²⁰ Es, pues, en este momento-- a partir fundamentalmente de la Primera Guerra Mundial-- cuando encuentra justificación la función que trata de ejercer la defensa de la Constitución: declarar antijurídicas opciones políticas aunque los procedimientos utilizados en su persecución sean democráticos. Como se puede apreciar, el principio democrático permite satisfacer el presupuesto sobre el que se construye la idea misma de la defensa de la Constitución, distinguiendo entre la acción y el fin al que ella sirve, negada por una forma de Estado liberal y, en general, por cualquier forma de Estado que se construya a partir del principio de la desigualdad de las opciones políticas.

2. LA TEORÍA DEL “DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN” COMO UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA VINCULADA A UN CONCEPTO MATERIAL DE CONSTITUCIÓN

7. Como se ha visto, el primero de los presupuestos teórico-normativos a partir de los que puede explicarse adecuadamente la función normativa de la defensa de la Constitución es el principio democrático. Sin embargo, este principio no resulta suficiente por sí mismo para comprender en toda su extensión la función que trata de desempeñar la categoría de la defensa de la Constitución. Ésta solo cobra autentico sentido, además, en el marco de la concepción material de Constitución que se difunde en Europa con posterioridad a la Primera Guerra Mundial como reacción frente al modelo formal que había presidido el análisis del Derecho Constitucional a finales del siglo XIX y principios del XX.²¹ Sobre la base de aquel presupuesto metodológico, la defensa de la Constitución se concebirá como una norma al servicio de la eficacia de un conjunto de principios metapositivos subyacentes al texto constitucional, esto es, a lo que la doctrina material concibe como la verdadera “Constitución” del Estado.²² Sin embargo, como se verá a lo largo de este epígrafe, esta manera de entender materialmente

²⁰ No en el Estado liberal, en los que la estructuración de la creación normativa impidió que opciones contrarias al ordenamiento liberal pudieran proyectarse en los procesos de producción normativa.

²¹ Véase sobre el concepto de Constitución difundido durante la etapa constitucional en el ordenamiento alemán M. Stolleis, **Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland**, vol. III, ed. CH. Beck, Munich, 1999, pág. 92 y ss.

²² Sobre ello véanse las siguientes teorías materiales clásicas, C. Schmitt, **Verfassungslehre**, op. cit., pág. 23 y 24, R. Smend, “**Verfassung und Verfassungsrecht**”, op. cit., pág. 136, H. Heller, **Staatslehre**, ed. A. W. Sijthoff’s, Leiden, 1934, pág. 256, M. Hauriou, **Précis de Droit Constitutionnel**, op. cit., pág. 76 y C. Mortati, **La Costituzione in senso materiale**, op. cit., pág. 133.

la defensa de la Constitución presenta importantes problemas de índole teórico-normativo con la función que pretende desempeñar, lo que hace que deba de cuestionarse la idoneidad de aquella categoría para defender la Constitución y la democracia.

a. La función de la defensa de la Constitución y la negación del principio democrático.

8. La teoría clásica de la “defensa de la Constitución” surge originariamente como una construcción desarrollada por la doctrina material decisionista al amparo de la Constitución de Weimar de 1919. Tal doctrina parte para su interpretación de la distinción entre la *ley constitucional*, integrada por el conjunto de las normas positivas del texto constitucional, y la *Constitución*, como la expresión de una decisión política del pueblo--titular del poder constituyente-- sobre la concreta manera de su existencia política.²³ Como se puede ver, este presupuesto— asumido de diferentes maneras por la totalidad de las teorías materiales difundidas durante el periodo de entreguerras--conduce directamente a una distinción teórica entre lo que es la defensa de las normas jurídico-positivas (*deber ser*), y la defensa propiamente de la *Constitución*, entendida como la tutela de una decisión política metapositiva cuya validez reside, como puso de relieve la doctrina decisionista, en su *existencia* misma como realidad política, esto es, en el *ser*.²⁴ Por tanto, la función de defensa de la Constitución aparece asociado, por antonomasia, a una defensa del *ser* y no del *deber ser* jurídico-positivo.²⁵
9. Esta función de la defensa de la Constitución fue identificada por la dogmática decisionista en las propias normas de la Constitución de Weimar, muy en concreto, en su art. 48, que atribuía al Presidente de la República determinadas facultades destinadas a garantizar “el orden y la seguridad públicas”, cuyo contenido se identificó con la decisión política fundamental del pueblo alemán subyacente al documento constitucional.²⁶

²³ Véase C. Schmitt, **Verfassungslehre**, *op. cit.*, pág. 22.

²⁴ Esta contraposición entre la tutela del deber ser y del ser es la que se encuentra en el trasfondo de la distinción doctrinal relativamente moderna, y genéricamente difundida hoy día en la ciencia del Derecho Constitucional, entre la defensa del Estado—*Staatsschutz*--y la defensa de la Constitución—*Verfassungsschutz*--. Véase particularmente sobre el concepto de defensa del Estado D. Rauschning, **Die Sicherung der Beachtung der Verfassungsrecht**, ed. Gehlen, Berlín, 1969, pág. 14. En concreto, la contraposición de esta categoría de la defensa del Estado con la defensa de la Constitución originariamente gestada en la doctrina decisionista de Constitución, puede verse en K. Stern, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, *op. cit.*, pág. 151 y ss.

²⁵ Este dualismo entre defensa de la Constitución y defensa del Estado es posible identificarlo también en otras categorías, como la contraposición doctrinal entre las categorías de lealtad y sujeción, difundida principalmente en la doctrina italiana a partir de la segunda mitad del siglo XX, y que pretende expresar una distinta vinculación a normas metapositivas y a las disposiciones jurídico-positivas, véase al respecto G. M. Lombardi, **Contributo allo studio dei doveri costituzionali**, ed. Giuffrè, Milán, 1967, pág. 147 y C. Carbone, **I doveri pubblici nella Costituzione**, ed. Giuffrè, Milán, 1968, pág. 243 y ss.

Fue precisamente la naturaleza metapositiva de este objeto de defensa — reflejado para la teoría que aquí se analiza en las propias disposiciones de la Constitución de Weimar (arts. 1,1 y 2)--,²⁷ lo que explica que la doctrina decisionista presentara precisamente al Presidente del *Reich* como el verdadero “defensor de la Constitución”, distinguiéndolo de aquellos otros órganos del Estado a los que el texto constitucional atribuyó, a su juicio, funciones destinadas a tutelar la eficacia de las normas jurídico-positivas de la ley constitucional de 1919, particularmente de los ejercientes de la función jurisdiccional. Estos últimos, a la óptica de la dogmática decisionista, no podían ser concebidos como verdaderos defensores de la Constitución sino, a lo sumo, defensores de la *ley constitucional*.²⁸ Es en este dualismo defensa de la Constitución- defensa de la ley constitucional en el que se explica una de las principales consecuencias teóricas de la doctrina clásica del defensor de la Constitución: la distinción entre los *enemigos* de la Constitución-- es decir, entre los que se oponen al contenido de la decisión política metapositiva--, y los meramente *infractores* de las normas positivas del documento constitucional,²⁹ una distinción que, como se verá, será la responsable de uno de los principales problemas que aquejan a la doctrina de la defensa de la Constitución.

10. La adecuada comprensión de la distinción entre enemigos e infractores realizada por la teoría del defensor de la Constitución debe de realizarse necesariamente en el marco del contexto político que inspiró el surgimiento

²⁶ Las facultades del defensor de la Constitución destinadas a defender la Constitución, consistían en la suspensión de concretos derechos fundamentales (los plasmados en los arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153 del texto constitucional de 1919) y, además, en la adopción de “toda medida necesaria” destinada a la reinstauración de la eficacia de la decisión política fundamental del pueblo alemán, lo que se entendió como la positivación de un verdadero poder soberano destinado a operar en el “Estado de excepción”, véase C. Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, op. cit., pág. 126 y ss., 158 y 159, también en **Die Diktatur; von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf**, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pág. 242 y ss.

²⁷ Véase C. Schmitt, **Verfassungslehre**, op. cit., pág. 24 y 25.

²⁸ Ese es el papel que la teoría decisionista atribuyó al Tribunal Constitucional del *Reich* al que negó la posibilidad de erigirse en un verdadero defensor de la “Constitución” al encontrarse exclusivamente sometido a las normas positivas de la ley constitucional, “**Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung**” en idem., **Verfassungsrechtliche Aufsätze**, 3ª edición, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pág. 63 y ss. Fue precisamente dicha afirmación la que daría lugar a la ya clásica respuesta ofrecida por la teoría del positivismo normativista a la doctrina material que aquí se examina acerca de quién debía ser el verdadero defensor de la Constitución de Weimar de 1919. Aquella doctrina, que partía de la identificación de la Constitución con una norma de derecho positivo, entendió que el concepto de defensa de la Constitución sólo podía ser comprensible como una respuesta frente a la infracción de las normas positivas del texto constitucional. Por ello, la doctrina del positivismo normativista entendió que el verdadero defensor de la Constitución de Weimar no podía ser otro órgano que Tribunal Constitucional del *Reich*, al desempeñar la función de resolver con arreglo a normas positivas, en última instancia, las posibles contradicciones de la Constitución, cfr. H. Kelsen, “**Wer soll der Hüter der Verfassung sein?**” en H. Klekatsky y otros (edits.), **Die Wiener rechtstheoretische Schule**, tomo II, ed. Europa, Viena y otros, 1968, pág. 1896 y s. Tal y como se puede ver, la controversia de fondo se construye a partir de una diferente manera de entender lo que es la Constitución.

²⁹ Véase C. Schmitt, **Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien**, 3ª edición, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1963, pág. 29.

de la doctrina del defensor de la Constitución. Esto tiene especial relevancia en el ámbito de la teoría material de Constitución, uno de cuyos presupuestos metodológicos es precisamente erigir como punto de partida el *ser*, esto es, la realidad, para la interpretación del deber ser jurídico-positivo. Eso es lo que hace que dicha interpretación deba ser calificada, en buena parte de las ocasiones, como interpretación tópica orientada a la solución del problema.³⁰ Pues bien, para la teoría del defensor de la Constitución, el mayor de los enemigos de la “Constitución” fue el parlamentarismo y el modelo procedimental de democracia que, a su juicio, lo inspiraba, ya que legitimó durante la época de Weimar la presencia parlamentaria de multitud de partidos políticos y de intereses contrapuestos, que impidieron *de facto* la adopción de las decisiones indispensables para la ejecución de la decisión política del pueblo.³¹ Eso es lo que explica que para la teoría clásica del defensor de la Constitución, tan importante como las facultades atribuidas por el art. 48 de la Constitución de Weimar al Presidente del *Reich*, fuera la potestad de disolución del Parlamento atribuida al mismo órgano por el art. 25 del texto constitucional.³² La disolución y la consiguiente convocatoria de elecciones presentó al *Reichspräsident* como el verdadero defensor de la “Constitución”, al remitir al pueblo la decisión sobre la nueva composición parlamentaria, más ajustada al contenido de sus propias decisiones políticas fundamentales.³³ Precisamente una de las características

³⁰ Sobre el significado de la interpretación tópica orientada a la solución del problema véase E.- W. Böckenförde, “**Methoden der Verfassunginterpretation—Bestandsaufnahme und Kritik—**” idem., **Staat, Verfassung, Demokratie**, ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pág. 61 y ss. Esto se ha puesto de manifiesto de manera extraordinariamente gráfica en una de las manifestaciones más evidentes de la defensa de la Constitución: la construcción de la democracia militante llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Federal alemán durante la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El diferente contenido que el citado órgano jurisdiccional atribuyó a la defensa de la Constitución ha dependido del diferente contexto socio-político por el que transitó la antigua República Federal alemana. Y así, en situaciones de normalidad socio-política, en nombre de la defensa de la Constitución se exigió de los sometidos a la Ley Fundamental de Bonn una simple conformidad con los valores metapositivos sobre los que descansaba aquélla. Sin embargo, en los momentos más convulsos, la defensa de la Constitución sirvió para exigir de los individuos una implicación en la relación de aquellos valores, véase sobre ello J. Becker, “**Die Wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes**”, **op. cit.**, pág. 328 y ss.

³¹ Sobre la controversia doctrinal desarrollada en el ámbito de la Constitución de Weimar acerca del concepto de democracia y las críticas vertidas en contra del modelo procedimental de democracia véase G.- P. Boverter, **Grenzen der Politischer Freiheit in demokratischer Staat. Das Konzept der Streitbaren Demokratie in einem Internationalem Vergleich**, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1985, pág. 16 y ss.

³² Véase C. Schmitt, “**Reichstagsauflösungen**” en idem., **Verfassungsrechtliche Aufsätze**, **op. cit.**, pág. 21 y “**Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland**” en idem., **Verfassungsrechtliche Aufsätze**, **op. cit.**, pág. 362 y 363.

³³ La teoría decisionista trató de justificar en la existencia de una nueva decisión política, de un contenido contrario a la que se plasmó en el texto de la Constitución de Weimar de 1919 en favor de la libertad y de la democracia, la legitimidad del advenimiento del régimen nacionalsocialista. Este cambio se habría manifestado a través del pronunciamiento del pueblo a través de las elecciones de 1932, cfr. C. Schmitt, “**Der Führer schützt das Recht**” en C. Schmitt, **Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939**, ed. Duncker & Humblot, Berlín,

definitorias de la doctrina del defensor de la Constitución, lo que en realidad convierte a un órgano en tal, fue precisamente su exclusiva vinculación a la decisión política del pueblo, sin sometimiento a norma jurídico-positiva alguna. Como se puede apreciar, el defensor de la Constitución aparece como árbitro o, como se afirma desde la citada teoría, como “poder neutro” destinado a garantizar la adecuación—supuestamente democrática—entre el contenido de la voluntad del Estado y la voluntad de los sometidos a sus normas.³⁴ Esta interpretación del art. 25 del texto constitucional como una norma al servicio de la eficacia de ciertas materias de naturaleza metapositiva subyacentes al documento constitucional de 1919 fue compartida por otras doctrinas materiales difundidas también en el periodo de entreguerras, como la doctrina de la integración, que concibió la facultad de disolución parlamentaria destinada a realizar la “unidad de sentido” metapositiva del pueblo alemán.³⁵ Pero es precisamente en la teorización desplegada por la doctrina decisionista en lo relativo a la facultad de disolución parlamentaria donde se pone de relieve el primero de los problemas teórico-normativos en los que incurre la doctrina clásica del defensor de la Constitución.

11. Tal y como se tuvo la ocasión de analizar con anterioridad, la norma de defensa de la Constitución cobra verdadero sentido en el ámbito del principio democrático, que opera como uno de los presupuestos teórico-normativos para que pueda desempeñarse su función. Y, al menos, a primera vista, este presupuesto se halla en el trasfondo de la construcción clásica del defensor de la Constitución. En efecto, la defensa de la Constitución aparece como una norma destinada a dotar de eficacia a un conjunto de fines, principios y valores consensuados por el pueblo, que se presenta como el titular del poder constituyente.³⁶ El problema en el que incurre la doctrina del defensor de la Constitución es que en nombre de dichos valores acaba por impedir la difusión de cualesquiera otros que sean contrarios a su contenido; una consecuencia que se desprende claramente de su ya clásica afirmación de que la esencia de cualquier democracia es la defensa de lo homogéneo y la destrucción de lo heterogéneo.³⁷ En ello

1988, pág. 200. Véase también al respecto “**Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität**”, *op. cit.*, pág. 332 y ss.

³⁴ Sobre esta concepción del defensor de la Constitución como “poder neutro”, doctrina elaborada originariamente por Benjamín Constant, véase C. Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, *op. cit.*, 132 y ss.

³⁵ Cfr. R. Smend, “**Verfassung und Verfassungsrecht**”, *op. cit.*, pág. 244 y 245 y 252.

³⁶ En efecto, el elemento democratizador de la teoría material de Constitución pretende introducirse a través de la teoría del poder constituyente, una de cuyas exigencias es que la Constitución sea democráticamente elaborada por el pueblo, sobre esta véase T. Maunz, “**Die Verfassungsgebendegewalt im Grundgesetz**”, *Die Öffentliche Verwaltung*, núm. 21, 1953, pág. 645 y ss. y E.-W. Böckenförde, “**Demokratie als Verfassungsprinzip**” en J. Isensee y P. Kirchhof (edits.), **Handbuch des Staatsrechts**, tomo I—**Grundlagen von Staat und Verfassung**—, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1987, pág. 887 y ss.

³⁷ Véase C. Schmitt, **Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus**, *op. cit.*, pág. 13 y 14. Este resultado se pone de manifiesto también en la denominada teoría axiológica de los derechos fundamentales, seguida por la teoría integracionista de Constitución, con arreglo a la

cabe apreciar cómo la defensa de la Constitución aparece, en realidad, como una norma destinada a garantizar el contenido de la voluntad *mayoritaria*, tratando de suprimir la minoría, como elemento inspirador del pluralismo, sin el que no cabe hablar propiamente de democracia. Minoría y pluralismo aparecen, en consecuencia, a la óptica decisionista, como una amenaza contra la decisión política del pueblo.³⁸ Quienes encarnan dichos valores, consustanciales a la democracia, adquieren la consideración de enemigos de la Constitución, convirtiéndose así en ámbito subjetivo del supuesto de hecho de la defensa de la Constitución. De ello se deja constancia en la interpretación que se ha realizado de la potestad de disolución parlamentaria que el art. 25 de la Constitución de Weimar de 1919 atribuía al Presidente del *Reich*, que se entendió destinada a responder frente a la incapacidad del Parlamento para tomar decisiones destinadas a *ejecutar* la Constitución. Aquí se aprecia cómo la función legislativa se concibe estrictamente como ejecución de la Constitución, sin que se le reconozca al legislador facultad alguna para desarrollar programas distintos dentro de un marco constitucional,³⁹ consecuencia ineludible a la que conduce el concepto de Constitución democrática.⁴⁰ En consecuencia, y en virtud de todo lo hasta aquí expuesto, la teoría clásica del defensor de la Constitución, al erradicar el pluralismo, acaba por suprimir la democracia, como presupuesto teórico indispensable para que la función de la defensa de la Constitución pueda adquirir verdadero sentido.⁴¹

cual los derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional han de ser utilizados para “realizar” determinados valores de la comunidad, sobre ello véase de nuevo R. Smend, “**Verfassung und Verfassungsrecht**”, *op. cit.*, pág. 260 y ss., así como particularmente “**Das Recht der freien Meinungsäußerung**”, *op. cit.*, pág. 45 y ss. Esta concepción de los derechos ha sido acogida por la construcción de la democracia militante. En nombre de esta norma el Tribunal Constitucional Federal alemán afirmó que “la República Federal de Alemania es una democracia que espera de sus ciudadanos una defensa del orden democrático liberal ...”, BVerfGE. 28, 36 (48).

³⁸ El sacrificio del pluralismo en nombre de una decisión política mayoritaria puede verse en la construcción de la democracia militante, en concreto, en la Sentencia de ilegalización del KPD en 1956 en la que se habla por primera vez de la existencia de una norma de democracia militante: “como la pluralidad de ideologías y de intereses puede hacer prácticamente imposible la construcción de una voluntad estatal unitaria, debe entonces exigirse respecto de aquellos llamados a la construcción de la voluntad del Estado al menos un consenso en la afirmación de los valores fundamentales de la Constitución”, BVerfGE. 5, 85 (134).

³⁹ Por eso precisamente Schmitt alabó la concentración de los poderes del Estado en Adolf Hitler, que se llevaría a cabo por la *Ermächtigungsgesetz* de 1935, una vez que en 1934, muerto Hindenburg, sumara a su condición de canciller, la de Presidente de la República. A juicio de Schmitt, un verdadero defensor de la Constitución debía de ser al mismo tiempo legislador y juez, a fin de poder ejecutar fielmente la decisión política del pueblo. Dicha ejecución de la decisión del pueblo se desvirtúa donde la toma de decisiones se democratiza, esto es, se “pluraliza”, a lo que conduce el parlamentarismo. Por ello, Schmitt concibió al *Führer* como un verdadero defensor de la Constitución, al garantizar su ejecución a partir de la concentración en el mismo de todos los poderes del Estado, cfr. “**Der Führer schützt das Recht.**”, *op. cit.*, pág. 200.

⁴⁰ Véase I. de Otto y Pardo, **Derecho Constitucional. Sistema de fuentes**, *op. cit.*, pág. 46 y ss.

⁴¹ Pero, el parlamentarismo no fue el único enemigo de la Constitución, de la decisión política fundamental, sino que lo fue toda suerte de expresión de pluralismo, como lo era el principio federal que habilitaba una *pluralidad* de ordenamientos jurídicos parciales integrados en un Estado

b. La aparente definición jurídico-positiva del objeto y la confusión teórica entre defensa de la Constitución y defensa del Estado

12. La doctrina clásica de la defensa de la Constitución pretende construirse, tanto en lo relativo a su función —ilegalizadora de ciertas opciones políticas—, como a su objeto—las decisiones políticas fundamentales a las que se les atribuye un rango metapositivo-- a partir de las normas positivas del documento constitucional.⁴² Este aspecto pretende erigirse en otro de los elementos identificativos de la categoría de la defensa de la Constitución, que intenta presentarse como un resultado vinculado indisolublemente a la Constitución de Weimar de 1919 y a su particular concepción dogmática, determinada supuestamente por su pretensión de autoconcebirse como la plasmación jurídico-positiva de ciertas materias a las que ella misma ha reconocido una naturaleza metapositiva. Esta autocomprensión material de la Constitución de Weimar trató de sustentarse por la teoría decisionista en los arts. 1, 1 y 2 de la Constitución de Weimar, que plasmaban los principios estructurales de Estado federal y de derecho. Fue la mayor relevancia (política) de tales normas--frente a las demás previstas en el texto constitucional--la que justificaría que fueran reputadas como la positivación de las decisiones políticas fundamentales del pueblo alemán, dotándoles de una posición jerárquicamente superior a las normas positivas.⁴³ De esta manera, sería la propia voluntad constitucional la que crearía la distinción entre la *Constitución* y la *ley constitucional*, entre *ser* y *deber ser*. Este dualismo operado entre las normas positivas y determinadas materias que asumen un rango metapositivo es la que explica que la doctrina decisionista identificara la función de la defensa de la Constitución en aquellos enunciados del texto constitucional que tenían como función tutelar la eficacia de ciertos conceptos (*orden*, *Constitución*) que evocaban una sumisión a ciertas materias supuestamente no coincidentes con las normas del texto constitucional. Por ello, el art. 48-- que consagraba la función de tutelar *el orden y la seguridad públicas*—, el art. 127-- que contenía el deber de jurar la *Constitución* se consideraron por la teoría decisionista como la

soberano, cfr. C. Schmitt, “**Weiterentwicklug des totales Staates in Deutschland**” en idem., **Verfassungsrechtliche Aufsätze**, op. cit., pág. 362 y 363 y **Der Hüter der Verfassung**, op. cit., pág. 366 y ss.

⁴² Esta supuesta concepción jurídico-positiva de la defensa de la Constitución constituye una de las premisas fundamentales de la categoría de la democracia militante. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la constante ha sido intentar deducir de las disposiciones del texto constitucional un principio general destinado a dotar de eficacia al principio democrático, sobre este proceder véase el detallado análisis de J. Lameyer, **Streitbare Demokratie**, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pág. 28 y ss. Sin embargo, esto no ha sucedido con tanta intensidad en las construcciones de la lealtad federal y de la lealtad interorgánica.

⁴³ Véase C. Schmitt, **Verfassungslehre**, op. cit., pág. 24 y 25. En estos mismos terminus se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal alemán al mantener que “del contenido de la Constitución se deducen determinados principios constitucionales y decisiones fundamentales a las que las particulares prescripciones constitucionales se encuentran infraordenadas”, BVerfGE. 1, 14 (32).

plasmación de la defensa de la Constitución.⁴⁴ Este proceder argumental es ha seguido la denominada teoría de la *doble sumisión*, desarrollada al amparo de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y que constituye una de las derivaciones actuales más evidentes de la teoría clásica de la defensa de la Constitución.⁴⁵ La teoría de la doble sumisión intenta también apoyar en las disposiciones jurídico-positivas la existencia de un deber de sujeción a las disposiciones del documento constitucional y un deber de lealtad a las materias ubicadas por encima del texto constitucional.⁴⁶

13. Sin embargo, este proceder argumental consistente en intentar apoyar en las normas jurídico-positivas la función tutelar de la eficacia de una Constitución metapositiva presenta importantes contradicciones con la función que trata de imputarse a la categoría misma de defensa de la Constitución. Tal y como se tuvo la ocasión de poner de relieve, la función de la defensa de la Constitución se construye por oposición a la que desempeñan otras normas (calificadas en la doctrina actual como de defensa del Estado) que tienen por objeto responder frente a la infracción de las normas positivas. Por ello la doctrina decisionista negó la consideración de verdaderos defensores de la Constitución a los órganos sometidos solo a las normas positivas del documento constitucional.⁴⁷ A su juicio, defensor de la Constitución sólo puede ser quien se encuentra sometido directamente a la decisión política fundamental del pueblo, pudiendo tomar decisiones con arreglo a ella, sin condicionamiento por

⁴⁴ Una exposición de las teorías desarrolladas durante la vigencia de la Constitución de Weimar sobre el significado de las facultades excepcionales atribuidas al Presidente del *Reich* por el art. 48, así como una crítica al razonamiento schmittiano, puede verse en H. Nawiasky, “**Die Auslegung des Art. 48 der Reichsverfassung**”, Archiv des Öffentlichen Rechts, núm. 9, 1925, pág. 1 y ss.

⁴⁵ Este mismo proceder metodológico consistente en apoyar en las normas positivas la función tutelar de la eficacia de una Constitución metapositiva también puede identificarse en la clásica doctrina de las “normas constitucionales inconstitucionales”, que constituye en el contexto de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la primera plasmación de la teoría clásica del defensor de la Constitución. La presente doctrina identifica en el propio texto constitucional ciertas normas que poseen un rango metapositivo, véase O. Bachhof., “**Verfassungswidrige Verfassungsnormen**” en idem., **Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum Öffentlichen Recht.**, ed. Athenäum, Königstein, 1979, pág. 35 y ss.

⁴⁶ Y así, por ejemplo, a partir del enunciado del art. 61 de la Ley Fundamental de Bonn, en el que se establece que “el *Bundestag* o el *Bundesrat* podrán acusar al Presidente Federal ante la Corte Constitucional Federal por violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal”, como se ha afirmado, la distinción entre la Ley Fundamental y el resto de leyes federales no sería sino la plasmación de la doble sumisión del Presidente del *Reich* a las normas jurídico-positivas (resto de leyes federales) y a normas metapositivas ubicadas por encima del texto constitucional positivo, véase al respecto U. K. Preuss, “**Freiheitliche Demokratische Grundordnung als Supralegalität**” en idem., **Legalität und Pluralismus, Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, ed. Suhrkamp, Francfort, 1973, pág. 22.

⁴⁷ Véase C. Schmitt, “**Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung**” en idem., **Verfassungsrechtliche Aufsätze, op. cit.**, pág. 63 y ss.

norma positiva alguna.⁴⁸ Y efectivamente, lo que atribuye verdadero sentido al concepto de defensa de la Constitución en el ámbito del Derecho Constitucional es que tanto su función como su objeto se distingan de los propios de la defensa del Estado. No obstante, dicha distinción desaparece lógicamente si la función y el objeto de la defensa de la Constitución tratan de definirse desde parámetros plenamente positivos, tal y como sucede a primera vista en la construcción del defensor de la Constitución. Y así, si la defensa de la Constitución se concibe como una norma destinada a dotar de eficacia a ciertos contenidos que, aunque metapositivos, tanto su *existencia* normativa misma como su *contenido*, se afirman a partir de las disposiciones del texto constitucional, la defensa de la Constitución acaba por identificarse necesariamente con la defensa del Estado, negando así cualquier sentido a su tratamiento autónomo en el Derecho Constitucional.⁴⁹ Este es el problema en el que incurre la teoría decisionista de Constitución, que fundamentó tanto la norma de defensa de la Constitución (arts. 25 y 48) como su objeto (arts. 1 y 2) en las disposiciones positivas del texto constitucional.⁵⁰ Con arreglo a estas premisas, sólo

⁴⁸ Cfr. C. Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, op. cit., pág. 159. Por eso para Schmitt verdaderamente soberano sólo es quien decide en estados de excepción, cuando la vigencia del ordenamiento jurídico-positivo se encuentra en entredicho, cfr. **Ibidem**, pág. 148.

⁴⁹ En esta misma incoherencia incurre la teoría de la doble sumisión, que intenta afirmar la existencia de un deber de lealtad, distinto a la sujeción, sobre la base de las disposiciones jurídico-positivas. Como afirmó acertadamente la teoría positivismo, con arreglo a estos parámetros, la lealtad se acaba diluyendo en el mandato de sujeción ya que tanto su existencia como norma como su objeto se definen a partir de las disposiciones del documento constitucional, véase al respecto P. Laband, **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, ed. JCB. Mohr, Tubinga, 1911-1914, pág. 143 y ss. y más claramente H. Kelsen, **Allgemeine Staatslehre**, op. cit., pág. 274 y 275.

⁵⁰ Y también en esta misma contradicción incurre la construcción jurisprudencial de la democracia militante. Esta doctrina construye el objeto de la norma de defensa de la Constitución a partir de las disposiciones del texto constitucional, en concreto, a partir de las materias consideradas irreformables por el texto constitucional en el art. 79,3 (el orden democrático liberal). Esta intangibilidad, en la medida en que sustrae a la decisión de la positividad determinadas materias, se ha identificado con su naturaleza metapositiva. Sobre esto véase C. Gusy, “**Die `freiheitliche Demokratische Grundordnung´ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**”, op. cit., pág. 289 y 290, así como M. Kutscha, **Verfassung und Streitbare Demokratie**, ed. Pahl-Rugententein, Colonia, 1979, pág. 82 y ss. Pero también, y por otro lado, la norma misma de defensa de la Constitución (la democracia militante) aparece deducida de determinadas disposiciones del texto constitucional que tienen por objeto dotar de eficacia al denominado orden democrático liberal, como los arts. 9,2, 18 ó 21,2, véase sobre esta particular manera de construir la defensa de la Constitución en la jurisprudencia J. Lameyer, **Streitbare Demokratie**, op. cit., pág. 28 y ss. También esta posición ha sido mantenida por la doctrina mayoritaria, véase en ese sentido K. Stern, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, op. cit., pág. 175, A. Sattler, **Die rechtliche Bedeutung die Entscheidung der Streitbare Demokratie**, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1982, pág. 31 y ss, 62 y H. U. Klein, “**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**”, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, núm. 37, 1978, pág. 63 y ss. También esto ha querido ser afirmado por la doctrina española en la interpretación de la Constitución de 1978 que, a partir de la proclamación de determinados valores como “superiores” en el art. 1,1, ha reconocido su rango metapositivo, superior al resto de las disposiciones del texto constitucional, véase al respecto P. Lucas Verdú, “**Artículo 1**” en O. Alzaga Villamil (edit.), **Comentarios a la Constitución Española de 1978**, vol. I, ed. Edersa, Madrid, 1996, pág. 119 y ss. y G. Peces Barba, **Los valores superiores**, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 89.

podría hablarse a lo sumo de defensa del Estado cualificada por la naturaleza metapositiva de su objeto. Lo expuesto tiene que conducir a afirmar que la defensa de la Constitución sólo puede tener sentido como categoría autónoma en la ciencia del Derecho Constitucional si su función y su objeto se construyen desde un punto de vista dogmático, al margen por tanto de las normas positivas del documento constitucional.⁵¹ Por eso también presenta relevantes contradicciones la respuesta ofrecida por el positivismo normativista a la teoría decisionista que, partiendo de una concepción plenamente positiva del texto constitucional de 1919, afirmó que el verdadero *defensor de la Constitución* de Weimar era el Tribunal Constitucional, al ejercer la función de resolver, en última instancia, las infracciones del documento constitucional con arreglo a sus propias disposiciones positivas.⁵² Y es que, como ha quedado dicho, no puede haber defensa de la Constitución donde ésta tiene por objeto normas jurídico-positivas. En consecuencia, si bien la doctrina clásica del defensor de la Constitución trata de justificar su existencia por su oposición al sometimiento a las normas positivas, la articulación de su función y de su objeto a partir de las disposiciones del texto constitucional acaba por diluirse en la defensa del Estado, esto es, en la sujeción a las normas jurídico-positivas. Esto nada tiene que ver con el hecho de que, efectivamente, una Constitución, en cuanto soberana, pueda haber querido concebirse como la plasmación positiva de determinadas materias a las que ella misma ha atribuido un rango superior al texto constitucional. Lo que se objeta es que, acaso fuera así, pueda hablarse de defensa de la Constitución como algo conceptualmente distinto a la defensa del Estado.

c. La defensa de la Constitución como exigencia teórico-normativa anudada a un modelo material de Constitución

14. Sin embargo, y a pesar de lo anteriormente expuesto, un detenido análisis crítico de la doctrina clásica del defensor de la Constitución permite constatar cómo en la misma ni el objeto ni la función de la norma defensa de la Constitución aparecen definidas en términos jurídico-positivos, lo que, de ser así, como se ha visto, conduciría a privarle de un sentido autónomo la ciencia del Derecho Constitucional. En realidad, la doctrina del defensor de la Constitución intenta apoyar en las normas positivas resultados que, en último extremo, se deducen del concepto material de Constitución previamente tomado como punto de partida para la interpretación del documento constitucional positivo. En ese sentido, no se trata que la norma positiva apunte hacia una concepción material de Constitución de sí misma, sino que es ésta la que preexiste argumentalmente a la norma positiva, siendo utilizada para su interpretación. De ello surge la norma de defensa de la Constitución. El intento de construir la función y el objeto de la

⁵¹ Cfr. G. Roellecke, “**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**” en idem., **Augeklärter Positivismus. Ausgewählten Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates**”, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 171 y ss

⁵² Véase al respecto H. Kelsen, “**Wer soll der Hüter der Verfassung sein?**”, *op. cit.*, pág. 1896 y s.

defensa de la Constitución sobre la base de las normas positivas constituye una incoherencia metodológica motivada por la dificultad a la que se enfrenta toda teoría material en el momento de identificar la Constitución de un Estado a partir de un método basado en el *ser*, esto es, en la vigencia social de determinadas materias—la aclamación en la doctrina decisionista o las elecciones en la de la integración--.⁵³

15. La teoría del defensor de la Constitución trata de identificar la función tutelar de la eficacia de las materias subyacentes a la Constitución de Weimar en sus arts. 25 y 48, que facultan al Presidente de la República a adoptar determinadas medidas en el caso de que se verifiquen dos supuestos de hecho incompatibles con la eficacia de la decisión política del pueblo alemán: el atentado grave contra *el orden y la seguridad públicas* y la incapacidad del *Reichstag* para poder tomar decisiones destinadas ejecutar la decisión política fundamental subyacentes al texto constitucional. En coherencia con estos presupuestos fijados como punto de partida la norma de defensa de la Constitución tendría que identificarse necesariamente con una respuesta a tales actividades y con las consecuencias expresamente previstas en el documento constitucional. No otras. Sin embargo, en el desarrollo de la doctrina clásica del defensor de la Constitución se pone en evidencia cómo la defensa de la Constitución se presenta, en el fondo, como un criterio legitimador de la antijuridicidad de cualquier actividad potencialmente lesiva de la eficacia de la decisión política fundamental y no sólo de las contempladas en los arts. 25 y 48. Esto se pone de relieve en la afirmación vertida desde dicha teoría de que las normas positivas no pueden servir de base para atentar contra la Constitución metapositiva, cuestión que parece evocar claramente cómo la defensa de la Constitución se presenta, en realidad, como norma limitadora de todo mandato o facultad prevista en el texto constitucional.⁵⁴ Si esto es así es porque, en realidad, la defensa de la Constitución no puede encontrar su fundamento en las disposiciones jurídico-positivas, sino en una exigencia teórica indispensable para poder garantizar la eficacia de la “Constitución”.⁵⁵ Por tanto, hablar de “Constitución” es hacerlo, por

⁵³ Véase de manera respectiva C. Schmitt, **Verfassungslehre**, *op. cit.*, pág. 83 y R. Smend, **“Verfassung und Verfassungsrecht”**, *op. cit.*, pág. 136 y ss. Sobre el problema de determinar el contenido de los valores a partir de un método basado en el *ser*, véase H. Kelsen, **Was ist Gerechtigkeit?**, ed. Franz Deuticke, Viena, 1953, pág. 9 y ss. Este problema se ha puesto de relieve de una manera evidente en la construcción de la democracia militante, en concreto, en el momento de determinar su contenido a partir de la vigencia social de los valores subyacentes a la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer que los valores a los que atribuyó un rango constitucional (el orden democrático liberal) sólo podían ser considerados algunos de ellos, cfr. J. Lameyer, **Streitbare Demokratie**, *op. cit.*, pág. 39.

⁵⁴ Este proceder argumental es el que se ha desarrollado en la categoría jurisprudencial actual de la democracia militante que, aparentemente deducida de muy concretas disposiciones de la Ley Fundamental de Bonn, aparece en el fondo como un límite general al ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, BVerfGEE. 13, 46 (50), 28, 36 (48), 30, 1 (20); 39, 334 (349). También la mayor parte de la doctrina se ha decantado por esa misma posibilidad de deducir una norma metapositiva de lealtad de contenido universal, véase con carácter general. H. H. Klein, **“Verfassungstreue und Schutz der Verfassung”**, *op. cit.*, pág. 67 y H. Quaritsch, **“Diskussionbeitrag”**, *ibidem*, pág. 141 y ss. Contrariamente a este contenido universal, véase B. Schlink, **“Zwischen Identifikation und Distanz”**, *Der Staat*, núm. 15, pág. 361 y ss.

definición, de defensa de la Constitución. No hay una sin la otra. Por ello, los arts. 25 y 48 de la Constitución de Weimar deben de entenderse de una manera coherente sólo como la plasmación jurídica declarativa de una norma metapositiva de defensa de la Constitución, cuya existencia habría que afirmarse incluso sin aquellas. Eso es lo que significa precisamente la defensa de la Constitución: la posibilidad de declarar ilícitas las conductas que, aun cumpliendo las disposiciones positivas, pongan en peligro la eficacia de las materias subyacentes al texto constitucional, dicho de otra manera, actividades que, aun sujetas a la ley constitucional, sean desleales con la “Constitución”.⁵⁶

16. Esta consecuencia se aprecia abiertamente en otras teorías materiales difundidas a lo largo del periodo de entreguerras. En ellas si bien no se ha hablado abiertamente de defensa de la Constitución, vienen a reconocer la existencia de una norma metapositiva destinada a tutelar la eficacia de las materias a las que otorgan una naturaleza metapositiva. Esto, que ha resultado mayoritariamente ignorado por la doctrina actual, se puso de manifiesto ya por la teoría integracionista desarrollada durante la vigencia de la Constitución de Weimar. Tal dogmática, partiendo de la preexistencia de una unidad de sentido de rango metapositivo, afirmaría también la existencia de una norma—no plasmada en disposición positiva alguna de la Constitución de Weimar-- dirigida a sus destinatarios, exigiéndoles que realicen su eficacia.⁵⁷ Pero también este resultado, plenamente compatible con el presentado por parte de la teoría del defensor de la Constitución, se

⁵⁵ Esta concepción de la defensa de la Constitución como una exigencia teórico-normativa necesaria para garantizar la eficacia de la Constitución es la que se puso de manifiesto en la construcción de la democracia militante, al afirmar el Tribunal Constitucional Federal que “como la pluralidad de ideologías y de intereses puede hacer prácticamente imposible la construcción de una voluntad estatal unitaria, debe entonces exigirse respecto de aquellos llamados a la construcción de la voluntad del Estado al menos un consenso en la afirmación de los valores fundamentales de la Constitución”, BVerfGE. 5, 85 (134). Sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones, la norma de defensa de la Constitución no aparece concebida de esta manera, sino como una norma que encuentra su fundamento en la Constitución. Es decir, la defensa de la Constitución aparece como uno de los valores vigentes en la sociedad. Eso es lo que tiene lugar al mantener el Tribunal Constitucional que “el art. 21. 2 no se encuentra en contradicción con uno de los principios fundamentales de la Constitución; al contrario, es la expresión de una voluntad político-constitucional de solucionar un problema límite del Estado democrático-liberal, resultado de las experiencias del constituyente que, en una determinada situación histórica, creyó no deber realizar en toda su extensión el principio de neutralidad del Estado frente a los partidos políticos, expresión de una –en este sentido-- democracia militante”, BVerfGE. 5, 85 (139). Esta tan particular construcción de la democracia militante, que constituye en realidad, una de las maneras posibles de fundamentar la defensa de la Constitución en el contexto del razonamiento material, conduce a una contradicción teórica: la confusión entre el objeto y la norma misma de defensa de la Constitución, ya que ésta se deduce a partir de aquél, es decir, de la Constitución metapositiva.

⁵⁶ Véase E. Denninger, “**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**”, *op. cit.*, pág. 18.

⁵⁷ Véase al respecto R. Smend, “**Verfassung und Verfassungsrecht**”, *op. cit.*, pág. 242 y ss. También esto se aprecia en la concepción axiológica de los derechos fundamentales que se fundamenta desde dicha teoría en base a la cual los titulares de los derechos fundamentales deben de ejercerlos para realizar la eficacia de la unidad de sentido subyacente al texto constitucional, véase “**Das Recht der freien Meinungsäußerung**”, *op. cit.*, pág. 45 y ss. Como se puede ver, ello no supone sino la expresión de lo que en la teoría decisionista se alude con el concepto de defensa de la Constitución.

aprecia en otras dogmáticas materiales clásicas, como la doctrina de la Constitución en sentido material, la de la institución o en la de la Constitución política total.⁵⁸

17. En ese sentido, se puede apreciar cómo la categoría de la defensa de la Constitución no tiene su origen, tal y como se entiende casi universalmente en la doctrina actual, en la dogmática asumida por el texto constitucional de 1919, sino en el seno de un movimiento teórico-material acerca de lo que debe de entenderse por Constitución. Y este movimiento es el que se aprecia en ciertas construcciones ya desarrolladas en el siglo XIX al amparo de la Constitución del *Reich* de 1871, particularmente de la *lealtad federal*, que ha de entenderse, en realidad, como la primera elaboración dogmático-doctrinal de la categoría de la defensa de la Constitución. La construcción de la lealtad federal, desarrollada por la teoría integracionista, aparece como una exigencia teórico-normativa destinada a dotar de eficacia a un pacto celebrado entre los Príncipes alemanes que subyacía al texto constitucional,⁵⁹ lo que responde claramente a los perfiles de la norma de defensa de la Constitución que, como tal, resultaría desarrollada, como se ha visto, en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919 por parte de la teoría decisionista.⁶⁰

⁵⁸ Véase en lo relativo a la teoría de la Constitución en sentido material C. Mortati, **La Costituzione in senso materiale**, op. cit., pág. 134 y 138, que postula un mandato dirigido a los órganos constitucionales para que doten de eficacia a las fuerzas de la clase política dominante ubicadas al margen del texto constitucional. En lo que se refiere a la teoría de la institución cfr. M. Hariou, **Précis de Droit Constitutionnel**, ed. Sirey, París, 1923, pág. 72 y ss. y S. Romano, **Principii di Diritto Costituzionale Generale**, 2ª edición, ed. Giuffrè, Milán, 1946. En parecidos términos se expresa la doctrina de la Constitución política total, véase H. Heller, **Staatslehre**, op. cit., pág. 314 y ss.

⁵⁹ Véase al respecto R. Smend, **“Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Monarchischen Bundesstaat”**, op. cit., pág. 56 y 57. Esta categoría de la lealtad federal ha sido importada por la teoría de la integración al ámbito de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, de nuevo, sin apoyo normativo en las disposiciones del texto constitucional. Cierta parte de la doctrina ha criticado la posibilidad de importar dicha construcción, desarrollada al amparo de los elementos definitorios de la Constitución 1871, que no se dan en la actual Ley Fundamental: el principio monárquico y la concepción pactista de la Constitución, cfr. K. Hesse, **Gründzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, ed. CF. Müller, Heidelberg, 1990, pág. 109. Sin embargo, la presente crítica pasa por alto algo fundamental, que el rasgo distintivo de la construcción de la defensa de la Constitución es su total construcción dogmática y, en consecuencia, su total desvinculación de las normas positivas. Por ello la crítica vertida carece, en realidad, de todo sentido desde presupuestos de Constitución material.

⁶⁰ En el contexto de la propia Constitución del *Reich* alemán de 1871 también se llegó a difundir, al amparo de una concepción material de Constitución, la teoría de que los individuos tenían la obligación de tutelar la eficacia de determinados valores que se entendieron ubicados por encima del texto constitucional. Se trataba de un deber de lealtad que tenía por objeto la monarquía, el Estado, la unidad de la nación..., véase en ese sentido E.-R. Huber, **Deutsche Verfassungsgeschichte. Seit 1789**, op. cit., pág. 1010. Pero también la doctrina de la defensa de la Constitución ha de verse también desarrollada en la doctrina italiana de principios del siglo XX, en concreto, en la teoría de las normas de corrección constitucional, antesala de la categoría de la lealtad interorgánica gestada en Alemania durante el último tercio del siglo XX. Acerca de la teoría de las normas de corrección constitucional véase S. Romano, **“Diritto e correttezza costituzionale”**, Rivista di Diritto Pubblico, 1909, pág. 485. Por su parte, en lo que se refiere a la de la lealtad interorgánica, W.- R. Schenke, **Die Verfassungsorgantreue**, op. cit., pág. 19 y H.

18. La construcción enteramente metapositiva de la defensa de la Constitución no se aprecia sólo al nivel de su función, que despliega sus efectos más allá de lo previsto en las normas del texto constitucional. Su plena desvinculación de las normas jurídico-positivas se pone en evidencia también en lo relativo a la construcción de su objeto. Éste, como se ha declarado por la doctrina clásica del defensor de la Constitución, se encuentra conformado por las decisiones políticas fundamentales plasmadas en los arts. 1 y 2 de la Constitución de Weimar. De cualquier forma, uno de los presupuestos indispensables para que la función normativa de la defensa de la Constitución pueda tener sentido es que su objeto resulte intangible para el poder de reforma constitucional. Precisamente porque en un ordenamiento democrático—donde tiene verdadero sentido la defensa de la Constitución—la total posibilidad de cambio de las disposiciones constitucionales presupone lógicamente la capacidad de promover su sustitución, la ilicitud de determinadas opciones políticas ha de asociarse necesariamente a la intangibilidad constitucional de las mismas.⁶¹ Esta exigencia teórica derivada del principio democrático no se dio por satisfecha, sin embargo, en las disposiciones de la Constitución de Weimar de 1919, cuyo art. 76 no contenía prohibición alguna de reforma constitucional.⁶² Esto se presenta como un decisivo inconveniente para poder afirmar la posibilidad de construir la defensa de la Constitución a partir del texto constitucional. Sin embargo, el presupuesto de la intangibilidad de las materias objeto de la defensa de la Constitución—las decisiones políticas fundamentales—ha sido reconocido por parte de la doctrina de la defensa de la Constitución, si bien en este caso, ante la evidente ausencia de una apoyatura positiva, su satisfacción ha tenido lugar directamente desde un punto de vista dogmático, entendiendo que el poder de reforma regulado en una norma positiva no puede ser utilizado para suprimir la decisión política fundamental metapositiva.⁶³ En realidad, esta consecuencia es propia de cualquier

Schneider, “**Der Niedergang des Gesetzgebungsverfahrens**” en T. Ritterspach y W. Geiger (edits.), **Festschrift für Gebhard Müller**, JCB. Mohr, Tübinga, 1970, pág. 422.

⁶¹ Véase al respecto E. Bulla, “**Die Lehre von der Streitbaren Demokratie**”, Archiv des Öffentlichen Rechts, núm. 98, 1973, pág. 356.

⁶² Véase en la doctrina de la época R. Thoma, “**Grundbegriffe und Grundsätze**”, en G. Anschütz y R. Thoma (edits.), **Handbuch der Deutschen Staatsrechts**, tomo II, ed. JCB. Mohr, Tübinga, 1932, pág. 144 y F. Giese, **Die Reichsverfassung von 11. August 1919**, ed. Carl Heymanns, Berlín, 1925, pág. 225 y ss

⁶³ Véase C. Schmitt, **Verfassungslehre**, op. cit., pág. 25 y 26, así como **Legalität und Legitimität**, 4^o edición, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1988, pág. 61. Esta afirmación de la intangibilidad de las materias ubicadas por encima del texto constitucional positivo—objeto de la norma de defensa de la Constitución—se pone en evidencia en la teoría de la Constitución en sentido material que llegará a afirmar que la cláusula de intangibilidad establecida en el art. 139 de la Constitución italiana de 1948, que declara irreformable la “forma republicana de gobierno” puede ser lícitamente infringida cuando su contenido no sea coincidente con el que adoptan las “fuerzas de la clase política dominante” subyacentes al texto constitucional que, desde su particular concepción teórica, asume el verdadero carácter de Constitución. En ello se puede apreciar cómo el objeto de la defensa de la Constitución resulta construido por entero al margen del texto constitucional, cfr. C. Mortati, **Istituzioni di Diritto Pubblico**, ed. Cedam, Padua, 1978, pág. 1242.

teoría material de Constitución, que mantiene en carácter inmutable frente al poder constituyente constituido—no para el poder constituyente-- de las materias a las que atribuye en verdadero carácter de Constitución.⁶⁴

3. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONFUSIÓN ENTRE ÓRDENES NORMATIVOS

19. Hasta aquí se ha tenido la oportunidad de examinar cómo la función de la defensa de la Constitución adquiere sentido como categoría autónoma del Derecho Constitucional cuando aquélla es objeto de una construcción exclusivamente dogmática, desvinculada por tanto de las normas positivas. Sin embargo, aún comprendida de esta particular manera, la defensa de la Constitución se enfrenta a otro importante problema que se entronca con una de las exigencias dogmáticas derivadas del principio democrático, presupuesto sin el que no cabe hablar propiamente de defensa de la Constitución.

a. La función de la defensa de la Constitución al servicio de la confusión entre órdenes normativos

20. La defensa de la Constitución se configura como una norma metapositiva que tiene como función dotar de eficacia a un conjunto de materias que no resultan coincidentes ni en su naturaleza ni en su contenido con las normas positivas del documento constitucional. La norma de defensa de la Constitución desempeña, en puridad, la función de dotar de eficacia a principios o valores pertenecientes a órdenes normativos ajenos al ordenamiento jurídico-positivo, descansando lógicamente también su validez en presupuestos propios de aquellos órdenes sociales. Esto no sólo se ha puesto de manifiesto en la teoría clásica del defensor de la Constitución, que pretendió dotar de eficacia a las decisiones *políticas* subyacentes al texto constitucional de 1919.⁶⁵ También el resto de las teorías materiales desarrolladas durante el periodo de entreguerras, en las que de igual manera se viene a admitir de manera implícita, la existencia de la defensa de la Constitución, pretendieron tutelar la eficacia de *fuerzas políticas*, de *principios éticos* o de con *normalidades sociales*.⁶⁶ Con todo, ello no significa en modo alguno que la defensa de la Constitución quiera garantizar la eficacia de materias carentes de un valor jurídico. Criticar a la defensa de la Constitución basándose sólo en el supuesto carácter ajurídico de su objeto no sería más que una equívoca simplificación del sentido del razonamiento material.

⁶⁴ Un análisis sobre esta consecuencia en las diferentes teorías materiales de Constitución puede verse en B. Aláez Corral, **Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978**, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 61 y ss.

⁶⁵ Véase C. Schmitt, **Verfassungslehre**, *op. cit.*, pág. 23 y 24.

⁶⁶ Véase respectivamente C. Mortati, **La Costituzione in senso materiale**, *op. cit.*, pág. 133 y H. Heller, **Staatslehre**, ed. A. W. Sijthoff's, Leiden, 1934, pág. 256

21. Precisamente el rasgo identificativo del concepto material de Constitución— ante la imposibilidad de entender el funcionamiento del Estado sólo con arreglo a normas positivas —ha residido en atribuir carácter jurídico a principios o valores pertenecientes a diferentes órdenes normativos que, desde su perspectiva, condicionan el ejercicio de la fuerza, rasgo identificativo de las normas del derecho.⁶⁷ Y ello con independencia de que el fundamento de validez de aquellos principios y valores metapositivos haya tratado de apoyarse en el *ser*, es decir, en la vigencia social de ciertas materias.⁶⁸ Es cierto, sin embargo, que este presupuesto metodológico conduce a la teoría material a importantes inconvenientes en el momento de determinar cuál sea el contenido de aquellos principios y valores, una inseguridad que pone en peligro el adecuado ejercicio de la función del derecho, en la medida en que resulta un tanto difícil conocer cuáles son las normas que predeterminan el ejercicio de la fuerza.⁶⁹ Con todo, dejando a un lado esta nada despreciable cuestión—que acaba llegando a resultados también incompatibles con el principio democrático--,⁷⁰ justamente, la materialización del concepto de Constitución, se construye a partir de la

⁶⁷ Cfr. C. Schmitt, **Verfassungslehre**, op. cit., pág. 23 y 24, R. Smend, “**Verfassung und Verfassungsrecht**” op. cit., pág. 127, M. Hauriou, **Précis de Droit Constitutionnel**, op. cit. pág. 76 y C. Mortati, **La Costituzione in senso materiale**, op. cit. pág. 133.

⁶⁸ Véase al respecto el análisis crítico de H. Kelsen, “**Der Staat als Integration**” en idem., **Drei Kleine Schriften**, ed. Scientia, Aalen, 1994, pág. 12 y ss

⁶⁹ Véase críticamente sobre ello el siguiente trabajo en el que se aborda una de las cuestiones vinculadas a la defensa de la Constitución, R. Punset, “**Lealtad constitucional, limitación de derechos y división de poderes**”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 16, 2002, pág. 14.

⁷⁰ Esta inseguridad jurídica conduce a la teoría material a optar por una solución incompatible con el principio democrático. Aunque el razonamiento material, en su pretensión de satisfacer las exigencias del principio democrático, identifica el contenido de la Constitución a partir de la vigencia social de ciertas materias, la inseguridad que genera este método ha conducido a la teoría material a que la determinación de tal contenido sea precisado por un órgano. Eso es lo que sucede particularmente en la teoría decisionista de Constitución, que confiere esta tarea de determinar el contenido de las decisiones políticas fundamentales al Presidente del *Reich*, al que entiende como el verdadero defensor de la Constitución. A pesar de que la teoría decisionista, como se ha visto, utiliza como técnica para determinar el contenido de la Constitución la aclamación, ésta tiene lugar en momentos puntuales. En el resto de situaciones, la teoría decisionista atribuye a un órgano la función de determinar el contenido de las decisiones políticas fundamentales: el defensor de la Constitución. Y así, es al Presidente de la República al que se le atribuye la potestad de determinar cuándo se produce un atentado contra el orden y la seguridad públicas—identificado en la teoría decisionista con una lesión de la eficacia de las decisiones políticas fundamentales—, presupuesto para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en el art. 48 de la Constitución de Weimar de 1919, véase C. Schmitt, **Der Hüter der Verfassung**, op. cit., pág. 158 y 159. Por su parte, W. Apelt en **Die Gesetzgebungstechnik**, ed. Isar, Munich, 1950, pág. 9, ha puesto de relieve la contradicción de este proceder con el principio democrático mediante su crítica a la teoría de las normas constitucionales inconstitucionales difundida en la doctrina y en la jurisprudencia alemana. En concreto, el citado autor critica la potestad que dicha teoría atribuye a los tribunales para determinar el contenido de ciertos valores metapositivos, que hace valer frente a las normas positivas que forman parte del texto constitucional aprobado democráticamente. A su juicio, de esta manera, se atribuye a los tribunales una función, la de determinar el contenido de la Constitución, que le corresponde al pueblo.

atribución de un carácter jurídico a la realidad y no solo a la norma positiva. Esto mismo se aprecia en la teoría del defensor de la Constitución, que afirmó que la relevancia jurídica de la decisión política fundamental del pueblo alemán subyacente al texto constitucional de 1919 residía en su existencia política misma.⁷¹ Por ello, el ejercicio de la función del derecho se desempeña en la teoría material por normas jurídico-positivas, pero también y fundamentalmente,--de ahí que se les confiera el carácter de Constitución-- por normas metapositivas, pudiendo hablarse, en consecuencia, de una confusión de órdenes normativos (positivo, político, moral...). Por ello mismo, resulta del todo coherente con sus propios presupuestos materiales que la doctrina clásica del defensor de la Constitución-- como construcción dogmática-- pretendiese contribuir a dicha confusión, tratando de dotar de eficacia a materias de naturaleza jurídica metapositiva. Incluso, en este ámbito de la confusión entre órdenes sociales, pudiera ser comprensible que la doctrina de la defensa de la Constitución identificara ésta en las normas positivas de la Constitución de Weimar, a pesar de que tal proceder condujera a aquella doctrina a una criticable identificación entre la defensa de la Constitución y la defensa del Estado. En efecto, el intento de identificar la defensa de la Constitución con normas positivas puede considerarse como la expresión de una instrumentalización del derecho positivo hacia la confusión con el orden político.⁷²

b. La distinción entre órdenes sociales como exigencia dogmática del principio democrático

22. Si bien es cierto que la concepción de la función de la defensa de la Constitución al servicio de la confusión entre órdenes normativos resulta coherente con los presupuestos de los que parte la teoría material para el análisis del Derecho Constitucional, aquella presenta, sin embargo, relevantes problemas con uno de los requisitos teóricos necesarios para que quepa hablar coherentemente de defensa de la Constitución. Según se tuvo la oportunidad de poner de relieve a lo largo de este trabajo, el principio democrático aparece como una exigencia dogmática indispensable para que la defensa de la Constitución pueda ejercer de una manera adecuada su función. Y así lo ha reconocido la teoría clásica de la defensa de la Constitución--como el resto de las doctrinas materiales en las que se admite implícitamente la existencia de una norma tal-- que edifica toda su construcción sobre la base del principio democrático. Sin embargo,

⁷¹ Cfr. C. Schmitt, **Verfassungslehre**, *op. cit.*, pág. 22.

⁷² La función del derecho en estas teorías materiales puede verse en D. Grimm, "**Recht und Politik**", *Juristische Schulung*, núm. 11, 1969, pág. 502 y s. Sin embargo, este proceder, común a las teorías materiales de Constitución, sólo es así en apariencia, ya que el texto constitucional, una vez utilizado para inferir determinadas consecuencias, es diluido posteriormente en su carácter normativo a partir de aquellas. Esto constituye claramente una incoherencia metodológica, ya que razonamiento material toma como punto de partida el texto constitucional para interpretar el Derecho Constitucional, pero al final se acaba prescindiendo por entero de este. Véase sobre ello E.-W. Böckenförde, "**Methoden der Verfassungsinterpretation—Bestandsaufnahme und Kritik**" en *idem.*, **Staat, Verfassung, Demokratie**, *op. cit.*, pág. 61 y ss.

resulta un tanto controvertido que la función de la defensa de la Constitución al servicio de la confusión entre órdenes normativos sociales postulada desde la materialización del concepto de Constitución pueda resultar compatible con tal principio.

23. El contenido del principio democrático consiste en adecuar del mayor modo posible el contenido de la voluntad del Estado y el de los sometidos a sus normas, lo que se lleva a cabo con arreglo al reconocimiento de la participación de los sujetos al ordenamiento en la creación normativa con arreglo a los principios de *libertad e igualdad*.⁷³ De esta manera, la función del principio democrático consiste en permitir que las diferentes expectativas-- de carácter político, religioso, moral -- puedan canalizarse procedimentalmente en el seno del ordenamiento jurídico, pudiendo llegar a conformar el contenido de la voluntad del Estado.⁷⁴ Siendo esto así, parece tener que deducirse que la pretensión de un Estado democrático es diferenciar al ordenamiento jurídico de los demás órdenes sociales que también regulan la conducta humana. En ese sentido, puede afirmarse que la diferenciación del ordenamiento jurídico se presenta como una exigencia dogmática ineludible del principio democrático.⁷⁵

24. Pues bien, esta exigencia aparece verdaderamente posible cuando el derecho se define en términos estrictamente positivos, concibiéndose como un conjunto de normas que expresan el *sentido objetivo* de actos de *voluntad humana*.⁷⁶ Cuando esto es así el ordenamiento jurídico puede diferenciarse, en primer lugar, de otros órdenes sociales cuyas normas proceden de voluntades divinas o racionales, y no propiamente humanas.⁷⁷ Esto es lo que sucede con los denominados "principios éticos del derecho" a los que la teoría material de la Constitución política total pretendió dotarles de un rango constitucional, convirtiéndose en el objeto de la

⁷³ Véase al respecto H. Kelsen, **Wesen und Wert der Demokratie**, op. cit., pág. 20.

⁷⁴ Cfr. H. Kelsen, **Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze**, ed. Wiener Volksbuchhandlung, Viena, 1967, pág. 65. Esta construcción de la democracia a partir de los elementos de la libertad y de la igualdad es la que conduce a que el principio de relatividad y la equivalencia de las opciones políticas sean los elementos que mejor expresen la idea de democracia. Por eso la democracia ha de identificarse con un procedimiento de la creación de normas, al margen de cuál sea el contenido de estas. Ello se distancia del modelo de democracia postulado por la teoría material de Constitución que se asocia al carácter intangible de las materias consensuadas por la mayoría. Este modelo de democracia, tal y como se pusiera de manifiesto con anterioridad, se apoya sobre el elemento de la libertad y no de la igualdad, imprescindible para hablar de democracia.

⁷⁵ Sobre esta relación entre el principio democrático y diferenciación del ordenamiento cfr. B. Aláez Corral, **Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978**, op. cit., pág. 115 y ss.

⁷⁶ Véase J. Austin, **The province of jurisprudence determined**, (reimpresión de la 2ª edición de 1861), ed. Lennox Hill, Nueva York, 1970, pág. 113.

⁷⁷ Un detenido análisis de los resultados que se derivan de esta condición plenamente positiva del ordenamiento jurídico en lo que se refiere a su posible diferenciación del resto de los órdenes normativos sociales, véase en B. Aláez Corral, **Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978**, op. cit., pág. 105 y ss.

defensa de la Constitución.⁷⁸ Pero es que, además, por otro lado, cuando el ordenamiento jurídico se concibe con arreglo a parámetros positivos, sus normas se presentan como la *objetivación* de actos de voluntad humana,⁷⁹ distinguiéndose así la realidad de la norma, el *ser* y del *deber ser*, que aparecen confundidos en la doctrina del defensor de la Constitución.⁸⁰ En ésta, recuérdese, la Constitución —al igual que sucede con la teoría de la Constitución en sentido material— aparece conformada por un conjunto de elementos políticos cuya validez jurídica descansa, como ha sido reconocido, en su existencia misma como realidad política, es decir, en el *ser*. Por ello mismo, la defensa de la Constitución aparece como una norma jurídica destinada a dotar de eficacia a la realidad y no a la norma (positiva).

25. En virtud de lo aquí expuesto, el principio democrático, como presupuesto teórico indispensable de la defensa de la Constitución, exige que el derecho se conciba en términos positivos, lo que ha de conducir necesariamente que tanto la norma misma de defensa de la Constitución como su objeto se definan con arreglo a dichos presupuestos. De este modo, la defensa de la Constitución ya no podría concebirse, en realidad, como una norma jurídica destinada a contribuir a la confusión entre el derecho y el resto de órdenes normativos—consecuencia postulada desde la teoría material—sino como un *deber ser* sirviente a la diferenciación del derecho, tratando de dotarle de eficacia a éste a través de la respuesta frente a la infracción de los principios fundamentales de la Constitución. Sin embargo, llegados a este inevitable resultado, el problema se encuentra en el hecho de que esta función pueda atribuirse efectivamente a una norma calificada como de defensa de la Constitución y opuesta a lo que doctrinalmente se ha denominado “defensa del Estado”, uno de los presupuestos consustanciales a la doctrina del defensor de la Constitución. Si la categoría de la defensa del Estado se identifica con un conjunto de disposiciones destinadas a responder frente a la infracción de las normas jurídico-positivas, parece evidente que el principio democrático y la necesaria identificación del derecho con la positividad, tiene que conducir a que la defensa de la Constitución tenga que diluirse necesariamente en la defensa del Estado. En virtud de todo ello cabe afirmar que el principio democrático se opone a la posibilidad de hablar de defensa de la

⁷⁸ Véase H. Heller, **Staatslehre, op. cit.**, pág. 256. En este caso, los principios éticos del derecho se presentan como normas procedentes de un ordenamiento moral o religioso. En este sentido puede ser de utilidad la consulta del trabajo crítico de H. Kelsen, “**Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre un des Rechtspositivismus**” en H. Klekatsky y otros (edits.), **Die Wiener rechtstheoretische Schule**, tomo I, ed. Europa, Viena y otros, 1968, pág. 292 y ss.

⁷⁹ Véase H. Kelsen, **Allgemeine Staatslehre, op. cit.**, pág. 8 y 9.

⁸⁰ Esto sucede, en realidad, en toda teoría material que precisa la Constitución a partir de la vigencia social de determinadas materias. Esto conduce a que en la materialización del concepto de Constitución se identifiquen validez y eficacia. La distinción entre *deber ser* y *ser*, sólo tiene lugar, en realidad, cuando se distinguen validez y eficacia, concibiéndose esta última sólo como una condición fáctica indispensable para que el ordenamiento pueda entenderse válido, véase al respecto Cfr. H. Kelsen, **Reine Rechtslehre**, ed. Franz Deuticke, Viena, 1976, pág. 219 y **Allgemeine Staatslehre, op. cit.**, pág. 18 y 19.

Constitución como categoría autónoma en el seno de la ciencia del Derecho Constitucional.

