

MERCÈ BARCELÓ  
I SERRAMALERA

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL  
ALEMANY: CRITERIS JURISPRUDENCIALS  
EN LA RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES  
FEDERALS ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER







El Tribunal Constitucional  
Federal Alemany: Criteris  
jurisprudencials en la re-  
solució dels conflictes fe-  
derals entre el Bund i els  
Länder

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL  
ALEMANY: CRITERIS JURISPRUDENCIALS  
EN LA RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FE-  
DERALS ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER

-TESI DOCTORAL-



Doctorant: MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA

Director: Prof. Dr. ISIDRE MOLAS

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

Juny, 1988

# ÍNDIX GENERAL

ABREVIATURES.....	15
INTRODUCCIÓ.....	17

## PRIMERA PART

### EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

#### ALEMANY

I- INTRODUCCIÓ.....	30
II- POSICIÓ DEL BVerfG EN EL SISTEMA PO- LÍTIC ALEMANY: ÒRGAN CONSTITUCIONAL	
I TRIBUNAL.....	37
1- INTRODUCCIÓ.....	38
2- EL BVerfG COM A ÒRGAN CONSTITUCIONAL...	39
3- EL BVerfG COM A TRIBUNAL.....	42
a) El jutge constitucional i la seva elecció.....	42
a.1) El jutge constitucional.....	42
a.2) L'elecció dels jutges constitu- cionals.....	46
a.2.1) Principis generals i legitima- ció de l'elecció dels jutges constitucionals.....	46
a.2.2) El procediment d'elecció dels jutges constitucionals.....	49
a.2.2.1- El Bundestag: sistema d'e-	

lecció indirecta (art. 6).....	49
a.2.2.2- El Bundesrat: sistema d'e-	
lecció directa (art. 7).....	50
a.2.2.3- Elecció de la presidència i	
de la vicepresidència.....	51
a.2.2.4- Nova elecció i normes espe-	
cials per als casos de va-	
cants.....	51
a.2.3) Crítica de la normativa vigent	
i propostes de reforma.....	52
b) Organització, presa de les decisions	
i normes generals de procediment....	57
b.1) Normativa bàsica.....	57
b.2) Els senats.....	58
b.3) El Ple.....	61
b.4) Decisions preses en comissió	
i vots particulars.....	63
b.5) Procediment. Normes generals.....	64
III- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG.....	67
1- CAP CLÀUSULA GENERAL D'ATRIBUCIÓ.....	68
2- LES COMPETÈNCIES MÉS IMPORTANTS DEL	
BVerfG A LA PRÀCTICA.....	69
3- ELS DIFERENTS PROCESSOS DAVANT DEL	
BVerfG.....	70
A- CONFLICTES ENTRE ÒRGANS.....	70
a) Precedents, naturalesa jurídica i	
contingut dels conflictes entre	
òrgans.....	70
b) El procés.....	72



b.1) Legitimació.....	72
b.2) Objecte del procés.....	74
b.3) Plaç i condicions del recurs.....	75
b.4) Decisió del BVerfG.....	76
c) Els conflictes entre òrgans a la pràctica.....	76
B- ELS CONFLICTES FEDERALS ("Die Föderativen Streitigkeiten").....	77
a) "Diferències d'opinió entre el Bund i els Länder (arts. 93.1.3 GG; 13.7 BVerfGG).....	78
a.1) Contingut de les "diferències d'opinió".....	78
a.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència...	79
b) "Altres conflictes de dret públic entre el Bund i els Länder"(arts. 93.1.4, primer incís GG; 13.8, pri- mer incís, BVerfGG).....	81
b.1) Contingut dels "altres conflictes de dret públic".....	81
b.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència..	82
c) Conflictes de dret públic entre variis Länder (arts. 93.1.4, segon incís, GG; 13.8, segon incís, BVerfGG).....	83
c.1) Contingut dels conflictes de dret	

públic entre variis Länder.....	83
c.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència..	84
d) Conflictes al si d'un Land (arts. 93.1.4, tercer incís, GG; 13.8, tercer incís, BVerfGG).....	84
d.1) Contingut dels conflictes al si d'un Land.....	85
d.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència..	86
C- CONTROL NORMATIU ("Normenkontrolle")...	87
a) El control normatiu en sentit am pli.....	87
b) El control normatiu en sentit es- tricte.....	88
b.1) El control abstracte.....	89
b.1.1- Natura i objecte del control abstracte de normes.....	89
b.1.2- El procés: legitimació, condi- cions del recurs i contingut de la sentència.....	91
b.2) El control concret.....	94
b.2.1- Concepte i objecte del control concret de normes.....	94
b.2.2- El procés: legitimació, condi- cions del recurs i contingut de la sentència.....	96
c) El control normatiu a la pràctica...	98
D- RECURSOS CONSTITUCIONALS ("Verfassungs-	

beschwerde").....	99
a) Concepte de "recurs constitucional".	99
b) Pressupòsits del recurs constitu-	
cional.....	100
b.1) Legitimació.....	100
b.2) Objecte contra el qual es diri-	
geix l'acció.....	102
b.2.1- Actes imputables als òrgans	
aplicadors de la llei.....	103
b.2.2- Actes imputables al legisla-	
dor.....	103
c) Decisió del BVerfG.....	104
d) Els recursos de constitucionalitat	
a la pràctica.....	105
E- PROCESSOS DE DEFENSA CONSTITUCIONAL....	106
a) Pèrdua de drets fonamentals ("Ver-	
wirkung von Grundrechten").....	107
b) Inconstitucionalitat dels partits	
polítics.....	109
c) Acusacions contra el Bundespräsi-	
dent ("Präsidentenanklage").....	111
d) Acusacions contra jutges ("Rich-	
teranklage").....	113
e) Examen de les eleccions i adquisi-	
ció o pèrdua de la condició de	
diputat ("Wahlgerichtsbarkeit").....	114
IV- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL.....	116
1- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL COM A	
ELEMENT DEFINIDOR DEL CARÀCTER JUDI-	

CIAL O POLÍTIC DE LES DECISIONS DEL BVerfG.....	117
2- ELS MÈTODES D'INTERPRETACIÓ CONSTI- TUCIONAL.....	121
a) la teoria clàssica.....	121
b) El mètode de la tòpica.....	124
c) Les doctrines orientades vers les ciències de la realitat.....	126
d) Les doctrines hermenèutiques con- cretitzadores.....	128
3- RASCS FONAMENTALS DEL MÈTODE INTER- PRETATIU DEL BVerfG I CRÍTICA DOCTRINAL AL MÈTODE.....	132
a) Rascs fonamentals del mètode inter- pretatiu del BVerfG.....	132
b) Crítica doctrinal al mètode inter- pretatiu del BVerfG.....	135
b.1) Crítica als elements interpreta- tius del BVerfG.....	135
b.2) Crítica a les premisses teòriques del BVerfG.....	136
b.3) La insuficiència del mètode del BVerfG.....	138
NOTES.....	140

/

SEGONA PART

LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES FEDERALS  
ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER DAVANT  
DEL BVerfG

I- INTRODUCCIÓ.....	179
1- DEFINICIÓ DE CONFLICTE FEDERAL. CON- CRECIÓ DEL TEMA.....	180
2- LES DIFERENTS VIES DE RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FEDERALS.....	182
II- LES DIFERENTS VIES DE RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FEDERALS EN LA HISTÒRIA CONSTITUCIONAL ALEMANYA I LA SEVA SIGNIFICACIÓ POLÍTICA.....	186
1- LA "DEUTSCHE BUNDESAKTE" DE 1815 I LA "WIENER SCHLUBAKTE" DE 1820.....	187
a) Conflictes entre els Estats mem- bres.....	188
b) Conflictes entre la Federació i els Estats membres.....	189
2- LA CONSTITUCIÓ DE FRANKFURT DE 1849....	191
3- EL II REICH.....	194
a) Conflictes entre els Estats membres.	195
b) Conflictes entre la Federació i els Estats membres.....	196
4- LA REPÚBLICA DE WEIMAR.....	197
a) Conflictes entre el Reich i els Länder.....	199
b) Conflictes entre els Länder.....	201
III- LA RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FEDERALS ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER DAVANT DEL BVerfG: EL SISTEMA DE LA GRUND- GESETZ.....	203
1- LA DECISIÓ DEL CONSTITUENT.....	204

2- POTENCIALITAT I PRODUCCIÓ DEL CONFLICTE.....	206
a) "Diferències d'opinió" i "conflictes" entre el Bund i els Länder.....	206
b) Els drets i deures de caràcter federal: l'origen i la producció del conflicte.....	208
c) El sistema de distribució competencial com a causa principal dels conflictes entre el Bund i els Länder.....	211
c.1) Rascs fonamentals del sistema de distribució competencial.....	211
c.2) La distribució de competències operada per la GG.....	214
c.2.1- Competències legislatives.....	214
c.2.1.1- Competències legislatives del Bund segons art. 71 GG.....	215
c.2.1.2- Competències legislatives concurrents segons art. 72 GG.....	216
c.2.1.3- La legislació marc segons art. 75 GG.....	219
c.2.1.4- Potestats legislatives dels Länder.....	220
c.2.2- Competències executives.....	221
c.2.2.1- Competències executives exercides per l'Administració dels Länder.....	221
c.2.2.2- Competències executives exer-	

cides directament per l'Ad-	
ministració del Bund.....	223
c.2.3- El principi de la cooperació....	224
3- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG DERIVADES	
DELS ARTICLES 93.1.3 i 93.1.4 DE LA	
GRUNDGESETZ.....	228
a) Delimitació de l'àmbit d'aplicació	
dels articles 93.1.3 i 93.1.4 de	
la GG segons la doctrina i la ju-	
risprudència.....	229
a.1) Posició de la doctrina.....	229
a.2) Posició de la jurisprudència.....	235
b) Delimitació de les competències del	
BVerfG amb les d'altres Tribunals...	238
b.1) Jurisdicció constitucional i	
jurisdicció administrativa: la	
constitucionalitat del conflicte	
com a criteri que delimita l'àm-	
bit competencial de cada juris-	
dicció.....	239
b.2) Determinats aspectes processals...	240
b.3) Aspectes materials.....	241
c) Àmbit d'aplicació dels articles	
93.1.3 i 93.1.4 de la Grundgesetz...	244
4- EL PROCÉS DAVANT DEL BVerfG.....	248
a) El procediment previst pels casos	
de l'article 93.1.3 de la GG i el	
seu corresponent article 13.7 de	
la BVerfGG.....	248

a.1) Naturalesa del procés.....	249
a.2) Legitimació activa i passiva.....	250
a.3) Objecte i motiu del conflicte.....	252
a.4) Condicions del recurs.....	253
a.5) El plaç.....	254
a.6) Vinculació o separació de processos	254
a.7) Contingut de la sentència.....	255
b) El procediment previst per als ca- sos de l'article 93.1.4 de la GG i el seu corresponent article 13.8 de la BVerfGG.....	257
c) La concurrència dels processos sobre conflictes entre el Bund i els Länder i els processos sobre control abstracte de normes.....	259
<b>5- ELS CASOS ESPECIALS DE L'ARTICLE</b>	
93.1.3 DE LA GG I LA COACCIÓ ESTATAL...	264
a) Posició sistemàtica i relació entre ambdós exemples.....	264
b) Drets i deures del Bund i dels Län- der en l'execució de les lleis fe- derals i en l'exercici de la super- visió federal.....	265
b.1) En l'àmbit de la supervisió fe- deral.....	266
b.2) En l'àmbit de l'execució del dret federal.....	267
c) L'abast de les competències del BVerfG per resoldre els conflictes	



entre el Bund i els Lander produïts en l'exercici de la supervisió i en l'execució de les lleis federals.....	270
d) Especialitats del procediment.....	273
d.1) Quant al Plaç.....	273
d.2) Objecte del procés.....	273
d.3) Quant al contingut de la sentència.....	274
e) La "Bundeszwang" i els conflictes entre el Bund i els Länder.....	274
IV- ELS CONFLICTES ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER A LA PRÀCTICA.....	276
1- SIGNIFICAT PRÀCTIC DELS CONFLICTES ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER.....	277
2- SELECCIÓ DE SENTÈNCIES.....	282
a) Processos referents a l'article 93.1.3 GG.....	282
b) Processos referents a l'article 93.1.4, primer incís, de la GG.....	286
c) Processos referents a l'article 93.1.4, segon incís, de la GG.....	287
d) Processos referents a l'article 93.1.4, tercer incís, de la GG.....	288
e) Processos referents a l'article 93.1.1 de la GG.....	289
f) Processos referents a l'article 93.1.2 de la GG.....	290
g) Processos referents a l'article	

100.1 de la GG.....	295
NOTES.....	301

TERCERA PART

CRITERIS D'INTERPRETACIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL BVerfG EN LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES FEDERALS ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER

I- INTRODUCCIÓ.....	326
II- CRITERIS INTERPRETATIUS FORMALS.....	332
1- PUNT DE PARTIDA TEÒRIC.....	333
2- LA PRÀCTICA DEL BVerfG SOBRE DOS ELEMENTS INTERPRETATIUS CONCRETS EN L'ÀMBIT COMPETENCIAL: INTERPRETACIÓ SISTEMÀTICA I INTERPRETACIÓ HISTÒRICA.....	337
a) La interpretació sistemàtica en l'àmbit competencial.....	337
b) La interpretació històrica en l'àmbit competencial.....	341
III- CRITERIS INTERPRETATIUS MATERIALS.....	346
1- CONCEPTE I FUNCIÓ DELS CRITERIS INTERPRETATIUS MATERIALS.....	346
2- CRITERIS INTERPRETATIUS MATERIALS DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL BVerfG EN L'ÀMBIT COMPETENCIAL.....	349
a) La presumpció a favor de les competències dels Länder ("Vermutung	

der Länderkompetenz ").....	349
b) La necessitat de protecció de les competències dels Länder.....	355
c) Les competències legislatives del Bund com a límit exterior de les seves competències executives.....	358
d) "Staatspraxis".....	359
e) "Bundestreue"; "bundesfreundliches Verhalten".....	361
f) La doctrina de les competències tàcites: "kraft Sachzusammenhangs", "Annex" i "kraft Natur der Sache"...	368
f.1) "Implied powers": Competències per raó de la connexió material i per anexió.....	371
f.1.1- El concepte i les condicions d'aplicació de la connexió mate- rial i de l'anexió en la juris- prudència del BVerfG.....	371
f.1.2- El reconeixement de competèn- cies per raó de la connexió ma- terial tant a favor del Bund com a favor dels Länder.....	377
f.1.3- Aproximació a una classificació de les diferents funcions del criteri "kraft Sachzusammen- hang" en la jurisprudència del BVerfG.....	380
f.2) "Resulting powers": Competències	

per raó de la naturalesa	
de les coses.....	383
f.2.1- El concepte sobre el teorema	
"Naturalesa de les coses" en	
la jurisprudència del BVerfG..	383
f.2.2- Condicions de la jurisprudència del BVerfG per reconèixer una competència per naturalesa de les coses.....	387
IV- EL MÈTODE INTERPRETATIU DEL BVerfG EN LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES FEDERALS A LA PRÀCTICA: L'EXEMPLE DE LA QUALIFICACIÓ COMPETENCIAL DE LES MATÈRIES.....	390
1- INTRODUCCIÓ.....	391
2- ELS PROBLEMES QUE "A PRIORI" ES SUSCITEN EN EL TEMA DE LA QUALIFICACIÓ COMPETENCIAL DE LES MATÈRIES.....	392
3- LA JURISPRUDÈNCIA DEL BVerfG DAVANT DEL PROBLEMA DE LA QUALIFICACIÓ COMPETENCIAL DE LES MATÈRIES.....	394
a) Breu recorregut per les sentències més rellevants.....	394
b) Aproximació al sistema qualificatiu del BVerfG i valoració de la praxi jurisprudencial.....	401
NOTES.....	405
CONCLUSIONS.....	427
BIBLIOGRAFIA.....	439

## Abreviatures

Abs	Absatz (paràgraf)
AÖR	Arxiv des öffentlichen Rechts
art	article
BayVbl	Bayerische Verwaltungsblätter
BDR	Bundesrepublik Deutschland (RFA)
BGBI	Bundesgesetzblatt (BOE)
BGG	Bonner Grundgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts (sentències del Tribunal)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Llei del Tribunal)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administratiu Federal)
com	comentari
Diss	Dissertation (disertació)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
FS	Festschrift (homenatge)
GG	Grundgesetz (Llei Fonamental)
GO-BVerfG	Geschäftsordnung des Bundesverfassungs- gerichts (Reglament del Tribunal C.F)
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Regla- ment del Tribunal Administratiu Federal)
ZfP	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zs	Zeitschrift (revista)
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## Introducció

La Tesi doctoral que a continuació es presenta és el resultat d'una investigació desenvolupada al "Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht" de Hiedelberg, entre els anys 1986-1988, gràcies a una beca concedida per l'Institut d'Estudis Autònoms.

Objecte d'estudi són els criteris de la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal alemany en la resolució dels conflictes federals entre el Bund i els Länder. Amb tal fi, el treball s'ha estructurat en tres parts.

La primera part està dedicada al Tribunal Constitucional Federal alemany com a òrgan del qual emanen els criteris de resolució dels conflictes federals; per això, el sentit d'aquestes pàgines no és el de fer un extens estudi sobre aquesta jurisdicció sinó el d'aproximar-se a una comprensió d'on i de com es formen tals criteris. Des d'aquesta perspectiva, l'accent es posa en totes aquelles qüestions que fan referència a aquest procés, que d'altra banda, i per imperatiu constitucional, s'ha de conformar jurídicament. Per això, la discussió sobre el suposat caràcter polític del Tribunal Constitucional Federal enceta el tema com a qüestió

prèvia de legitimació de la institució i l'intenta estructurar fins al final. A partir d'aquí, s'exposa el doble caràcter del Tribunal Constitucional Federal com a òrgan constitucional i com a òrgan judicial; s'analitza el procés jurídic establert per a la presa de les seves decisions; i es descriuen les seves competències, destacant la seva incidència pràctica. El tema de la interpretació constitucional tanca aquesta primera part. Aquí es fa referència a les aportacions més rellevants de la doctrina alemanya per confrontar-les amb el propi mètode de la jurisdicció constitucional. La crítica de la doctrina al mètode interpretatiu del Tribunal, que aquí es tractat de forma general, reprèn la qüestió prèvia que obria el tema per assenyalar les seves deficiències i el perill que d'aquestes se'n deriva, si es té en compte que el caràcter polític o no polític de la jurisdicció constitucional es deriva, en definitiva, del problema de la interpretació constitucional.

La segona part de la Tesi fa referència a la competència del Tribunal Constitucional Federal per resoldre els conflictes federals entre el Bund i els Länder. Un breu recorregut pels antecedents històrics dóna pas a l'anàlisi de les causes més rellevants que poden originar un conflicte federal; entre elles destaca el sistema de distribució competencial i el seu exercici. Però en no ésser aquesta l'única causa que pot donar lloc a un conflicte entre



el Bund i els Länder, el constituent dota al Tribunal, a través de dues clàusules, d'amplies competències per a la seva resolució. La limitació d'aquestes competències amb les d'altres jurisdiccions, i especialment amb la jurisdicció administrativa, és aquí abordada, com també ho són els aspectes processuals de la resolució dels conflictes federals. Una visió de la incidència pràctica de les competències del Tribunal Constitucional Federal per judicar els conflictes entre el Bund i els Länder conclou aquesta segona part.

I a la tercera, a partir de les idees desenvolupades al llarg de les dues anteriors, s'exposen els criteris que guien les decisions de la jurisprudència constitucional en la resolució dels conflictes entre el Bund i els Länder. L'anàlisi d'aquests criteris, la seva classificació i les seves diferents funcions dins del mètode interpretatiu del Tribunal Constitucional Federal, juntament amb l'exemple que ofereix la seva aplicació en el camp de la qualificació competencial de les matèries, constituïran el contingut de la tercera i darrera part.

La Tesi Doctoral que es presenta, per tant, investiga el tema dels criteris jurisprudencials en la resolució dels conflictes federals fent referència exclusiva als criteris del Tribunal Constitucional Federal alemany. Avui, és ja considerable el número de treballs que, en aquest sentit, i en

medis acadèmics jurídics espanyols, s'han presentat. La proximitat que el sistema alemany, des d'un punt de vista jurídic, té amb el nostre i el llarg rotatge de les seves institucions, ofereixen al jurista un especial i suficient centre d'interès d'investigació.

Lògicament, en la present Tesi Doctoral, no es parteix d'una perspectiva, per dir-ho d'alguna manera, neutra. En tot moment de la investigació ha estat present el condicionant de la realitat espanyola, de manera que l'accent s'ha fet recaure en totes aquelles qüestions que resulten problemàtiques en el sistema espanyol. No obstant, això no pot conduir a extrapolar les conclusions que d'aquest estudi es poden obtenir. La solució jurídica alemanya al sistema de resolució dels conflictes federals entre el Bund i els Länder ha estat ideada per a la realitat política de la República Federal i respon a una evolució històrica concreta, ben diferent de la del Estat espanyol. Per tant, lluny de la meva intenció queda intentar oferir aquesta, també, com la nostra solució.

Finalment em complau ara expressar el meu agraïment a l'Institut d'Estudis Autònoms que ha fet possible aquesta grata estància de dos anys al "Max-Planck-Institut" de Heidelberg, i al Professor Dr. Eliseo AJA que, com a tutor de la meva beca, ha seguit i orientat els passos d'aquesta in-

vestigació.

Als Professors Dr. Francesc de CARRERES i Dr. Manolo GERPE els dono les gràcies per alentar des dels seus inicis aquest projecte i seguir d'aprop la seva evolució.

Innestimable ha estat treballar durant aquests dos anys en la biblioteca del "Max-Planck-Institut". En aquesta institució he trobat el suport i assessorament de moltes persones; entre elles vull destacar al Dr. Werner MENG a qui regracio les llargues i profitoses discussions que sobre aquest tema hem mantingut. I de forma molt especial vull expressar la meva gratitud al Professor Dr. Torsten STEIN per la pacient tasca d'haver llegit un a un tots els meus papers redactats en català i haver-me aconsellat durant tot el curs d'aquest treball.

Així mateix, agraeixo al Professor Dr. Isidre MOLAS, Director de la Tesi, el seu estímul i orientació que han resultat decisius en la seva realització.

PRIMERA PART



EL TRIBUNAL CONSTITUCIO-  
NAL FEDERAL ALEMANY

# INDEX

## I- INTRODUCCIÓ

## II- POSICIÓ DEL BVerfG EN EL SISTEMA POLÍTIIC ALEMANY: ÒRGAN CONSTITUCIONAL I TRIBUNAL

### 1- INTRODUCCIÓ

### 2- EL BVerfG COM A ÒRGAN CONSTITUCIONAL

### 3- EL BVerfG COM A TRIBUNAL

#### a) El jutge constitucional i la seva elecció

##### a.1) El jutge constitucional

##### a.2) L'elecció dels jutges constitucionals

##### a.2.1) Principis generals i legitimació de l'elecció dels jutges constitu- cionals.

##### a.2.2) El procediment d'elecció dels jutges constitucionals

##### a.2.2.1- El Bundestag: sistema d'e- lecció indirecta (art. 6)

##### a.2.2.2- El Bundesrat: sistema d'e- lecció directa (art. 7)

##### a.2.2.3- Elecció de la presidència i de la vicepresidència

##### a.2.2.4- Nova elecció i normes espe- cials pels casos de vacants

a.2.3) Crítica de la normativa vigent i  
propostes de reforma

b) Organització, presa de les decisions i normes  
generals de procediment

b.1) Normativa bàsica

b.2) Els Senats

b.3) El Ple

b.4) Decisions preses en comissió i vots par-  
ticulars

b.5) Procediment. Normes generals

### III- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG

1- CAP CLÀUSULA GENERAL D'ATRIBUCIO

2- LES COMPETÈNCIES MÉS IMPORTANTS DEL BVerfG A  
LA PRÀCTICA

3- ELS DIFERENTS PROCESSOS DAVANT DEL BVerfG

A- CONFLICTES ENTRE ÒRGANS

a) Precedents, naturalesa jurídica i contingut  
dels conflictes entre òrgans

b) El procés

b.1) Legitimació

b.2) Objecte del procés

b.3) Plaç i condicions del recurs

b.4) Decisió del BVerfG

c) Els conflictes entre òrgans a la pràctica

B- ELS CONFLICTES FEDERALS ("Die Föderativen Streitigkeiten")

- a) "Diferències d'opinió entre el Bund i els Länder (arts. 93.1.3 GG; 13.7 BVerfGG)
  - a.1) Contingut de les "diferències d'opinió"
  - a.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència
- b) "Altres conflictes de dret públic entre el Bund i els Länder (arts. 93.1.4, primer incís GG; 13.8, primer incís, BVerfGG)
  - b.1) Contingut dels altres "conflictes de dret públic"
  - b.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència
- c) Conflictes de dret públic entre variis Länder (arts. 93.1.4, segon incís GG; 13.8, segon incís, BVerfGG)
  - c.1) Contingut dels conflictes de dret públic entre variis Länder
  - c.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència
- d) Conflictes al si d'un Land (arts. 93.1.4, tercer incís, GG; 13.8, tercer incís, BVerfGG)
  - d.1) Contingut dels conflictes al si d'un Land
  - d.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència

C- CONTROL NORMATIU ("Normenkontrolle")

- a) El control normatiu en sentit ampli



- b) El control normatiu en sentit estricte
  - b.1) El control abstracte
    - b.1.1- Natura i objecte del control abstracte de normes
    - b.1.2- El procés: legitimació, condicions del recurs i contingut de la sentència
  - b.2) El control concret
    - b.2.1- Concepte i objecte del control concret de normes
    - b.2.2- El procés: legitimació, condicions del recurs i contingut de la sentència
- c) El control normatiu a la pràctica

D- RECURSOS CONSTITUCIONALS ("Verfassungsbeschwerde")

- a) Concepte de "recurs constitucional"
- b) Pressupòsits del recurs constitucional
  - b.1) Legitimació
  - b.2) Objecte contra el qual es dirigeix l'acció
    - b.2.1- Actes imputables als òrgans aplicadors de la llei
    - b.2.2- Actes imputables al legislador
- c) Decisió del BVerfG
- d) Els recursos de constitucionalitat a la pràctica

E- PROCESSOS DE DEFENSA CONSTITUCIONAL

- a) Pèrdua de drets fonamentals ("Verwirkung von Grundrechten")

- b) Inconstitucionalitat dels partits polítics  
("Verfassungswidrigkeit von Parteien")
- c) Acusacions contra el Bundespräsident ("Präsident<sup>en</sup>anklage")
- d) Acusacions contra jutges ("Richteranklage")
- e) Examen de les eleccions i adquisició o pèrdua de la condició de diputat ("Wahlgerichtsbarkeit")

#### IV- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL

##### 1- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL COM A ELEMENT DEFINIDOR DEL CARÀCTER JUDICIAL O POLÍTIC DE LES DECISIONS DEL BVerfG

##### 2- ELS MÈTODES D'INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL

- a) La teoria clàssica
- b) El mètode de la tònica
- c) Les doctrines orientades vers les ciències de la realitat
- d) Les doctrines hermenèutiques concretitzadores

##### 3- RASCS FONAMENTALS DEL MÈTODE INTERPRETATIU DEL BVerfG I CRÍTICA DOCTRINAL AL MÈTODE

- a) Rascs fonamentals del mètode interpretatiu del BVerfG
- b) Crítica doctrinal al mètode del BVerfG
  - b.1) Crítica als elements interpretatius del BVerfG

b.2) Crítica a les premises teòriques del BVerfG

b.3) La insuficiència del mètode del BVerfG

Notes

\*\*\*\*\*

## I- INTRODUCCIÓ

## I- INTRODUCCIÓ

Un dels fets més rellevants que ha experimentat la jurisdicció constitucional després de la Segona Guerra Mundial ha estat la seva expansió a l'Europa occidental en forma de Tribunals especialitzats. Àustria, que havia creat com a primer país europeu el 1920 un Tribunal Constitucional, reprèn aquesta tradició després del 1945. La República Federal Alemanya ho fa el 1951. El 1956 inicia la seva judicatura el Tribunal Constitucional italià. El Tribunal Constitucional espanyol és instituit el 1978, i el 1982 ho és el portuguès.

En aquests Estats, i bé majoritàriament ja es troben antecedents en la història de llur Dret Constitucional, existeix un denominador comú que ha impulsat la idea de la creació d'una jurisdicció constitucional especial. És palès, que la funció de control del Parlament sobre el Govern s'ha anat debilitant, i s'ha anat fent alhora necessari de compensar aquesta funció de control del legislatiu sobre l'executiu a través de la justícia constitucional (1).

Però, és més; també es troba en tots ells una articulació territorial del poder, ja prengui aquesta una forma d'Estat federal, ja es tracti d'un Estat regional o autonòmic, com l'italià o l'espanyol. Això ha forçat a aquests Estats a crear una instàn-

cia de resolució dels conflictes que puguin sorgir entre els dos centres de poder.

Aquest fou el motiu que vertebrà la creació d'una jurisdicció constitucional a Alemanya, que ha estat al llarg de la seva història, i a excepció del període nacionalsocialista, una unitat política d'estructura federal. El sistema de relacions entre l'Estat i els Estats federats fou concebut, des de la monarquia, com un pacte o contracte on cada part gaudia de determinats drets i obligacions, i on es feia necessari arbitrar una instància neutral per dirimir els conflictes que plantejava l'estructura federal.

Novedosa va ser la Constitució de 28 de març de 1849 sancionada per l'Assemblea nacional, on es preveia una jurisdicció constitucional amb àmplies atribucions. En ella es determinava que el Tribunal imperial decidiria sobre les controvèrsies constitucionals entre l'Estat i els Estats federats i entre els òrgans suprems de l'Imperi. Fins i tot, establia una acció d'empara constitucional atorgada als ciutadans per violació dels drets protegits a la Constitució. Aquest text legal, no obstant, no va entrar mai en vigor.

La Constitució de Weimar d'11 d'agost de 1919 instituí el primer Tribunal Constitucional, disposant l'article 108 WRV que mitjançant una llei es crearia un "Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich". El "Staatsgerichtshof" començà a exercir la seva judicatura l'any 1921 (2) i la principal competència que

se li atribuï fou la de resoldre conflictes federals. En aquest sentit, l'article 19 WRV disposava que el Tribunal era competent per resoldre "les controvèrsies constitucionals sorgides dintre d'un Land en el qual no existís cap Tribunal competent, així com els conflictes entre diferents Länder que no tinguessin caràcter jurídic-privat, o entre el Reich i un Land". Paral·lelament a la resolució d'aquests litigis, que han estat considerats per la doctrina com el prototipus dels litigis constitucionals (3), el "Staatsgerichtshof" coneixia també sobre les reclamacions per diferències d'opinió en l'exercici del dret de supervisió del Reich (art. 15.3 WRV) i sobre demandes contra el Reichpräsident, el Reichkanzler i els Reichminister en casos de culpable violació de la Constitució o d'una llei federal (art. 59 WRV). No obstant, al Tribunal, no li era atribuïda cap competència per examinar la constitucionalitat de les lleis, per resoldre conflictes entre òrgans constitucionals, ni per conèixer els recursos constitucionals de persones físiques o jurídiques en el cas de violació de llurs drets constitucionals. La parquetat de competències del Tribunal va influir en gran mesura en què mai no arribés a ser un element decisiu en el sistema polític d'aquella República.

El paper de la justícia constitucional canvià a Alemanya radicalment després de la Segona Guerra Mundial. La Llei Fonamental de 1949 ha tornat a reco-

llir la idea d'un suprem Tribunal Constitucional com aquella que ja es vislumbrava en l'efímera Constitució de "l'Església de Sant Pau" de 1849. Les crítiques als resultats del sistema constitucional creat per la Constitució de Weimar van fer que, des d'un primer moment, els constituents pensessin en crear un Tribunal Constitucional amb facultats molt més àmplies que les del l'antic "Staatsgerichtshof".

En els debats de la comissió constitucional de la "Herrenchiemsee" s'acordà que el nou Tribunal havia d'erigir-se en el guardià de la Constitució, en el "Hüter der Verfassung" (4). El resultat fou la creació de l'actual "Bundesverfassungsgericht" (en endavant BVerfG) (arts. 92 i seg. de la GG), regulat per la llei de 12 de març de 1951, publicada el 16 d'abril de 1951 i pel reglament de 2 de setembre de 1975 (5). Avui, la jurisdicció constitucional alemanya gaudeix amb escreix d'un número de competències tals com mai no havia tingut cap Tribunal Constitucional.

Encetar, doncs, aquest estudi amb una secció dedicada a l'estatus i a les funcions de la jurisdicció constitucional és, al nostre entendre, el punt de partida més adient per arribar al tema que tenim entre mans.

Aquí, no tendria cap sentit exposar tot-allò-que-cal-dir per deixar completament tractada la qüestió del Tribunal Constitucional Federal. Com tampoc no tindria cap sentit no vessar ni un sol mot sobre



aquest òrgan constitucional.

Si el que ens interessa és arribar a precisar quins criteris jurisprudencials són els que s'han vingut utilitzant a la República Federal en la resolució dels conflictes federals, la primera pregunta que se'ns planteja, és la d'on emanen tals criteris, o el que és el mateix, qui és o què és aquest òrgan al qual s'ha investit de determinades facultats per a resoldre tals conflictes entre el Bund i els Lander. I en tant que això, d'aquest òrgan només ens interessarà allò que ens posi sobre la pista o que ens aportï dades sobre el marc general de com i d'on es formen els criteris o mètodes de resolució dels conflictes federals.

Per aquest motiu ens centrarem en el tema del Tribunal Constitucional com a òrgan constitucional i com a òrgan jurisdiccional; s'analitzaran les seves funcions i competències i d'elles es deduirà que el BVerfG no actua com un Tribunal ordinari sinó com un Tribunal amb un pes extraordinari en l'esfera política; consegüentment, caldrà també endinsar-se en el tema de la seva composició i en el sistema d'elecció dels seus jutges. I lògicament, caldrà també preguntar-se, encara que aquí quedarà com a tema a resoldre a la darrera part, pel mètode interpretatiu del Tribunal fent una breu menció a les teories actualment predominants a Alemanya, i comparant-les amb la de la jurisdicció constitucional.

Som conscients que cada epígraf i capítol que segueixen podrien constituir per si sols el

tema d'un nou treball (i quin treball!; és extraordinària la tinta que s'ha gastat sobre aquests temes). Però som conscients, també, dels límits del nostre.

II- POSICIÓ DEL BVerfG EN EL SISTEMA POLÍTIC

ALEMANY: ÒRGAN CONSTITUCIONAL I TRIBUNAL

II- POSICIÓ DEL BVerfG EN EL SISTEMA POLÍTIC ALEMANY:  
ÒRGAN CONSTITUCIONAL I TRIBUNAL

1- INTRODUCCIÓ (6)

"El poder judicial -assenyala l'article 92 de la Llei Fonamental- estarà confiat als jutges, essent exercit pel Tribunal Constitucional Federal, així com pels Tribunals Federals previstos a la present Llei Fonamental i pels Tribunals dels Länder". I l'article 1 de la BVerfGG estableix que "El Tribunal Constitucional Federal és un Tribunal de justícia de la Federació, independent i autònom de la resta d'òrgans constitucionals".

Amb aquestes paraules -adverteix MAUNZ (7)- la llei atribueix al BVerfG una doble configuració: no és només un òrgan jurisdiccional, tal i com indica l'article 92 de la GG en enumerar-lo en primer lloc en relació amb la resta de Tribunals, sinó és també un òrgan constitucional.

Certament. Característic dels òrgans constitucionals és el seu establiment immediat per la Constitució, la qual determina llur composició (art. 94 GG), el sistema de designació de llurs membres (art. 94 GG) i llur sistema de competències (art. 93 GG). És a dir, que reben "ipso iure" de la Constitució tots els atributs fonamentals de la seva condició i posició d'òrgans constitucionals (8).

Des d'aquesta perspectiva, el BVerfG es configura com un òrgan constitucional, al costat del Bundestag, del Bundesrat, del Bundespräsident o del Bundesregierung, i en tant que tal, esdevé expressió orgànica no només de la divisió de les tasques en distintes unitats del sistema estatal, sinó també, i abans que tot, de la idea de l'Estat projectada per la Constitució (9).

## 2- EL BVerfG COM A ÒRGAN CONSTITUCIONAL

El reconeixement del BVerfG com a òrgan constitucional (art. 1 BVerfGG) implica en el sistema alemany dues característiques bàsiques: la autonomia i la independència del BVerfG; dues característiques que es resumeixen en les notes següents:

1- Autoreglamentació: El BVerfG com a òrgan constitucional, i a diferència dels altres Tribunals federals, té la potestat de dictar el seu propi reglament, tal com ho han fet el Bundestag o el Bundesrat. De fet el Tribunal ha trigat força temps en elaborar-lo; el "Geschäftsordnung des BVerfG" no fou publicat fins el 1975.

2- Independència: El BVerfG ni està subordinat a cap òrgan estatal, ni organitzativament depèn de cap altre. Així, d'una banda, els funcionaris del Tribunal són nomenats pel seu President, el qual és la seva autoritat superior. De l'altra, correspon al

Ple i al President l'organització interna del Tribunal. Finalment, el pressupost és elaborat per ell mateix, de manera que no ha aparegut ja més, com encara fins el 1953, com un capítol del "Einzelplan" del Ministeri de Justícia. És un pressupost autònom en la seva totalitat.

3- Estatus dels seus jutges: tot i que els jutges del BVerfG no són en sí mateixos òrgans constitucionals gaudeixen d'un estatut diferent de la resta dels jutges federals.

No obstant, aquesta doble qualitat de Tribunal i d'òrgan constitucional, i en concret, la compatibilitat entre ambdues notes, ha estat llargament qüestionada per la doctrina alemanya (10). El punt comú d'aquest debat es troba en la sospita que la jurisdicció constitucional més que un òrgan jurídic és un òrgan polític; un òrgan que a través de les seves decisions fa quelcom més que aplicar el Dret: adopta decisions polítiques.

És a dir, el poder executiu i el legislatiu serien òrgans polítics perquè no apliquen dret, car les normes constitucionals per les quals es regeixen limiten llurs decisions però no les predeterminen. En canvi, els òrgans jurisdiccional no fan política sinó dret, perquè llurs actes estan prèviament programats en normes. Doncs bé, si es parteix d'aquest plantejament clàssic la jurisdicció constitucional

apareix com un òrgan polític puix que si bé la seva funció és la d'aplicar normes, la predeterminació de les normes constitucionals és, certament, mínima. L'escassa densitat de la normació comporta, consegüentment, que en el cas del Tribunal Constitucional es desdibuixi la diferència entre política i dret, i apareixi com un òrgan que adopta decisions polítiques sota el disfràs de l'aplicació de normes (11).

La qüestió que es suscita amb aquesta observació no careix d'importància per a la tesi del nostre treball. Si el BVerfG és un òrgan polític, com s'explica que la Llei Fonamental, ordenament constitucional basat en la sobirania popular, doti de poder polític al Tribunal però no prevegi, al mateix temps, una legitimació popular i directa dels seus membres?. D'on extrau el BVerfG llurs criteris de decisió en intervenir quan es comprova una insuficiència del Text constitucional?. Quina acceptació poden tenir aquests criteris d'interpretació si podrien ser presos a través d'una decisió política carent de legitimació democràtica?.

En definitiva, aquest es converteix en un problema de legitimació, tant de la pròpia existència del Tribunal, com dels seus criteris interpretatius i de les seves decisions. D'això se'n deriva que es fa imprescindible demostrar el caràcter jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal, perquè només aquesta nota és la que constitueix la font principal de tots aquells òrgans de l'Estat que han de decidir sobre litigis concrets (12).

### 3- EL BVerfG COM A TRIBUNAL

Per prescripció constitucional el BVerfG és un Tribunal; l'article 92 de la GG l'institueix com a òrgan que forma part de la jurisdicció, al costat dels altres Tribunals federals i dels Tribunals dels Länder. Com a Tribunal, doncs, ens interessa destacar, d'una part, la seva composició; de l'altra la seva organització i funcionament, però només en aquells punts que siguin rellevants en l'esfera de la presa de les seves decisions.

#### a) El jutge constitucional i la seva elecció

##### a.1) El jutge constitucional

Per bé que la Llei Fonamental denomina jutges als membres del BverfG llur estatus jurídic és diferent al de la resta de jutges federals, justament perquè aquells formen part, també, d'un òrgan constitucional (13).

La forma en què són designats, les incompatibilitats, la durada del càrrec, la pertinença a un òrgan constitucional no en virtut d'una relació de servei ("Dientsverhältnis"), sinó en virtut de l'exercici d'un càrrec ("Amtsverhältnis") són característiques que els aparten de la definició legal de jutge federal.

Inicialment es prevèien diferents estatus en-



tre els jutges constitucionals. La Llei Fonamental, amb l'objectiu d'assegurar la presència d'elements tècnics en la composició del BVerfG, estableix a l'article 94.1 que "El Tribunal Constitucional Federal estarà compost de jutges federals i d'altres membres". El desenvolupament d'aquest precepte per la Llei de 12 de març de 1951 sobre el BVerfG determinarà l'existència de dos tipus de jutges: els uns, membres de les jurisdiccions supremes de la Federació, eren elegits per la durada de les seves funcions en aquests Tribunals, això és, per la resta de la vida professional. Els altres jutges eren elegits per vuit anys, eren renovables i no estaven limitats per l'edat.

Un dels objectius principals de la nova redacció de 1970 de la Llei sobre el BVerfG fou justament el de la unificació de l'estatus de tots els jutges constitucionals. Així, la regla segons la qual el BVerfG "estarà compost de jutges federals i d'altres membres" ha evolucionat en el sentit d'igualar els requisits, les incompatibilitats i la durada del càrrec de tots els membres del Tribunal Constitucional Federal.

Els apartats 1 i 2 de l'article 3 de la BVerfGG estableixen un sistema de llista tancada (14) de les condicions de nomenament del jutge constitucional, fet que impossibilita als òrgans electors establir-ne de noves per a l'elecció. Els jutges, segons la llei, ha d'haver complert els quaranta anys d'edat,

poder ser elegibles per al Bundestag, declarar per escrit que estan disposats a ser membres del BVerfG (15) i estar habilitats per poder exercir com a jutges. D'altra part, i així com la llei de 1951 establiria també com a condició d'elegibilitat que els jutges es distingissin pels seus coneixements especials en Dret Públic i per una experiència en la vida pública (art. 3), la nova redacció supleix aquest requisit per la simple habilitació per poder exercir com a jutge (16). I els jutges que siguin elegits d'entre els jutges dels Tribunals suprems de la Federació requereixen, a més, haver actuat en aquests Tribunals per un període mínim de 3 anys (art. 2.3 BVerfGG).

Una de les qüestions sobre les quals els constituents arribaren ràpidament a un acord fou la referent a la de les incompatibilitats dels jutges constitucionals (17). D'aquesta manera, es determina a l'article 94.1 de la GG que els jutges no podran pertànyer al Bundestag, al Bundesrat, al Govern federal, ni a cap òrgan equivalent dels Estats federats. Lògica és, però, aquesta incompatibilitat de càrrecs si es té en compte que el pertànyer alhora al poder legislatiu o executiu posaria en perill la independència de què gaudeix o la imparcialitat que se li exigeix al jutge constitucional. Per això, en ésser designats, han de cessar de llurs càrrecs en aquests òrgans.

La seva activitat com a jutges és, a més, in-

compatible amb qualsevol altre activitat professional, llevat de la docència del Dret en una Escola Superior alemanya ("Hochschule") sempre que no menys-tingui l'activitat judicial; el càrrec al BVerfG té, per tant, prioritat sobre llur activitat com a professor.

Hem fet menció anteriorment que l'original regulació de 1951 sobre el BVerfG <sup>per</sup>veia, per cada tipus de jutge constitucional, una durada del càrrec diferent. L'article 4 de la BVerfGG, en la seva primera redacció, establí que els jutges provinents dels Tribunals Supremes de la Federació (18) eren elegits per la durada de les seves funcions en aquests Tribunals, determinada pel límit d'edat reglamentària. Els altres jutges eren elegits per un període de vuit anys amb la possibilitat d'una nova reelecció.

Després de la reforma legislativa de 21 de desembre de 1970 tots els jutges constitucionals, "jutges federals i altres membres", són elegits per desenvolupar les seves funcions per un període de dotze anys, o bé, com a màxim, fins arribar al límit d'edat fixat en 68 anys, quedant exclosa la possibilitat d'una reelecció mediata o immediata, a tenor del que disposa la nova redacció de l'article 4 de la BVerfGG (19).

Dos nous elements cal tenir, doncs, en compte a partir d'aquesta reforma. D'una part, la introducció d'un temps unitari de dotze anys de l'exer-

cici de les funcions, que comporta ensems una unificació de l'estatus de tots els jutges. D'altra part, la introducció de la regla de la no reelegibilitat mediata o immediata del jutge constitucional.

Alguns autors han esgrimit arguments favorables a una nominació de per vida dels jutges del BVerfG (20). Tals arguments, però, són poc convincents si es tenen en compte els efectes que poden comportar: la possibilitat que ja no només a través de les Sentències sinó també a través dels vots particulars els jutges poden fer públiques les seves opinions jurídiques, d'una banda, i l'expectativa d'una nova reelecció, de l'altra, els podrien influir parcialment alhora de prendre una determinada posició jurídica en qualitat de jutges constitucionals (21).

## a.2) L'elecció dels jutges constitucionals (23)

### a.2.1- Principis generals i legitimació de l'elecció dels jutges constitucionals.

El tema de l'elecció dels jutges constitucionals a la República Federal ha tingut, des de la creació i posta en funcionament del BVerfG, especial resonància política i doctrinal. Certament, la designació dels jutges del Tribunal Constitucional Federal no es planteja només com una qüestió de caràcter

procedimental, sino com un problema polític en tant que els elegits passaran a formar part d'un òrgan constitucional, i com a tal, capaç d'intervenir en el que A. SATTLER ha descrit com a formació de la voluntat estatal (24).

Per aquest motiu, la Llei Fonamental estableix un procediment de designació dels jutges constitucionals diferent del que regeix per la resta de jutges federals (25). En ella es determina que els jutges del BVerfG seran elegits, per meitats, pel Bundestag i pel Bundesrat (art. 94 ap. 1 GG). I així, és com s'intenta una equilibrada participació dels òrgans legislatius estatals, d'una part, i una legitimitació democràtica del Tribunal, de l'altra.

El sistema, però, no ha restat exent de crítica doctrinal. S'ha aduit al respecte que la intervenció d'òrgans polítics en l'elecció conculca el principi constitucional de la independència judicial (art. 97 ap. 1 GG), donada la influència que els partits polítics poden exercir en la seva activitat, d'una banda, i que debilita notablement la conveniència d'una alta qualificació professional dels jutges, en tant que en la decisió prevalen els criteris polítics sobre els tècnics, de l'altra (26).

Però si bé és cert que la intervenció del Bundestag i del Bundesrat en la designació dels jutges constitucionals pot comportar un influx d'ideologies polítiques en detriment de paràmetres tècnics, també és cert que en un sistema democràtic es

inevitable, altrament perquè aquesta és la base del sistema (27), la influència dels partits polítics en la presa de decisions estatals.

Des d'aquesta perspectiva, afirmava Hans Kelsen l'any 1928 que a la vista d'aquestes premisses fóra millor, en lloc d'una influència inoficial i incontrolada, establir una institucionalitzada i controlada participació, condició bàsica per garantir la democràtica legitimació de la jurisdicció constitucional (28).

És per això, que el procediment d'elecció dels jutges a través de les cambres legislatives és la via per la qual es legitima democràticament l'activitat judicial del BVerfG; perquè com assenyala l'article 20.2 de la GG, "Tot poder estatal emana del poble, qui l'exerceix en les eleccions i votacions i a través d'òrgans especials de legislació, d'execució i de jurisdicció".

Encara, però, i més enllà de la legitimació democràtica, cerca la Llei Fonamental una legitimació de tipus federal dels jutges constitucionals. En tant que el BVerfG té atribuïdes competències en matèria de conflictes entre l'Estat i els Estats federats, la participació paritària del Bundesrat, com a òrgan compost pels membres dels Governos dels Länder, representaria l'intent de trobar un equilibri de poders, i per tant, una igualtat entre el principi democràtic i els principi federal.

Tampoc, però, el principi de la legitimació

federal ha estat salvat de la crítica doctrinal. I d'ella sorgeixen propostes per reformar la normativa actual. Veiem en primer lloc en què consisteix aquesta normativa.

#### a.2.2- Procediment d'elecció dels jutges constitucionals.

L'imperatiu constitucional que els jutges del BVerfG seran elegits per meitats entre el Bundestag i el Bundesrat troba el seu desenvolupament a la Llei del Tribunal Constitucional Federal. En ella s'estableix que tres jutges de cada Senat (art. 3.2 BVerfGG) hauran de provenir dels Tribunals Supremes Federals. Aquests jutges seran elegits per als Senats, un per un dels òrgans electors i dos per l'altre; la resta de jutges, tres seran elegits pel primer òrgan i dos per l'altra òrgan elector (art. 5.1 BVerfGG).

Els jutges elegits pel Bundestag ho són per sufragi indirecte, mentre que el Bundesrat procedeix a una votació directa.

##### a.2.2.1- El Bundestag: sistema d'elecció indirecta (art. 6)

Tot i que l'article 94 de la GG no preveu ni exigeix cap sistema d'elecció indirecta per part del Bundestag, la Llei del Tribunal Constitucional Federal desenvolupa aquest tipus de designació en tant

que no és directament el Ple del Bundestag, sinó una Comissió formada per membres d'aquest ("Walhmännerausschuß"), qui procedeix a la votació.

El Bundestag elegeix dotze diputats com a "Grans electors" segons les regles de la representació proporcional. Cada grup parlamentari té dret a fer una proposta, podent existir llistes comunes a variis grups. De la suma dels vots obtinguts per cada proposta es calcularà, d'acord amb la regla d'Hondt, el número de membres elegits per cada una d'elles. D'aquesta manera, seran elegits els membres per l'ordre que el seu nom aparegui a la proposta.

La Comissió d'electors és designada per tota la legislatura; i si un dels electors es retira o esdevé impedit serà reemplaçat pel candidat següent de la mateixa llista (30).

#### a.2.2.2- El Bundesrat: sistema d'elecció directa (art. 7).

Els jutges designats pel Bundesrat ho són a través d'un procediment directe. La majoria exigida en aquest òrgan per poder designar un jutge és la de 2/3 de vots.

Actualment, cada Land disposa dels següents vots: Bayern (5), Baden-Württemberg (5), Niedersachsen (5), Nordrhein-Westalen (5), Berlin (4), Rheinland-Pfalz (4), Schleswig-Holstein (4), Hessen (4), Bremen (3), Hamburg (3) i Saarland (3).



a.2.2.3- Elecció de la Presidència i de la Vicepresidència (art. 9)

El President i el Vicepresident del BVerfG són elegits alternativament pel Bundestag i pel Bundesrat, assenyalant al mateix temps la llei, que el Vicepresident ha d'ésser elegit entre els membres del Senat al qual no pertanyi el President del Tribunal (31). El procediment d'elecció és el mateix que el que es segueix per a la resta de jutges, essent vàlides, per tant, les regles ja vistes dels articles 6 i 7 de la BVerfGG.

a.2.2.4- Nova elecció i normes especials per als casos de vacants.

L'article 5.2 de la BVerfG preveu pels casos de nova elecció la impossibilitat d'una designació dels nous jutges abans dels tres mesos anteriors a l'expiració de les funcions dels seus predecessors; estableix, a més, que en cas que el Bundestag estés dissold en aquest període, la no procedència de l'elecció fins dintre del mes següent a la primera reunió del Bundestag.

Cap també la possibilitat del retiro o remoció d'un jutge constitucional abans d'expirar el període d'exercici del càrrec. En aquests casos llur successor haurà d'ésser elegit en el plaç d'un mes pel mateix òrgan federal que va elegir el jutge retirat (art. 7a BVerfGG). Ara bé, si en el plaç de dos me-

sos després d'haver expirat el període de funcions o després del retiro anticipat d'un jutge no s'ha dut a terme la nova elecció, si l'òrgan que l'ha de realitzar és el Bundestag, l'elector de major edat de la Comissió sol·licitarà al BVerfG que formuli la seva proposta d'elecció. En cas contrari, això és, quan sigui el Bundesrat l'òrgan elector, la sol·licitud serà duta a terme pel President del Bundesrat o pel seu representant.

Atesa la sol·licitud, el plenari del BVerfG, per majoria simple i amb una presència de 2/3 dels jutges de cada Senat, decidirà proposar qui ha d'ésser el nou jutge. En els casos que s'hagi de designar un sol jutge el BVerfG proposarà tres candidats; en la resta de casos, és a dir, quan calgui elegir simultàniament variis jutges, proposarà un número de persones equivalents al doble de jutges a designar. Tal facultat de proposta, però, no és vinculant per l'òrgan elector, ja que l'article 7a.4 de la BVerfGG li reconeix el dret a elegir un candidat que no hagi estat proposat pel Tribunal Constitucional Federal.

#### a.2.3- Crítica de la normativa vigent i propostes de reforma

Ja en el Congrés de Teoria Fonamental de l'Estat celebrat a Viena l'any 1928 exposava Heinrich TRIEPEL que el sistema d'elecció dels jutges consti-

tucionals era una decisió prèvia determinant del valor de la jurisdicció constitucional com a institució (32). Des d'aquesta perspectiva, TRIEPEL establí quatre requisits bàsics que havien de presidir el sistema d'elecció com factor previ que configura la substancial capacitat operativa d'un Tribunal Constitucional. Tals exigències eren, en primer lloc, la democràtica legitimitació dels jutges constitucionals; segonament, l'efectivitat d'una representació federativa; en tercer lloc, l'exclusió de particulars influències polítiques sobre els jutges; i, finalment, l'alta qualificació dels jutges per exercir el càrrec (33).

Tanmateix, aquestes exigències resulten en la seva aplicació pràctica, sinó incompatibles, sí amb un valor diferent. En iniciar el tema ja assenyalàvem com en un sistema democràtic, on es reconeix l'existència de diferents partits polítics, és inevitable excloure possibles implicacions polítiques de les decisions que prenen els òrgans estatals; en el nostre cas, en el procediment d'elecció dels jutges. I palesàvem, també, que la institucionalització d'aquestes influències garantia una legitimitació democràtica en l'elecció dels jutges constitucionals.

Doncs bé, donat que constitucionalment es preveu exclusivament una participació paritària del Bundestag i del Bundesrat en el procediment d'elecció i, per tant, en principi, existeix una legitimitació democràtica i federal del BVerfG com a òrgan

constitucional de l'Estat, el que ens interessa saber ara és si el principi democràtic i el principi federal es troben autènticament representats a la base d'aquesta legitimació.

En aquest sentit, la mediatesa que caracteritza el procediment d'elecció d'els jutges és l'element que posa en qüestió la veritable existència d'una cadena de legitimació democràtica, donat que els jutges que designa el Bundestag són elegits a través d'un procediment indirecte que mediatitza el mandat del ciutadà. Però a més, l'altra meitat de jutges que designa el Bundesrat, tot i que l'elecció es realitza a través d'un procediment directe, tampoc es basa en una immediatesa democràtica car els membres d'aquest òrgan elector no representen directament els ciutadans sinó el Govern de cada Land que els nomena (34).

Aquesta no és l'única crítica que ha rebut el procediment d'elecció dels jutges constitucionals. També s'ha qüestionat l'autenticitat en ell de l'equilibri de poders o principi federal. Des d'aquesta perspectiva, Hans LECHNER expressa els seus dubtes sobre que el procediment vigent comporti una igualtat real de posicions entre els dos òrgans electors, considerant al respecte que no és compatible l'àmplia influència que pot exercir el Govern dels Estats federats al si del Bundesrat, en contra de la minsa possibilitat d'influència del Govern federal en la presa de la decisió del Bundestag. És, per tant, se-

gons aquest autor, la diferent estructura d'aquests òrgans la que qüestiona un veritable equilibri davant de l'elecció (35).

A la vista dels problemes que planteja el sistema vigent d'elecció dels jutges constitucionals varies han estat les propostes de reforma.

En relació amb la qüestió dels òrgans electors Klaus KRÖGER ha posat de relleu la conveniència d'una unificació del procediment d'elecció donat que tots els jutges tenen al si del Tribunal Constitucional Federal les mateixes tasques i la mateixa situació jurídica. En aquest sentit, unificació del procediment significaria per aquest autor una elecció de tots els jutges per una majoria de 2/3 a través de la "Wahlmännerausschuß" i amb una posterior confirmació de la designació amb igual majoria de vots per part del Bundesrat (36). En canvi, Werner BILLING proposa en aquest punt una reforma exclusivament dirigida a canviar el sistema d'elecció indirecta del Bundestag per un sistema d'elecció directa, suprimint així la intervenció de la "Wahlmännerausschuß" (37).

Per altra part, també s'ha convingut que fóra necessari tornar a introduir els requisits d'"especials coneixements en Dret Públic" i d'"experiència en la vida pública", com a condicions d'elegibilitat que garantirien la presència d'elements tècnics al si de la jurisdicció constitucional (38).

Per últim, i com a proposta desitjable per

various autors, s'ha parlat de la necessitat de sotmetre l'elecció a un debat públic com a reforma que comportaria una major transparència i una major qualitat del sistema de designació dels jutges constitucionals (39).

De crítiques i de propostes, com es veu, no n'han faltat. Al nostre entendre la qüestió es redueix, però, a quina és la funció que se li atribueix al Tribunal Constitucional. Si es parteix de què el BVerfG és un Tribunal, i és exclusivament això, aleshores cal considerar completament il·legítim que els seus membres siguin elegits per les cambres legislatives perquè el Tribunal serà un reflexe de les diferents forces polítiques que les componen, i "Ni els representants de les minories, ni els representants de les majories (...) poden pertanyer al Tribunal Constitucional, sinó només jutges com a tals, els quals tenen i conserven la mateixa distància en relació amb tots els grups polítics i parlamentaris i poders" (40).

Però si pel contrari es parteix, com per exemple HÄBERLE, de què la jurisdicció constitucional té "com a participant del procés polític en la totalitat del sistema una funció política" (41), aleshores la composició del Tribunal ha de respondre a una representació de l'equilibri polític que impera en els òrgans electors.

En la nostra opinió el Tribunal Constitucional Federal és un Tribunal i no ha d'intentar ser res més

que això. Però el que és evident és que a la vista de "l'apertura del Dret Constitucional", i a la vista del pes polític de les decisions del BVerfG, es fa necessària la seva legitimació democràtica (política) a través d'una elecció dels seus jutges per part de les majories i minories de l'espectre polític imperant. I a partir d'aquí hauria d'arrencar la discussió de com canalitzar tal legitimació democràtica i federal, sense oblidar mai, però, la legítima funció de la jurisdicció constitucional: jutjar.

b) Organització, presa de les decisions i normes generals de procediment

b.1) Normativa bàsica

Sense cap més previsió determina l'article 94.2 de la BVerfGG que una llei federal regularà la composició i el procediment del Tribunal Constitucional Federal. En aquest sentit, les normes bàsiques d'organització del BVerfG estan contingudes a la BVerfGG en la redacció de 12 de desembre de 1986, d'una part. Altrament, i en virtut de l'autonomia de la que gaudeix el Tribunal (art. 1 BVerfGG), la normativa sobre organització acaba d'ésser completada pel Reglament intern del BVerfG (GO-BVerfG) dictat per ell mateix (38).

A través d'aquestes dues normes s'institueixen com a parts integrants del Tribunal, una sèrie d'òrgans que li permeten desenvolupar les seves funcions tant a nivell extern, això és, mitjançant òrgans que adoptin decisions jurídiques amb una repercussió exterior, com a nivell intern, és a dir, a través d'òrgans que adoptin decisions amb efectes purament interns o bé, amb una tasca d'ajut a altres òrgans. destaca, així, d'una part, una específica organització del BVerfG com a Tribunal i, de l'altra, una organització pròpiament interna com a institució.

#### b.2) Els Senats

Difícilment les àmplies competències que té assignades el BVerfG podrien ser assumides per un cos unitari. Per aquesta raó el Tribunal de Karlsruhe s'ha organitzat com un "Tribunal besó" ("Zwillingsgericht"). La Cort està integrada per dos Senats (art. 2.1 BVerfGG) (43), essent el President i el Vicepresident del BVerfG qui exerceixen la Presidència de llurs respectius Senats. En aquest sentit, cada Senat és i representa el "BVerfG" (44).

La distribució de competències entre ambdós Senats no està basada en un sistema "ad hoc" de repartiment, sinó que troba la seva determinació en la pròpia Llei (art. 14 BVerfGG). Tot i així, preveu l'article 14.4 de la BVerfGG la possibilitat del plenari de reglar de nou les competències dels



Senats quan es fagi necessari a causa d'una sobre-càrrega no transitòria de treball d'una de les dues Sales. Els dubtes que es plantegin en relació amb un procés concret sobre quin d'ambdós Senats és el competent, són resolts per una comissió integrada pel President, el Vicepresident i quatre jutges. En aquests casos, i davant d'una igualtat de vots a l'hora de resoldre la qüestió, el del President, i com a cas excepcional previst a la BVerfGG, és diriment (art. 14.5 BVerfGG).

La competència quantitativament més important que recau sota el primer Senat és la del coneixement i resolució dels recursos d'empara, mentre que el segon Senat és competent, bàsicament, per conèixer i resoldre els recursos sobre control abstracte de normes i els recursos sobre conflictes federals.

En ordre als temes del quorum i de les votacions, l'article 15.2 de la BVerfGG exigeix, d'una banda, un número mínim de sis jutges com a necessari per a la validesa de les decisions que es prenguin en cada Senat, i d'altra banda, preveu com a regla general el principi de la majoria simple per a l'adopció de les mateixes. L'excepció a aquesta regla es produeix en quatre processos concrets: 1) processos sobre l'extinció dels drets fonamentals (art. 13.1 BVerfGG); 2) processos sobre la inconstitucionalitat de partits polítics (art. 13.2 BVerfGG); 3) processos sobre l'acusació del Bundespräsident (art. 13.4 BVerfGG); i, 4) processos sobre acusacions contra els

judges federals o judges d'Estats federats (art. 13.9 BVerfGG). En aquests casos, si la decisió que s'adopta és en contra del recurrent és necessària una majoria de 2/3 per adoptar vàlidament la decisió

El President del BVerfG, i a diferència d'altres sistemes europeus, no té reconegut un vot decisiu en cas d'una igualtat de vots en la presa de les decisions (45). Aquest desconeixement per part de la llei de la figura del vot diriment s'intenta compensar a través d'un sistema d'abstenció regulat a l'article 15.2 de la BVerfGG, segons el qual, davant d'una igualtat de vots, la decisió del Tribunal en cap cas podrà establir que s'ha produït una violació de la Llei Fonamental o del dret federal.

Una distribució legal de les competències, d'una banda, i el fet que cada jutge és elegit per un determinat Senat, de l'altra, comporten la independència orgànica entre ambdós Senats. Des d'aquesta perspectiva, i dintre de l'àmbit de les seves competències, cada Senat, com s'ha dit, és i representa al Tribunal Constitucional Federal. No obstant això, i en relació amb la jurisprudència que pot crear cada Senat, estableix l'article 16 de la BVerfGG que quan un Senat vulgui apartar-se en una qüestió de dret de la concepció jurídica continguda en una decisió de l'altre Senat, l'òrgan amb facultats per prendre una decisió al respecte és el Ple del BVerfG (46). Veiem, però seguidament, quines són en concret les funcions que li encomana la llei a aquest òrgan.

### b.3) El Ple

Els jutges d'ambdós Senats constitueixen el Plenari; de tal manera, aquest s'integrarà per setze jutges, incloent el President i el Vicepresident, quedant vàlidament constituït, i per tant amb facultats per prendre decisions vàlides, quan hi siguin presents 2/3 dels jutges (art. 2.4 GO-BVerfG).

El Plenari del BVerfG té assignades dos tipus de funcions diverses per raó de la seva finalitat: les primeres, estarien dirigides a regular l'organització i administració internes del Tribunal, mentre que en les segones, el Plenari actua com un òrgan amb facultats decisòries fora de l'àmbit estrictament organitzatiu i, per tant, amb efectes jurídics externs.

1- El Plenari col.labora amb el President en la realització de les tasques organitzatives i administratives del Tribunal. Tal col.laboració es concreta en tres tipus de competències diferents: en primer lloc, el Ple delibera i resol sobre la formulació del presupost del BVerfG; en segon lloc, delibera i resol, també, sobre totes les qüestions referides de manera immediata als jutges, llur estatus i llurs condicions de treball (47); i per últim, i quan sigui necessari, delibera i resol sobre els principis generals de l'administració del Tribunal (art. 1.2 GO-BVerfG).

A fi de dur a terme aquestes funcions el Ple

és convocat pel President cada vegada que sigui necessari; almenys, però, dues vegades en cada exercici anual (art. 2.1 GO-BVerfG). No obstant, la seva tasca és continuada ininterrompudament a través de les Comissions permanents (48).

2- Paral·lelament a aquesta funció de col·laboració amb el President en l'organització i en l'administració del Tribunal, el Plenari té encomenades competències que es situen en l'àmbit de les decisions amb efectes jurídics externs del Tribunal Constitucional. A elles n'hem fet ja una breu referència en parlar dels Senats.

La primera és la prevista al'article 14.4 de la BVerfGG, per la que s'atribueix al Plenari la facultat de reglar la competència dels Senats quan resulti indispensable a causa d'una sobrecàrrega de treball no transitòria d'un dels dos Senats. Calgui afegir només aquí que de fet el Ple ha utilitzat aquesta facultat en diverses ocasions a través de les Resolucions de 10-XII-1976, de 23-XI-1977, de 6-XII-1978, i la darrera de 17-XII-1982.

La segona és la que es preveu a l'article 16 de la BVerfGG que atorga facultats decisòries al Ple en cas que un Senat, en una qüestió de dret, vulgui apartar-se de la concepció jurídica continguda en una decisió de l'altra Senat. En aquests casos, serà el Senat dissident qui, mitjançant una Resolució, convocarà al Plenari, per bé que aquesta convocatòria quedarà sense efecte quan el Senat, de la decisió

del qual es desitja apartar-se, manifesti, havent estat consultat al respecte, que no sosté ja la tesi jurídica en qüestió (art. 47.2 GO-BVerfG) (49).

b.4) Decisions preses en comissió i vots particulars

A part dels Senats i del Ple les decisions amb efectes jurídics externs del Tribunal Constitucional Federal poden ésser adoptades per altres òrgans. o parts d'aquests, als quals legalment se'ls atorga aquesta capacitat.

Tal seria el cas de la ja esmentada "comissió dels sis" (art. 14.5 BVerfGG), amb facultats decisòries per resoldre els dubtes, davant d'un procés concret, sobre quin dels dos Senats és el competent (50).

D'altra part, i en el marc de les competències del BVerfG per a la resolució de processos sobre recursos d'empara, preveu la Llei del Tribunal Constitucional Federal la creació d'una òrgans, les "Kammern" als quals els hi són també atribuïdes facultats decisòries. Els recursos de...constitucionalitat (aquesta seria la traducció literal de l'expressió alemanyanya "Verfassungsbeschwerden", que fa referència als recursos d'empara del sistema espanyol) són sotmesos, abans d'ésser judicats pel Senat competent, a un tràmit previ d'acceptació ("Annahme") (51). Tal tràmit és denominat a una comissió integrada per tres jutges designats pel Senat competent per conèixer

el cas.

Per últim, i dins del marc de l'adopció de decisions amb efectes jurídics externs, preveu l'article 30.2 de la BVerfGG que un jutge pugui expressar a través d'un vot particular ("Sondervotum") la seva opinió divergent en la deliberació pel que fa a la decisió o a la seva fonamentació. El vot particular s'inclou en la decisió i és publicat, a continuació d'ella en la Col·lecció de decisions del Tribunal, amb el nom del jutge que l'ha formulat.

#### b.5) Procediment. Normes generals

Les normes generals de procediment estan contingudes a la Segona Part de la BVerfGG (arts. 17 a 35) i a la Part B del Reglament del Tribunal. Les disposicions anteriors es completen, d'una banda, amb les normes contingudes en els Títols 14 a 16 de la Llei Constitucional sobre Tribunals ("Gerichtsverfassungsgesetzes") i amb les normes especials de la Tercera part de la BVerfGG (arts. 36 a 96) aplicables a cada procediment en concret, de l'altra.

Els principis bàsics del procediment davant del BVerfG, breument exposats, són els següents:

#### 1- Imparcialitat dels jutges (arts. 18 i 19 BVerfGG):

s'estableix un sistema de recusacions i abstencions que garanteixi la imparcialitat dels jutges que han de resoldre un cas concret.

#### 2- Representació i postulació: no s'exigeix ni

representació ni postulació encara que en qualsevol estadi del procés les parts poden fer-se representar per un advocat o per un professor de dret. No obstant, la representació és necessària per actuar en judici oral davant del Tribunal (art. 22 BVerfGG).

3- Inici del procés: les peticions amb les quals s'inicia el procés han d'ésser dirigides per escrit davant del Tribunal, acompanyades de fonaments de fet i de dret i, quan s'escaigui, dels mitjans de prova corresponents (art. 23 BVerfGG). Els recursos inadmissibles o notòriament infundats poden ser rebutjats per decisió unànim de la Cort (art. 24 BVerfGG).

4- Vista oral: el BVerfG decideix, en la mesura que per un procediment concret no estigui establerta una altra cosa, en base a la vista oral, excepte si totes les parts renunciïn a ella (art. 25 BVerfGG).

5- Proves: regeix el principi "d'investigació del jutge", car correspon al Tribunal realitzar les proves necessàries per averiguar la veritat (art. 26 BVerfGG). Es preveu, a més, la possibilitat de prova testifical i prova pericial (art. 28 BVerfGG).

6- Adopció de les decisions. el Tribunal decideix en sessió secreta segons la seva lliure convicció, formada en base al contingut del procés i al resultat de la prova. La decisió ha d'ésser formulada per escrit, fonamentada i firmada pels jutges que han intervingut. Totes les decisions han d'ésser comunicades a les parts (art. 30 BVerfGG). Quan ha tingut lloc un debat oral la decisió es denomina "sentència" ("Urteil"); la decisió sense vista de la cau-

sa es denomina "resolució" ("Beschluss"). El Tribunal Constitucional pot determinar qui ha d'executar la decisió; i en alguns casos pot regular la forma d'execució.



### III- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG

### III- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG

#### 1- CAP CLÀUSULA GENERAL D'ATRIBUCIÓ

Les competències del BVerfG estan determinades a l'article 93 de la Llei Fonamental i desenvolupades a l'article 13 i concordants de la BVerfGG. El catàleg de competències no respon a un criteri de clàusula general, com es prevèia a la Constitució de la República de Weimar o com es reconeixen avui les competències del Bundesverwaltungsgericht (art. 40 i 50 VwGO), sinó a un sistema de llista oberta en tant que el legislador federal (arts 93.2 GG i 13.15 BVerfGG) i els legisladors dels Länder (art. 99 GG), a través d'una Bundesgesetz o d'una Landesgesetz respectivament, poden conferir noves atribucions a l'Alt Tribunal.

La jurisdicció del Tribunal Constitucional Federal és molt àmplia; gaudeix d'un número de funcions com mai se li havien atorgat a cap Tribunal en la història constitucional alemanya. Són quinze els recursos que davant d'ell es poden plantejar; a través d'aquestes competències ha d'interpretar l'ordre constitucional, ha de garantir la cooperació entre el Bund i els Länder, ha de controlar que els poders públics romanguin dintre dels seus límits en front dels ciutadans i ha de defensar els fonaments de l'Estat democràtic i de dret.

Per raó del seu objecte els recursos que es poden plantejar davant del Tribunal Constitucional Federal els classificarem en cinc grups diferents:

- A- Conflictes entre òrgans
- B- Conflictes federals
- C- Control de normes
- D- Recursos constitucionals
- E- Processos de defensa constitucional

## 2- LES COMPETÈNCIES MÉS IMPORTANTS DEL BVerfG A LA PRÀCTICA

La següent estadística ofereix una visió pràctica de l'activitat del BVerfG en l'exercici de les seves competències més importants (52):

<u>PROCESSOS</u>	<u>NÚMERO DE DECISIONS</u>
Conflictes entre òrgans.....	27
Conflictes federals (inclosos els conflictes al si d'un Land).....	29
Examen d'eleccions i condició dels diputats.....	48
Control normatiu	
a) Control abstracte.....	49
b) control concret.....	765

## Recursos constitucionals

a) Decisions del Senat.....	3432
b) Resolucions de les Kammern.....	41006
Autes provisionals.....	130 aprox.
Altres processos.....	45

### 3- ELS DIFERENTS PROCESSOS DAVANT DEL BVerfG

#### A- CONFLICTES ENTRE ÒRGANS ("Organstreit") (53)

##### a) Precedents, naturalesa jurídica i contingut dels conflictes entre òrgans

L'article 93.1.3 de la Llei Fonamental disposa que el Tribunal Constitucional Federal decidirà "sobre la interpretació de la present Llei Fonamental amb motiu dels conflictes sobre l'abast dels drets i obligacions d'un òrgan federal suprem o d'altres parts que tinguin dret propi per aquesta Llei Fonamental o pel Reglament d'un òrgan federal suprem".

L'atribució al BVerfG de competències per a la resolució de conflictes entre òrgans constitucionals de l'Estat fetura de precedents en el Dret Constitucional alemany. Les Constitucions de 1871 i 1919 desconegueren aquesta institució; només la Constitució de la República de Weimar contemplava la possibilitat que l'Alta Cort de Justícia resolgués, sempre que no existís cap més altre Tribunal competent, els conflictes entre òrgans al si d'un Land, però

ometia qualsevol referència a la resolució de conflictes entre els òrgans de l'Estat (art. 19 WRV).

No es, així, fins a la Llei Fonamental de 1949 que s'encomana a la jurisdicció constitucional aquesta competència. L'original redacció de l'article 93.1.3 de la GG configurava els conflictes entre òrgans com un veritable procés contradictori entre dues parts. Determinava l'esmentat article que el BVerfG havia de decidir sobre els conflictes constitucionals entre òrgans suprems federals o parts dels mateixos (art. 98 HChE). La redacció definitiva, però, amb la fórmula introduïda pel Parlamentarischen Rat "sobre la interpretació de la present Llei Fonamental amb motiu de conflictes sobre l'abast dels drets i obligacions...", elimina els conflictes constitucionals del nucli del contingut dels conflictes per donar pas en el seu lloc a una interpretació de la Constitució (54). No obstant això, el posterior desenvolupament que ha fet d'aquest precepte la llei del Tribunal Constitucional (arts. 63 a 67 BVerfGG) contempla els conflictes entre òrgans com un veritable conflicte entre dues parts. L'article 63 de la BVerfGG, per exemple, emprava els termes "demandant" ("Antragsteller") i "demandat" ("Antragsgegner"), i l'article 67 estableix que el fallo de la sentència ha d'assenyalar si la mesura o omissió del demandat viola o no una disposició de la Llei Fonamental. Tal divergència sobre el caràcter processual d'aquest tipus de conflictes, propiciada per una possible no

correspondència de continguts entre els article 93.1.3 de la GG i els articles 63 a 67 de la BVerfGG, ha estat advertida en vàries sentències del Tribunal Constitucional (55). Però preservant la validesa de la llei que el regula, el BVerfG ha interpretat que l'article 93.1.3 de la GG no estableix cap regla definitiva que configuri un determinat procediment; de tal manera, ha considerat constitucional el procés contradictori regulat a la BVerfGG (56).

Contràriament, doncs, per exemple, als processos de control normatiu els conflictes entre òrgans tenen un especial caràcter subjectiu; l'apertura del procés pressuposa sempre l'existència de dues parts litigants. Conseqüentment, la demanda procedirà únicament quan el demandant adueixi que ha estat lesionat o s'han posat en perill de manera immediata els drets i deures que li han estat confiats per la Llei Fonamental, a través d'una mesura o omissió del demandat (art. 64.1 BVerfGG), i haurà d'assenyalar en el recurs la disposició de la Grundgesetz que ha estat violada per tal mesura o omissió (art. 64.2 BVerfGG).

## b) El procés

### b.1) Legitimació

Demandant i demandat poden ser només òrgans constitucionals. En aquest sentit, estableixen els articles 93.1.3 de la GG i 13.15 de la BVerfGG que

són parts legitimades en els processos sobre conflictes entre òrgans, els òrgans suprems de la Federació i altres parts dotades de drets propis per la Llei Fonamental o pel Reglament intern d'un òrgan suprem de la Federació. Concretant els anteriors preceptes l'article 63 de la BVerfGG determina que demandant i demandat poden ser només el Bundespräsident, el Bundestag, el Bundesrat, el Govern federal i les parts d'aquests òrgans que d'acord amb la Llei Fonamental o els Reglaments del Bundestag o del Bundesrat, estiguin dotades de drets propis (57).

La doctrina, com així també la jurisprudència constitucional, han posat de manifest la incompletud d'aquest article. En aquest sentit, s'han considerat també legitimats en aquests tipus de processos altres òrgans que la Constitució dota directament de drets i deures. Seria el cas de la "Gemeinsamme Auschuß" (Comissió mixta entre el Bundestag i el Bundesrat: art. 53 GG), de la "Bundesversammlung" (Assemblea federal que elegeix el President federal: art. 54 GG), del propi BVerfG, del Bundeskanzler, dels Bundesminister (58) o d'un diputat quan una mesura o omissió puguin lesionar el seu estatus com a diputat (59).

Una discussió important que s'ha encetat en torn d'aquest tema és la possible legitimació dels partits polítics en aquests tipus de contenciosos processals. Per primera vegada el plenari del BVerfG reconeixia el 27 de juliol de 1954 (60), en front d'una decisió anterior del primer Senat (61), el dret

dels partits polítics a participar com a parts processals en els conflictes entre òrgans. Justifica aquesta decisió que l'article 21 de la GG no pretén reduir els partits polítics al mateix nivell que els ciutadans, sinó que pel contrari, aquesta disposició els confereix un dret propi a prendre part en la vida constitucional. Aquesta jurisprudència s'ha mantingut constant si bé ha anat perfilant i condicionant l'accés dels partits polítics a aquest tipus de recurs (62).

#### b.2) Objecte del procés

Objecte del procés és el conflicte entre dos òrgans constitucionals sobre si una mesura o omissió del querellat viola una disposició de la Llei Fonamental (art. 64.1 BVerfGG).

Sota el concepte de "mesura" pot comprendre's també la promulgació d'una llei (63), o més exactament, un acte legislatiu; en tant que això, el conflicte entre òrgans és possible conduir-lo a través d'un control abstracte normatiu. El tema és important per dos ordres de factors: en primer lloc, perquè plantejant una qüestió a través de la via del conflicte entre òrgans s'amplia el quadre de legitimats per interposar un recurs de control normatiu abstracte. I en segon lloc, perquè el contingut de la decisió dependrà directament del tipus de legitimat que hagi interposat el recurs. El Tribunal Constitucional



haurà de declarar en el marc dels conflictes entre òrgans si l'acció o omissió del demandat és conforme o no a les disposicions constitucionals. Ara bé, si el demandat és al mateix temps òrgan legitimat en els processos de control abstracte de normes, el BVerfG considerarà que acumula els poders com a jutge de control de normes i com a jutge de litigis constitucionals. Aleshores, en aquest cas, a més de declarar que l'adopció de la llei viola una disposició de la Llei Fonamental, la podrà anul·lar en quant que tal (64).

### b.3) Plaç i condicions del recurs

El recurs haurà de ser presentat dintre dels sis mesos següents després d'haver estat coneguda per part del recurrent, la mesura o omissió del demandat (art. 64.3 BVerfGG).

El recurrent, segons el que disposen els apartats primer i segon de l'article 64 de la BVerfGG, haurà d'aduir, per a què sigui procedent el recurs, que ell o l'òrgan al qual pertany ha estat lesionat o s'han posat en perill de manera immediata els drets i deures que a ell o a l'òrgan al qual pertany li han estat confiats per la Llei Fonamental, a través d'una mesura o omissió del demandat. Per això, el recurrent haurà d'indicar la disposició de la Llei Fonamental violada per la mesura o omissió.

#### b.4) Decisió del BverfG

En qualsevol estadi del procés poden intervenir, a més del recurrent i del demandat, tots els legitimats en el sentit de l'article 63 de la BVerfGG quan la decisió tingui importància per a la delimitació de llurs competències. El Tribunal, però, haurà de posar en coneixement al Bundespräsident, al Bundestag, al Bundesrat i al Bundesregierung la iniciació del procés.

El BVerfG constata en la seva decisió si la mesura o omissió del demandat viola una disposició de la Llei Fonamental, indicant de quina disposició es tracta. Al mateix temps pot incloure la decisió d'una qüestió jurídica rellevant per a la interpretació del precepte de la Llei Fonamental del qual depèn la resolució del conflicte (art. 67 BVerfGG). El BVerfG amb la sentència constata, doncs, l'existència o no d'una violació de la Llei Fonamental. Des d'aquesta perspectiva, la sentència no té la finalitat de crear una obligació de fer o de no fer contra el demandat, o de modificar o anul·lar la mesura o omissió; però la sentència obliga a les parts (art. 31.1 BVerfGG) a respectar aquesta constatació: la manera en què serà respectada i complida queda sota el criteri de les parts.

#### c) Els conflictes entre òrgans a la pràctica

En els processos sobre conflictes entre òrgans s'han produït sentències cabdals en relació amb

l'evolució política de la República Federal (65). Recordi's, per exemple, les sentències sobre finançament dels partits polítics (66), sobre la publicitat de la tasca del Govern federal en períodes electorals (67), sobre la competència en cas d'urgència del Ministre federal de finances segons l'article 112 de la GG (68), o sobre la dissolució del Bundestag l'any 1983 (69).

Estadísticament, pel número de processos que s'han portat davant del BVerfG, els conflictes entre òrgans tenen una importància no tan rellevant. En els darrers anys, però, aquest número s'ha acreixentat (70), com a conseqüència de la nova correlació de forces polítiques en l'espectre alemany.

#### B- ELS CONFLICTES FEDERALS ("Die Föderative Streitigkeiten") (71)

L'atribució a la jurisdicció constitucional de competències per conèixer i resoldre els conflictes entre el Bund i els Länder s'opera a través de dos tipus de clàusules: una clàusula general, per la qual el BVerfG resold "les diferències d'opinió sobre drets i deures del Bund i dels Länder, en especial en l'execució del dret federal pels Länder i en l'exercici de la supervisió federal" (art. 93.1.3 GG; 13.7 BVerfGG); i una clàusula subsidiària i residual per la qual resold "altres conflictes de dret

públic entre el Bund i els Länder, entre variis Länder o al si d'un Land, sempre que no estigui prevista una altra via judicial" (art. 93.1.4 GG; 13.8 BVerfGG).

El BVerfG, per tant, coneix i resold "diferències d'opinió entre el Bund i els Länder", "altres conflictes de dret públic" entre aquestes dues parts, conflictes de dret públic entre variis Länder i conflictes al si d'un Land. Només els tres primers són els que pròpiament s'anomenen conflictes federals; els darrers, tot i que per raons històriques es troben inclosos en aquests articles, no són conflictes federals sinó conflictes entre òrgans constitucionals.

a) "Diferències d'opinió entre el Bund i els Länder  
(arts. 93.1.3 GG i 13.7 BVerfGG)

a.1) Contingut de les diferències d'opinió

L'article 93.1.3 de la GG atribueix al BVerfG una competència per decidir en les "diferències d'opinió sobre drets i deures del Bund i dels Länder", i especialment esmenta les diferències que puguin sorgir de l'execució del dret federal pels Länder i de l'exercici de la supervisió federal.

Aquesta competència del BVerfG es desarrotlla al si d'un procés contradictori (72), en el què no és suficient que el Bund o el Land sostinguin diferents opinions en la interpretació d'una determinada norma constitucional, sinó que s'exigeix que el

recorrent formulï una pretensió contra el demandat que resulti d'una relació jurídic-constitucional entre ambdues parts. Per tant, el recurs procedirà només quan el recorrent adueïxi que li han estat lesionats o posat en perill de manera immediata els drets o deures que li han estat atorgats per la Llei Fonamental (art. 69-64 BVerfGG).

Que els drets i deures que es troben en litigi hagin de derivar formalment de la Constitució i no d'una llei ordinària, no és una exigència que es derivi directament de l'article 93.1.3 de la GG, sinó que resulta de la seva connexió amb l'article 93.1.4 de la GG ("altres conflictes de dret públic") i de la prescripció legal de la BVerfGG acabada d'esmentar, considerada plenament constitucional pel BVerfG (73).

a.2) El procediment: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència

Parts legitimades en els processos sobre "diferències d'opinió entre el Bund i els Länder" són exclusivament, pel Bund, el Govern del Bund, i pel Land, el Govern del Land (art. 68 BVerfGG).

No obstant això, en tot estadi del procés podrà intervenir, a més de les parts que l'han iniciat, qualsevol Land sempre que la decisió del BVerfG es prevegi significativa per a la determinació de les seves competències (74). El BVerfG ha considerat, però, que aquest Land pot entrar en el procés

en la mateixa part processual en la que es trobin els altres Länder però mai com a coadjuvant del Bund, car aleshores es trobarien enfrontats dos Länder com a parts processuals; i aquest ja no seria més un supòsit amb cabuda a l'article 93.1.3 de la GG sinó en l'article 93.1.4 de la GG (75).

El recurs només serà procedent quan el recurrent adueixi que l'altra part, a través d'una mesura o omissió, ha lesionat o posat en perill immediat els drets i deures que li han estat conferits constitucionalment (art. 69-64 BVerfGG). L'omissió es produirà quan el demandat és portador d'una obligació constitucional d'actuar i no la compleix. Per mesura s'entén un comportament jurídicament rellevant del demandat. Des d'aquesta perspectiva, el BVerfG ha considerat que una mesura es pot concretar també en una llei. I així, en reiterada jurisprudència ha acceptat, d'una banda, que quan la mesura es tracti d'una llei el conflicte pugui presentar-se davant del Tribunal per la via del control abstracte normatiu; de l'altra, una vinculació d'ambdós processos, control i conflictes, quan paral·lelament siguin presentats davant del Tribunal (76).

La presentació del recurs es condiona a un plaç de sis mesos comptats a partir del coneixement de la mesura o omissió per part del recurrent (arts. 69-64.3 BVerfGG).

I com en els processos sobre conflictes entre òrgans, el Tribunal constata en la seva decisió

si la mesura o omisió viola una disposició de la Llei Fonamental, podent al mateix temps establir en la fórmula de la decisió una qüestió de la Llei Fonamental de la qual depengui la primera constatació (arts. 69-67 BVerfGG). La sentència té força vinculatòria (art. 31.1 BVerfGG) però no té, en canvi, força de llei.

b) "Altres conflictes de dret públic entre el Bund i els Länder (articles 93.1.4 primer incís GG; 13.8 BVerfGG, primer incís)

b.1) Contingut dels "altres conflictes de dret públic".

Els article 93.1.4 de la GG i 13.8 de la BVerfGG atribueixen competències al BVerfG per resoldre "altres conflictes de dret públic entre el Bund i els Länder...sempre que no estigui prevista una altra via judicial".

Doncs bé, donat que d'una banda, sota l'àmbit de l'article 93.1.3 de la GG recauen els conflictes de naturalesa constitucional, i de l'altra, que el Tribunal Administratiu Federal ("Bundesverwaltungsgericht") té atribuïdes competències per resoldre conflictes de dret públic de naturalesa no constitucional entre el Bund i els Länder (arts. 40 i 50 VwGO), i en tant que la competència del BVerfG és subsidiària tant respecte d'altres Tribunals, com d'una de les altres possibilitats processuals

contemplades a l'article 13 de la BVerfGG (77), l'àmbit d'aplicació de l'article 93.1.4 de la GG queda, a la pràctica, buit de contingut.

L'atribució de tal competència al BVerfG respondria més aviat, i des del nostre punt de vista a la previsió d'una clàusula necessària per garantir en tot moment una solució jurisdiccional dels conflictes entre el Bund i els Länder; conflictes, avui potser encara no imaginables, però que una determinada evolució del federalisme podria conduir a la seva producció. I els Länder no són en una primera línia unitats administratives sinó Estats, i en tant que això, parts que davant d'una altra instància, el BVerfG, resolen les seves controvèrsies amb el Bund. Conseqüentment, sota la competència del BVerfG que li atorga l'article 93.1.4 de la GG recau un "rest teòric" que redueix avui el seu significat pràctic a "un fonamental reconeixement de l'Estat federal" (78).

b.2) El procediment: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència.

El procediment previst als articles 71 i 72 de la BVerfGG pels conflictes de dret públic entre el Bund i els Länder presenta bàsicament les mateixes característiques que el previst pels conflictes sobre "diferències d'opinió".

Com en aquests darrers, el procés és de caràc-



ter contradictori; les parts legitimades són també els respectius Governos dels Länder i del Bund (art. 71.1.1 BVerfGG), i el plaç de presentació del recurs és també el de sis mesos des que el recurrent té coneixement de la presa de la mesura o de la producció de l'omissió.

En la decisió el Tribunal determina: a) l'admissibilitat o la improcedència de la mesura, b) l'obligació del demandat d'ometre, retirar, aplicar o tolerar la mesura i c) l'obligació, si és el cas, de realitzar una prestació (art. 72.1 BVerfGG).

c) Conflictes de dret públic entre variis Länder  
(arts. 93.1.4 segon incís GG; 13.8, segon incís  
BVerfGG).

c.1) Contingut dels conflictes de dret públic entre  
variis Länder

Segons l'article 93.1.4, segon incís de la GG el BVerfG és competent per decidir sobre conflictes entre "variis Länder", tant de naturalesa constitucional com de naturalesa administrativa (79), amb la peculiaritat que per aquests últims la competència del BVerfG és subsidiària respecte de la del Tribunal Administratiu Federal; a la pràctica, doncs, els conflictes que el BVerfG ha de resoldre entre variis Länder són sempre de naturalesa constitucional.

Així, per exemple, a la BVerfGE 22,221 el Tribunal es reconeixí competent per resoldre el con-

flicte suscitada entre el aleshores Land de Corburg i el Land de Bayern sobre la validesa del Conveni estatal signat el 1920 per ambdós Estats, al que el BVerfG li reconegué naturalesa constitucional. Per contra, a la BVerfGE 42, 103 considerà que el Conveni estatal motiu del conflicte no era de naturalesa constitucional sinó de naturalesa administrativa, amb la qual cosa reconegué competent per a la seva resolució al Bundesverwaltungsgericht. I a la BVerfGE 62, 295 renuncià a la seva competència a favor dels Tribunals civils en establir la naturalesa privada del Conveni estatal en qüestió.

c.2) El procediment: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència.

Parts en aquests processos poden ser només els Governos dels Länder litigants (art. 71.1.2 BVerfGG). El plaç de presentació del recurs, com en la resta de conflictes federals és també de sis mesos (art. 71.2-64.3 BVerfGG). I en la sentència, que té força vinculatòria però no de llei, el Tribunal Constitucional pot determinar: a) la procedència o improcedència d'una mesura, b) l'obligació del demandat d'ometre, retirar, executar o tolerar una mesura i c) l'obligació de realitzar una prestació.

d) Conflictes al si d'un Land (art. 93.1.4, tercer incís GG, 99 GG i 13.8 tercer incís BVerfGG)

d.1) Contingut dels conflictes al si d'un Land

Segons l'article 93.1.4, tercer incís de la GG el BVerfG decideix sobre "conflictes de dret públic al si d'un Land, en tant no estigui prevista una altra via judicial".

En contra del que disposa el propi text de l'article la jurisprudència del BVerfG ha entès que la seva no és aquí una competència general sinó una competència limitada al caràcter constitucional del conflicte, d'una banda, i a la producció d'un veritable conflicte entre òrgans constitucionals d'un Land, de l'altra (80).

També com en els altres casos de l'article 93.1.4 de la GG la competència del BVerfG té caràcter subsidiari respecte de la dels altres Tribunals; en aquest cas, de la dels Tribunals Constitucionals dels Länder. La funció, per tant, de l'article 93.1.4 de la GG és la de garantir una manca de llacunes en la protecció jurídica dels conflictes orgànics al si d'un Land.

Paral·lela a la competència subsidiària de l'article 93.1.4 de la GG, l'article 99 de la Llei Fonamental (i corresponents arts. 13.10 i 73 BVerfGG) preveu que un Land, mitjançant una llei, confereixi al BVerfG la competència per decidir conflictes constitucionals al si del Land. D'aquesta manera, podria atorgar-se una competència directa en la resolució de tals conflictes (81).

En els processos sobre conflictes constitucionals al si d'un Land el BVerfG decideix en base al Dret constitucional del Land i no en base a les normes de la Llei Fonamental (82).

d.2) El procés: legitimació, objecte, plaç i contingut de la sentència

Legitimats en tals processos ho estan els òrgans suprems del Land i aquells o part d'aquells que la Constitució del Land o el Reglament d'un dels òrgans suprems doti amb drets propis (art. 71.1.3 BVerfGG).

El plaç de presentació del recurs és el de sis mesos a comptar des que el recurrent té coneixement de la mesura o de l'omissió (art. 71.2-64.3 BVerfGG).

En la sentència el BVerfG determina si la mesura o ommissió del demandat viola una disposició de la Constitució del Land (art. 72.2 BVerfGG). Per la resta, són d'aplicació les normes que regulen els conflictes entre òrgans federals.

## C- CONTROL NORMATIU

### a) El control normatiu en sentit ampli

En sentit ampli el BVerfG coneix a través del control normatiu de tots aquells procediments creats per mantenir la coherència interna de l'Ordenament jurídic. No en va assenyala l'article 20.3 de la Llei Fonamental que "El poder legislatiu ("die Gesetzgebung") estarà vinculat a l'ordre constitucional i el poder executiu ("die vollziehende Gewalt") i el judicial ("die Rechtsprechung") estaran subjectes a la Llei i al Dret". Sobre el compliment d'aquestes relacions el Tribunal Constitucional Federal esdevé el seu més alt vigilant.

Des d'aquesta perspectiva, sota la denominació de control normatiu poden perfilar-se, en sentit ampli, els següents procediments:

1- Sobre l'aplicabilitat del dret precosntitucional:  
el dret anterior a la constitució del Bundestag continua en vigor en tant no contradigui la Llei Fonamental (art. 123.1 GG). És així, que correspondrà decidir al Tribunal Constitucional sobre les controvèrsies que puguin suscitar-se sobre la vigència d'aquest dret (arts. 126 GG i 13.14 BVerfGG). Estan legitimats per instar el recurs: a) el Bundestag, b) el Bundesrat, c) el Govern federal i d) els Governes dels Länder (art. 86.1 BVerfGG).

2-Sobre dret internacional: segons l'article 25 de la GG "Les normes generals de dret internacional són part integrant del dret federal, tindran primacia sobre les lleis i crearan drets i deures de manera immediata pels habitants del territori federal".

Des d'aquesta perspectiva, quan en un litigi jurídic fos dubtós si una norma de dret internacional forma part del dret federal el Tribunal haurà de recabar el pronunciament del BverfG (arts. 100.2 GG i 13.12 BVerfGG). Abans de decidir la qüestió el Tribunal Constitucional donarà audiència al Bundestag, al Bundesrat i al Govern federal.

3- Sobre la interpretació unitària de la Constitució: A través d'aquesta funció el BverfG ha de vetllar per l'existència d'una jurisprudència unitària en torn de la interpretació de la Llei Fonamental.

S'estableix en aquest sentit, que tot Tribunal d'un Land que vulgui apartar-se d'una decisió del BVerfG o d'un Tribunal Constitucional d'un altre Estat federat sobre una determinada interpretació de la Llei Fonamental naurà de recabar resolució del BverfG (arts. 100.3 GG i 13.13 BVerfGG).

b) El control normatiu en sentit estricte

Ultra aquests tres procediments esmentats, que en tant que són creats per mantenir una coherència al si de l'Ordenament jurídic responen en

sentit ampli a la categoria de control normatiu, s'encomanen al Tribunal Constitucional dues funcions a través de les quals exerceix en sentit estricte aquest tipus de control. Em refereixo al control abstracte i al control concret de normes. Amb ells no es tracta ja només de copsar la qualitat o el sentit d'una norma sinó el que es qüestiona és la validesa d'una determinada disposició confrontant una norma jurídica inferior amb una norma de rang superior. Certament, aquesta comprovació no correspon en exclusiva al Tribunal Constitucional, ans al contrari, correspon a tots els jutges que hagin d'aplicar la llei. Ara bé, és només al Tribunal Constitucional Federal (o els Tribunals Constitucionals dels Länder en la mesura que es tracti de compatibilitzar normes amb el dret constitucional intern) qui té atribuït el monopoli d'excloure de l'Ordenament jurídic, en tant que la declara nul·la, una norma anticonstitucional. Aquesta funció l'exerceix a través d'aquets dos tipus de control normatiu; vegem, doncs, breument quines són les característiques principal del control abstracte i del control concret de normes.

b.1) El control abstracte (83)

b.1.1- Natura i objecte del control abstracte de normes.

El BVerfG decideix sobre les diferències d'opinió o dubtes en torn de la compatibilitat

formal o material del dret federal o dels Estats federats amb la Llei Fonamental o de la compatibilitat del dret dels Estats federats amb altres normes de dret federal, a instàncies del Govern federal, del Govern d'un Estat federat o de la tercera part dels membres del Bundestag (arts. 93.1.2 GG, 13.6 BVerfGG).

El control abstracte de normes es caracteritza per l'objectivitat del seu procediment en tant que no es produeix en ocasió de la decisió d'un cas concret; d'aquesta manera, el procés es configura com un procés de caràcter no contradictori on el que es jutja és la validesa de la norma jurídica en quant que tal. És per aquest motiu, que el Tribunal Constitucional pot desvincular-se de la reclamació fins el punt que pot decidir sobre aspectes no mencionats pel recurrent o prendre una decisió encara que el reclamant desisteixi.

De la fórmula "compatibilitat formal o material del dret" es desprèn que l'objecte del control abstracte ve constituït tant per totes les categories de llei en sentit formal com per lleis en sentit material. Per tant, objecte de control abstracte poden ser lleis de reforma de la Constitució (art. 79 GG) (84), lleis de pressupostos (85), lleis ordinàries (86), lleis d'aprovació d'acords internacionals (87), i reglaments ("Rechtsverordnungen" i "Satzen") (88).



b.1.2- El procés: legitimació, condicions del recurs, i contingut de la sentència.

Legitimats per interposar un recurs sobre control abstracte de normes ho són: a) El Govern federal, b) El Govern dels Länder i c) Un terç dels membres del Bundestag (art. 13.6 BVerfGG). La posició processual d'aquests legitimats és privilegiada en relació amb els recurrents dels altres tipus de recursos que es poden plantejar davant del Tribunal Constitucional Federal en tant que en el control abstracte no existeix cap plaç límit per interposar el recurs.

El recurs, només pot procedir quan un dels subjectes legitimats consideri que el dret federal o el dret d'un Land:

1- És nul, a causa de la seva incompatibilitat formal o material amb la Llei Fonamental o algun altre dret federal, o

2- És vàlid, després que un Tribunal, una autoritat administrativa o un òrgan de la Federació o d'un Land no hagi aplicat el dret per considerar-lo incompatible amb la Llei Fonamental o un altre dret federal (art. 76 BVerfGG).

En els primers casos, doncs, el legitimat considera que la norma és nul·la per incompatibilitat formal o substantiva amb la Llei Fonamental. En els segons, en canvi, es tracta de perseguir un efecte contrari, una declaració de validesa i, conse-

güentment, d'aplicabilitat davant d'una decisió prèvia de no aplicació per part d'un Tribunal o d'una autoritat administrativa o governamental.

La decisió d'inaplicabilitat per part d'un Tribunal només pot produir-se bé davant d'una llei preconstitucional, o bé davant d'un reglament. Lògicament la inaplicabilitat no seria possible si el que enjudicia el Tribunal ordinari és una llei en sentit formal i postconstitucional, car en tal cas està obligat a presentar una qüestió d'inconstitucionalitat davant del BVerfG.

La inaplicabilitat d'una norma també pot produir-se per part d'un òrgan de la Federació o d'un Estat federat. La naturalesa jurídica d'aquesta omisió és diferent a la de l'anterior supòsit donat que en el fons el que es planteja és un conflicte federal. Així, per exemple, i en ocasió de la creació d'una cadena de televisió, el Govern federal va fer instal·lar al territori d'Hamburg els emissors necessaris per a la difusió de les emissions de l'estació que es creava. No obstant, existia un acord interestatal de 16-II-1955 entre els Länder d'Hamburg, la Baixa Saxonia i Schleswig-Holstein establint el monopoli de les instal·lacions de ràdio i teledifusió en benefici de l'estació "Nord-deutschen Rundfunk". Entenent el Govern federal que aquest acord era inconstitucional, car la Llei Fonamental preveu la competència legislativa exclusiva del Bund en matèria de correus i telecomunicacions, procedí a inaplicar

el conveni interestatal i a dictar una nova llei. El BVerfG acceptà el recurs dels Länder entenenent que existia una divergència d'opinions entre el Parlament d'Hamburg i el Govern federal (conflicte federal), al mateix temps que es creia obligat a pronunciar-se sobre la validesa de l'acord interestatal i, per tant, sobre la seva compatibilitat amb la Llei Fonamental (89).

En fi, es preveu també reclamar la validesa d'una norma quan és una autoritat administrativa la que decideix la seva inaplicació per incompatibilitat amb la Llei Fonamental o un altre dret federal (90).

De "lege data" el control del Tribunal Constitucional pot efectuar-se només "a posteriori"; és a dir, quan la norma ja ha estat publicada al Butlletí Oficial. No obstant això, una llei no promulgada pot constituir sempre l'objecte d'un conflicte entre òrgans; i en l'àmbit de les lleis d'autorització de tractats internacionals la decisió del Tribunal ha d'ésser anterior a l'entrada en vigor del tractat.

Quan el Tribunal Constitucional arribi a la conclusió que el dret federal és incompatible amb la Llei Fonamental o que el dret d'un Land ho és respecte a la Grundgesetz o el dret federal, declararà nul·la aquesta norma. Per les mateixes raons pot declarar també nul·les altres disposicions de la norma impugnada (art. 78 BVerfGG) (91). La norma se-

rà nul·la "ex tunc" i, sense necessitat de cap més acte (ipso iure), ineficaç (92). La sentència vincula tots els poders públics i té força de llei (art. 31 BVerfGG).

b.2) El control concret (93)

b.2.1- Concepte i objecte del control concret de normes

La Llei Fonamental estableix a l'article 100.1 que quan un Tribunal consideri anticonstitucional una llei, la validesa de la qual depengui el fallo, haurà de suspendre el procés. Si es tracta d'una violació de la Constitució d'un Land haurà de recabar el pronunciament del Tribunal del Land competent en litigis constitucionals, mentre que si es tracta d'una infracció de la Llei Fonamental la petició de pronunciament haurà de dirigir-se al BverfG. També regeix aquesta norma en el supòsit d'una infracció de la Constitució pel dret d'un Land o de la incompatibilitat de la llei d'un Estat federat amb una llei federal.

Aquí l'acció ni correspon a un òrgan polític, ni es realitza un control en abstracte de la norma, sinó que, pel contrari, la legitimació s'extén a tots els òrgans jurisdiccionalis i es parteix sempre de l'existència d'un litigi concret.

El control concret de normes respon a un concepte tradicional alemany, segons el qual una llei

que viola les normes constitucionals és, des d'un principi, nul·la. D'aquí es segueix que cada jutge, abans d'aplicar una llei al litigi concret que ha de resoldre, ha d'examinar la validesa d'aquesta llei. La Llei Fonamental estableix així a l'article 100.1 l'obligació de tot jutge de controlar i examinar la validesa de les lleis que ha d'aplicar; ara bé, aquest fet no implica, al mateix temps, una facultat de rebuig o d'exclusió de la llei que consideri inconstitucional. I aquest és el sentit de la competència del BVerfG en els processos sobre control concret normatiu: el jutge ordinari és capaç de qüestionar-se la inconstitucionalitat de la llei, però només el BVerfG pot decidir, a petició d'aquell, sobre la nul·litat de la norma, perquè només sota aquesta jurisdicció es concentra el monopoli d'exclusió.

El control concret de normes, i a tenor del que disposa el reiterat article 100.1 de la GG, té com objecte la llei en sentit formal (94), ja emani aquesta dels òrgans legislatius dels Länder (95), ja sigui una llei federal. Els reglaments ("Rechtsverordnungen" i "Satzungen"), per tant, es sustrauen en l'àmbit d'aquest recurs de l'enjudiciament del BVerfG; de manera que la preeminència per declarar la inaplicabilitat d'aquesta categoria de normes recau sobre els Tribunals ordinaris.

D'altra banda, tampoc totes les lleis en sentit formal són enjudiciades davant del Tribunal Cons-

titucional. Des d'aquesta perspectiva, el BVerfG ha assenyalat que l'excepció ve constituïda per les lleis preconstitucionals; és a dir, per totes aquelles lleis promulgades abans del 23-V-1949 (96). Ara bé, el BVerfG distingeix dues categories de lleis preconstitucionals: lleis preconstitucionals "no adoptades" pel legislador i lleis preconstitucionals "adoptades" pel legislador postconstitucional ("in seinen Willen aufgenommen und damit bestätigt hat") (97), per exemple, a través d'una referència a elles en una llei postconstitucional. Les primeres, han d'ésser declarades pels jutges ordinaris com a llei inaplicable en cas de contradicció amb la GG; perquè en tots aquests casos el tema es redueix a una qüestió de derogació per llei posterior; és a dir, seria un conflicte de normes en el temps que es resol pels jutges ordinaris a través de l'exercici normal de les seves competències (98). Les segones, en canvi, esdevenen, en ésser adoptades pel legislador, lleis postconstitucionals, i en aquest sentit, poden ser només excloses de l'Ordenament jurídic pel BVerfG a qui s'atribueix, en aquest cas, el monopoli exclusiu d'una declaració d'inconstitucionalitat i, per tant, de declaració de nul·litat de les lleis.

b.2.2- El procés: legitimació, condicions del recurs i contingut de la sentència

Legitimats per iniciar un procés de control

concret de normes ho estan tots els jutges. El jutge que plantegi la qüestió ha d'estar convençut de la inconstitucionalitat de la norma; li cal exposar davant del BVerfG el fonament de la seva convicció. Encara més, però; per l'admissibilitat del recurs haurà també d'exposar en quina mesura depèn de la validesa de la norma la seva decisió sobre el cas (art. 80.2 BVerfGG).

El requeriment del jutge és independent de l'al·legació de nul·litat per una de les parts del procés (art. 80.3 BVerfGG). Tot i així, el Tribunal Constitucional donarà audiència a les parts (art. 82.3 BVerfGG). Igualment poden incorporar-se en qualsevol estadi del procés el Bundestag, el Govern federal, el Govern d'un Land i, quan s'escaigui, el Parlament d'un Estat federat (art. 82.2 BVerfGG).

El Tribunal Constitucional haurà de limitar-se a resoldre la qüestió jurídico-constitucional que li ha estat sotmesa; és a dir, no pot entrar en el fons del litigi que ha de resoldre el Tribunal ordinari, però llur decisió sobre la constitucionalitat de la norma vincula al Tribunal o jutge que ha de decidir aquest litigi.

Si el BVerfG arriba al convenciment que la llei és incompatible amb la Grundgesetz la declararà nul·la (art. 82.1 i 78 BVerfGG). La sentència vincula tots els poders públics i té força de llei (art. 31 BVerfGG).

### c) El control normatiu a la pràctica

A la pràctica, i en l'àmbit del control normatiu, els processos sobre control concret de normes han tingut i tenen un pes predominant respecte dels altres processos de control.

És cert, que a través del control abstracte el BVerfG ha tingut l'oportunitat de dictar sentències d'elevat valor jurídic i de gran significació política. Recordi's aquí, per exemple, les sentències sobre la llei d'avortament (BVerfGE 39, 1), sobre determinats aspectes del finançament dels partits polítics (BVerfGE 52, 63), o sobre la llei de pressupostos de 1981 (BVerfGE 61, 145). Cert que a través d'elles s'han decidit qüestions cabdals a la República Federal.

Però paral·lelament, i en front dels 49 processos seguits per aquesta via fins l'any 1983, el BVerfG s'ha vist cridat a resoldre 765 qüestions de constitucionalitat o "Konkrete Normenkontrolle" en el mateix període. A part del valor polític que han tingut algunes de les sentències dictades en motiu d'aquest darrer procediment, com per exemple la BVerfGE 53, 257 sobre la reforma de la llei de dret matrimonial, és de destacar l'apreciable significat jurídic d'aquestes decisions en tant que són un estri essencial en la funció de sanejament i manteniment de la coherència interna de l'Ordenament jurídic. La quantitat i la qualitat d'aquestes sentències situen el control concret normatiu en un lloc de pree-



minència entre les competències del BVerfG.

D-RECURSOS CONSTITUCIONALS. ("Verfassungsbeschwerde").

(99)

a) Concepte de recurs constitucional

Els recursos constitucionals o reclamacions d'ordre constitucional es configuren com un instrument dirigit, d'una banda, a la protecció dels drets individuals, i de l'altra, a la protecció dels drets dels ents locals.

Aquest recurs, a diferència del que ha succeït amb altres procediments, ha estat creat per la jurisprudència constitucional i introduït posteriorment a la Llei Fonamental a través de la reforma constitucional de 29 de gener de 1969, i a la BVerfGG per la reforma de 21 de desembre de 1970.

Prescrit, doncs, ja constitucionalment, el Tribunal Constitucional Federal decidirà sobre les reclamacions d'ordre constitucional:

a) Interposades per qualsevol persona que al·legui que l'autoritat pública li ha lesionat algun dels seus drets fonamentals, o un dels drets especificats als articles 20.4 (dret de resistència en front d'aquell que actua contra l'ordre constitucional), 33 (dret d'igualtat dels ciutadans i dret de

tot alemany a accedir en peu d'igualtat als càrrecs públics), 38 (dret de sufragi), 101, 103 i 104 (drets de caràcter processal: prohibició dels Tribunals d'excepció, dret de tutela judicial, garanties jurídiques en casos de privació de llibertat, prohibició del caràcter retroactiu de la llei penal i prohibició de ser sancionat més d'una vegada pel mateix acte), de la Llei Fonamental.

b) Interposades pels municipis o associacions de municipis que al·leguin una violació del dret d'autonomia administrativa (art. 28 GG) per part d'una llei, si bé quan es tracti de lleis dels Länder només en el supòsit que no càpiga recurs davant del Tribunal Constitucional del Land del qual procedeix la llei.

Per tant, la Llei Fonamental coneix de dues espècies de recursos constitucionals: aquell que "qualsevol" pot interposar, i aquell altre que pot ser presentat pels municipis o associacions de municipis. A partir d'ara ens referirem exclusivament al recurs constitucional que s'interposa davant del BVerfG excloent, així, aquells recursos que segons les lleis dels Länder poden ser elevats a llurs respectius Tribunals Constitucionals.

#### b) Pressupòsits processals del recurs constitucional

##### b.1) Legitimació



"Qualsevol" persona ("Jedermann") pot interposar recurs constitucional; aquest "Qualsevol" comprèn tant a persones físiques com a persones jurídiques. La legitimació es condiciona, però, a l'afirmació que ha de formular el recurrent en el sentit de trobar-se lesionat en un de llurs propis drets fonamentals. Conseqüentment, en quasi tots els casos, el recurs de constitucionalitat podrà ser també interposat per estrangers, amb l'excepció de què no poden al·legar una lesió d'aquells drets fonamentals o equivalents que estan garantits a la Constitució com a drets dels alemanys.

De la mateixa manera, podran interposar recurs les persones jurídiques en la mesura que a elles els siguin aplicables els drets fonamentals. Per aquest motiu, doctrina i jurisprudència han negat unànimement que les persones jurídiques de dret públic puguin ser parts processuals en un recurs de constitucionalitat. I la raó és clara si es té en compte que, d'una banda, els òrgans de l'Estat persegueixen objectius de caràcter públic, i de l'altra, que la Llei Fonamental els reconeix competències però no drets fonamentals (100).

Legalment, l'excepció a aquesta regla ve prescrita a la pròpia Grundgesetz, qui reconeix als municipis i associacions de municipis legitimació en tal tipus de processos (art. 93.1.4b GG). Tanmateix, i paral·lelament, la jurisprudència del BVerfG ha anat acceptant altres excepcions, en el sentit de

reconèixer caàacitat processual a totes aquelles persones jurídiques de dret públic que es trobin vinculades de forma immediata amb una activitat protegida per algun dret fonamental. Seria el cas, per exemple, de les Universitats i Facultats en relació amb el dret fonamental de la llibertat científica, investigativa i docent (art. 5.3.1 GG), o el cas dels organismes de radiodifusió en relació amb el dret fonamental de la llibertat d'audiència radiofònica i televisiva (art. 5.1 GG). Aquests òrgans "són institucions de l'Estat que defensen els drets fonamentals en una esfera en la que són independents de l'Estat" (101).

b.2) Objecte contra el qual es dirigeix l'acció

El reclamant ha de fonamentar el recurs en el fet que "es sent lesionat" per una acció o omissió del poder públic en algun dels seus drets fonamentals. El concepte de poder públic, que no està definit a la llei, comprèn en principi tots els actes de l'Estat, directament executats per ell o representat per algun dels seus òrgans. Poder públic, en aquest sentit, seria, doncs, el poder legislatiu, el poder executiu i el poder judicial tant de l'Estat central com dels Estats federats.

D'aquesta manera, podem distingir dos tipus d'actes contra els que cap la possibilitat que es dirigeixi l'acció i en funció del subjecte del qual emanen:

b.2.1- Actes imputables als òrgans aplicadors de la llei: recursos contra sentències i recursos contra decisions del poder executiu

b.2.2- Actes imputables al legislador: recursos contra lleis.

b.2.1- Actes imputables als òrgans aplicadors de la llei.

És norma general en aquests tipus de supòsits l'admissibilitat del recurs exclusivament quan el recurrent ha exhaurit els recursos previs en la via judicial ordinària (102). No obstant, la pròpia llei estableix dues excepcions al principi general de subsidiarietat del recurs de constitucionalitat: quan la reclamació sigui d'interès general, d'una banda, i quan puguin sorgir perjudicis greus i irreparables pel recurrent en cas que fos remès a la via judicial, de l'altra (art. 90.2 BVerfGG).

El recurs ha d'ésser presentat en el plaç d'un mes a comptar des de la publicació de la decisió o de la seva comunicació al reclamant, indicant el dret que es suposa violat i l'acció o omissió de l'òrgan o de l'autoritat per la qual es sent lesionat. (art. 93.1 BVerfGG).

b.2.2- Actes imputables al legislador

Per a què el recurrent pugui considerar-se lesionat per una llei i pugui entaular aquest tipus

de recurs és necessari que tal llei l'afecti de manera personal, actual i directa. El requisit d'"estar afectat en llurs drets" contingut a la llei, l'ha anat perfilant el Tribunal Constitucional en el sentit de què jurisprudencialment ha condicionat el recurs als requisits addicionals de l'"actualitat" (103), d'aquí que fracassi, per exemple, un recurs contra una llei que no hagi estat encara promulgada, i de la "immediatesa" (104), és adir, que la lesió causada per la llei sigui directa i, per tant, produïda sense un acte intermig d'aplicació car en tal cas no seria la llei, sinó l'acte, l'objecte del recurs.

El recurs ha d'ésser presentat dintre de l'any següent a l'entrada en vigor de la llei o de la promulgació de l'acte de sobirania (art. 93.2 BVerfGG).

Aquestes serien, doncs, en general, les condicions d'admissibilitat del recurs; condicions que seran examinades no pel corresponent Senat que hagi d'entendre el cas, sinó per una "Kammer" de tres jutges que decideix si la reclamació pot o no seguir el seu curs (105).

### c) Decisió del BVerfG

Admès el recurs constitucional, la decisió haurà d'establir quina és la disposició de la Llei Fonamental que ha estat violada i a través de quina

acció o omissió s'ha produït.

Si el recurs anava dirigit contra una llei, tal llei serà declarada nul·la (art. 31.2 BVerfGG i 95.3 BVerfGG). De la mateixa manera, si el recurs constitucional anava dirigit contra una decisió judicial, el BVerfG anul·larà aquesta decisió i retornarà l'assumpte al Tribunal competent (art. 95.2 BVerfGG). EL BVerfG, però, no revisa les decisions preses pels Tribunals ordinaris en tots els seus aspectes, sinó només en quant que aquestes puguin haver infringit un dret constitucional concret. Es tracta, per tant, de controlar de quina manera s'ajusta a la Constitució l'aplicació que el Tribunal ordinari ha fet de la llei.

La decisió del BVerfG vincularà tots els poders públics (art. 31.1 BVerfGG), i quan declari que una llei és compatible o incompatible amb la Grundgesetz o declari la seva nul·litat tindrà, a més, força de llei (art. 31.2 BVerfGG).

#### d) Els recursos de constitucionalitat a la pràctica

Com el BVerfG ha assenyalat, el tenir atribuïda una competència per a la resolució de recursos de constitucionalitat obeeix a una doble funció: la de protecció dels drets individuals i la de mitjà de garantia del Dret Constitucional objectiu (106).

En la recerca d'un equilibri entre aquestes dues funcions podria trobar-se la causa de l'especta-

cular número de peticions rebutjades. Del conjunt de processos que es tramiten davant del BVerfG més del 95 per 100 són recursos constitucionals presentats per particulars; d'aquests un mínim percentatge arriba al coneixement del Senat competent, a causa de la prèvia inacceptació de la "Kammer"; i tan sols un 1,2 per 100 han estat fins ara resolts favorablement per al recurrent (107).

#### E- PROCESSOS DE DEFENSA CONSTITUCIONAL

Sota la denominació de processos de defensa constitucional (108) s'englobarien totes aquelles atribucions del BVerfG dirigides a salvaguardar l'ordre demoliberal establert a la Llei Fonamental (109).

És clar que en els següents casos el Tribunal Constitucional Federal exerceix també un control de constitucionalitat; però aquí l'objecte de control no és una norma o l'acte de creació o aplicació d'una norma, sinó del que es tracta en realitat és d'una protecció de l'ordre constitucional i, per tant, dels fonaments del mateix Estat, això és, de l'Estat federal, democràtic i de dret, contra els actes dels particulars, de partits polítics o de col·lectius, així com d'actes dels titulars dels poders públics.

Des d'aquesta perspectiva seran procesos que tenen com a objecte la defensa de l'ordre constitu-



cional:

a) Processos de pèrdua de drets fonamentals contra particulars que abusin de determinades llibertats atentant contra l'ordre democràtic definit a la Llei Fonamental.

b) Processos de prohibició de partits polítics a través dels quals es declara anticonstitucional el partit que en virtut de llurs objectius o del comportament de llurs afiliats es proposi meyscabar o eliminar l'ordre demoliberal o posar en perill l'existència de la República Federal d'Alemanya.

c) Processos contra el Bundespräsident per violació voluntària de la Llei Fonamental o d'una altra llei federal.

d) Processos dirigits contra jutges federals o Jutges d'un Land

e) Processos sobre l'examen de les actes electorals i condició dels diputats.

a) Pèrdua de drets fonamentals ("Verwirkung von Grundrechten") (110)

La pèrdua o suspensió de drets fonamentals es preveu per a totes aquelles persones físiques (que i jurídiques

abusant de determinats drets i llibertats, atentin contra l'ordre lliberal i democràtic definit per la Llei Fonamental. En concret l'article 18 de la GG fa referència a l'abús de la llibertat d'expressió, en especial a la de premsa (art. 5.1 GG), a la d'ensenyament (art. 5.3 GG), a la de reunió (art. 8 GG), a la d'associació (art. 9 GG), a la de secret de la correspondència, del correu i del telègraf (art. 10 GG), al dret de propietat (art. 14) i al dret d'asil (art. 16 GG).

Legitimats per interposar la demanda davant del BVerfG ho són: a) El Bundestag, b) El Govern federal i c) El Govern d'un Land. Si la demanda resulta ser fonamentada el Tribunal Constitucional decidirà sobre la privació del dret i l'abast de la mateixa, establint, en tot cas, quin és el dret fonamental que el demandat ha perdut. No obstant, el Tribunal té la possibilitat, dins del marc establert per la llei, de fallar atenuant quantitativament o qualitativa la pèrdua absoluta o, en un altre sentit, d'afegir limitacions accessòries al fallo emès.

És així que el BVerfG pot en un cas concret establir que la pèrdua del dret regeix<sup>xi</sup> només durant un determinat període de temps, mai no inferior a un any. Ensenms, el Tribunal pot també imposar limitacions exactament determinades en llur tipus i durada, en la mesura que aquestes no afectin cap altre dret fonamental fora de l'extingit. En darrer terme, també es pot negar al demandat, durant el temps que duri

l'extinció del dret, el dret electoral, el dret a ésser elegit i la capacitat per exercir un càrrec públic; i en el cas que es tracti de persones jurídiques pot disposar la seva dissolució.

Quan l'extinció del dret no estigui temporalment limitada o hagi estat establerta per un plaç superior a un any, el BVerfG pot, sempre que hagin transcorregut dos anys des de la declaració de l'extinció del dret i a instància de part, deixar sense efecte totalment o parcial l'extinció o reduir el plaç de la mateixa.

El procés sobre l'extinció de drets fonamentals ha estat molt discutit per la doctrina alemanya car suscita nombroses qüestions jurídiques, sobre tot respecte de la seva aplicació. així com dels efectes d'eventuals sentències condemnatòries (111). En realitat fins ara no ha estat gairebé utilitzat. En més de trenta anys d'experiència del Tribunal Constitucional Federal s'han produït solament dos d'aquests processos i ambdós finalitzaren amb el rebuig de la pretensió deduïda pel Govern federal (112).

b) Inconstitucionalitat dels partits polítics  
("Verfassungswidrigkeit von Parteien") (113)

Col.laboradors en la formació de la voluntat política del poble, els partits polítics són a la República Federal d'Alemanya un important factor de

la vida constitucional. Per això, el constituent havia de garantir el més àmpliament possible a la Llei Fonamental la llibertat dels partits polítics. Al mateix temps, però, havia també de protegir l'ordre fonamental de llibertat i democràcia contra partits contraris a la Constitució. Per superar aquesta antinòmia el constituent els atorga una garantia constitucional, que la doctrina ha anomenat "privilegi dels partits", consistent en protegir-los d'una intervenció sancionadora per part de les autoritats administratives. Com a conseqüència, la competència per decidir sobre la inconstitucionalitat d'un partit ha estat reservada al Tribunal Constitucional Federal, a diferència del que succeeix amb la resta d'associacions.

Així, si bé lliure és la seva fundació (art. 21.1 GG), tot partit polític que en virtut dels seus objectius o del comportament dels seus afiliats es proposi menyscabar o eliminar l'ordre bàsic demolíberal (114), o posar en perill la pròpia existència de la República Federal, pot ser declarat inconstitucional pel Tribunal Constitucional.

Legitimats per instar el procediment de prohibició d'un partit polític ho són: a) El Bundestag, b) El Bundesrat i d) El Govern d'un Land, si bé en aquest darrer cas ho és en la mesura que l'organització del partit polític es limiti al territori del seu Estat..

La declaració d'inconstitucionalitat pot anar

dirigida contra la totalitat d'un partit o bé pot limitar-se a una part jurídica o administrativa independent del mateix, i comporta la dissolució del partit o bé de la part independent, d'una banda, i la prohibició de crear una organització substitutiva de l'altra.

Fins avui han tingut lloc davant del BVerfG dos processos de prohibició de partits. Ambdues demandes s'entaularen l'any 1951 i ambdós processos finalitzaren amb la comprovació de la inconstitucionalitat del "Sozialistischen Reichspartei" (SRP) (115) i del Partit Comunista (KPD) (116). Són aquestes sentències capitals per comprendre les condicions de la prohibició d'un partit, del significat de l'article 21.1 de la GG i de l'abast del terme "ordre liberal i democràtic" que instaura la Grundgesetz.

c) Acusacions contra el Bundespräsident ("Präsidentenanklage") (117)

L'enjudiciament del President federal, com a òrgan amb responsabilitat estatal, es preveu per primera vegada a la història constitucional alemanya a la Constitució de la República de Weimar (art. 59 WRV). Reprement aquesta possibilitat, l'article 61 de la Llei Fonamental assenyala que a instàncies del Bundestag o del Bundesrat podrà acusar-se al President de la República davant del BVerfG per violació do-

losa de la Llei Fonamental ("vorsätzlicher Verletzung") o qualsevol altre llei federal.

Ben diferent d'aquest procés, és el ja vist de conflictes entre òrgans, en els quals, com a òrgan constitucional que és, el Bundespräsident està legitimat activament i passiva. Justament és l'objecte i la finalitat de cada procés l'element que els diferencia. Mentre que en els primers, en els processos d'acusació contra el Bundespräsident, es persegueix una defensa de la Norma Fonamental contra una violació dolosa de la mateixa, en els segons, en els processos de resolució de conflictes entre òrgans constitucionals, es cerca el reconeixement de què una mesura o omissió ha violat o posat en perill els drets subjectius constitucionals del recurrent.

Abans d'iniciar-se el procés, els legitimats per poder presentar el recurs han de procedir a una prèvia verificació del supòsit de fet. Amb tal fi duran a terme una moció d'enjudiciament que haurà de ser dipositada, com a mínim, per una quarta part dels membres del Bundestag o una quarta part dels vots del Bundesrat. A més, però, la resolució d'enjudiciament requerirà una majoria de dos terços dels membres del Bundestag o dos terços dels vots del Bundesrat, per ser aprovada. L'acusació, que davant del BVerfG es durà a terme per una comissió de la cambra acusadora, haurà d'ésser presentada dintre d'un plaç de tres mesos comptats des què el cos legitimat activament té coneixement dels fets que la fonamenten.

En cas d'un fallo condemnatòri el Tribunal Constitucional Federal podrà declarar privat del càrrec al Bundespräsident; i amb el pronunciament del fallo es produeix la pèrdua del càrrec.

Fins avui no s'ha entaulat cap demanda d'acusació davant del BVerfG contra el Bundespräsident.

d) Acusació contra els jutges. ("Richteranklage")

(118)

Com en els processos d'acusació contra el Bundespräsident, l'acusació contra els jutges té com a objecte la defensa de l'ordre constitucional. És per això, que en aquest procés no es tracta de constatar una responsabilitat penal o disciplinària del jutge, sinó d'exigir una responsabilitat de caràcter polític (119).

Des d'aquesta perspectiva, quan un jutge federal ("Bundesrichter") cometi en el seu càrrec o fora d'ell una infracció contra els principis de la Llei Fonamental o contra l'ordre constitucional d'algun Estat federat, podrà ser acusat davant del BVerfG. Els Länder poden adoptar per llurs jutges ("Landesrichter") una acusació correlativa a la prevista pels jutges federals; però en tot cas, correspon al BVerfG pronunciar-se sobre l'acusació contra un jutge. No obstant, d'aquest procediment s'excep-

tuen els propis jutges del Tribunal Constitucional Federal, pel que regeix el previst a l'article 105 de la BVerfGG (120).

Legitimament activament ho és el Bundestag, qui prendrà la decisió per majoria de dos terços dels seus membres. No procedirà el recurs si han passat ja sis mesos des de la finalització del procediment judicial previ amb caràcter de cosa jutjada resultant el jutge culpable de la violació, ni tampoc passats dos anys des de la transgressió.

Si la sentència del BVerfG és inculpatòria podrà establir que el jutge sigui, o bé traslladat, o bé jubilat. I en cas que la infracció hagués estat deliberada podrà ordenar la seva destitució.

Fins avui tampoc mai no s'ha presentat cap demanda d'aquest tipus davant del Tribunal Constitucional Federal.

e) Examen de les eleccions i adquisició o pèrdua de la condició de diputat ("Wahlgerichtsbarkeit") (121)

Finalment, i dintre d'aquest darrer grup de competències del BVerfG que tenen com objectiu l'anomenada defensa constitucional, s'inclouen els processos d'examen de les eleccions ("Wahlprüfung") i de pèrdua o adquisició de la condició de diputat.

En aquest cas, també, l'atribució de tal competència al BVerfG respon a un objectiu d'especial



protecció de la democràcia. I en aquest sentit assenyala Hans LECHNER que aquests processos no estan configurats per garantir una protecció de drets subjectius, sinó per determinar la validesa pròpiament dita d'una elecció, i per això, estan dirigits a protegir drets processals i objectius tendents a garantir una composició legítima del Bundestag (122).

Efectivament; contràriament als recursos constitucionals, es tracta, en aquest casos, de processos de caràcter objectiu (123), en els quals, i per a què prosperi el recurs, és necessari al·legar una violació de les normes que regulen la composició de l'òrgan legislatiu (124); i per això, el BVerfG pot incidentalment, en el procés, examinar la validesa de les normes electorals en qüestió (125).

Al Bundestag correspon l'examen de la regularitat de les Actes i decidir si un diputat ha perdut o no la seva condició. És aleshores, contra aquestes resolucions, que es pot presentar recurs davant del Tribunal Constitucional Federal.

El recurs ha d'ésser presentat en el plaç d'un mes des de la resolució del Bundestag: a) pel diputat la condició del qual es discuteix, b) per qui tingui dret a votar quan obtingui el suport al menys de cent persones amb dret de vot i c) per una fracció o una minoria del Bundestag que abasti al menys la dècima part del número legal de membres parlamentaris.

#### IV- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL

#### IV- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL

##### 1- LA INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL COM A ELEMENT DE-FINIDOR DEL CARÀCTER JUDICIAL O POLÍTIC DE LES DECISIONS DEL BVerfG

El recorregut que acabem de fer per les competències del BVerfG, pel mode d'elecció dels seus jutges i pel procés de la presa de les seves decisions, té com objectiu immediat el de descriure l'òrgan del qual emanen els criteris que en la darre-ra part haurem d'analitzar. Mediatament, però, la intenció és la de precisar el caràcter jurisdiccional del BVerfG, i amb ell, el caràcter jurídic de les se- ves decisions.

I amb això, examinats els elements necessaris per a una equànim ponderació, s'arriba al tema de la discutida qüestió de la naturalesa del "més alt vigilant de la Constitució".

Que el Tribunal Constitucional Federal és un Tribunal no és només una opinió defensada majorità- riament per la doctrina (126), sinó que és també una decisió constitucional. És evident que la Llei Fonamental ha volgut crear un Tribunal Constitucio- nal com a part integrant de l'anomenat poder judi- cial, establint a l'article 92 que "El poder judicial estarà confiat als jutges, essent exercit pel Tri- bunal Constitucional Federal, així com pel Tribunals

Federals previstos en la present Llei Fonamental i pels Tribunals dels Länder".

Que la jurisdicció constitucional és jurisdicció resulta també de què només pot exercir les seves competències, per cert fixades taxativament per la Constitució i per la Llei, a petició de part (arts. 13 i 23.1 BVerfGG), de manera que es preserva "una intervenció directa d'ell en el procés d'integració política de l'Estat" (127).

I en darrer terme, que les seves decisions són de caràcter jurídic i no provenen d'una arbitrària voluntat política, es deriva de la seva especial relació amb el Dret. EL BVerfG només pot prendre una decisió fonamentada, fonamentada jurídicament (art. 30.1.2 BVerfGG); és a dir, ha d'exposar la vinculació entre els fets que originen la decisió i les normes aplicables al cas concret.

No obstant, i malgrat l'evidència del caràcter jurisdiccional del BVerfG, al menys desitjat pel constituent i pel legislador, no han faltat veus que han intentat posar de manifest el caràcter eminentment polític d'aquest òrgan i, consegüentment, de les seves decisions. Al respecte s'han aduït diverses causes, algunes fàcilment rebutjables, i algunes altres amb una forta càrrega de raó.

La sospita que el BVerfG és un òrgan que fa política prové per alguns autors del caràcter d'òrgan constitucional de què gaudeix el Tribunal (128). Però legalment, que el BVerfG sigui un òrgan consti-

tucional, no té més implicacions que ser, al mateix temps, un òrgan autònom i independent; aquestes notes és concreten, d'una banda, en la facultat d'autoreglamentació, de l'altra, en una no subordinació ni pressupostària ni organitzativa respecte d'un altre òrgan, i finalment, en un estatus dels seus jutges diferent al de la resta de jutges federals.

Per altres autors l'especial mode d'elecció dels jutges d'aquesta jurisdicció posaria en evidència la influència política externa a la que ja inicialment, des de la seva formació, es veu sotmesa aquesta institució. Valgui aquí aduir com a rèplica les paraules de KELSEN que ja hem exposat en les pàgines dedicades a l'elecció dels jutges constitucionals: és sempre millor "en lloc d'una influència inoficial i incontrolada establir una institucionalitzada i controlada participació, condició bàsica per garantir la democràtica legitimació de la jurisdicció constitucional" (129).

La crítica més substancial, però, és la que es trasllada al terreny interpretatiu, és a dir, la que intenta reflectir l'indole de la relació entre les decisions del BVerfG i les normes jurídiques que en elles s'activen. I aquesta és la pedra de toc del problema: "El problema del caràcter polític o no polític de la jurisdicció constitucional es en definitiva el problema de la interpretació constitucional" (130).

És avui ja indiscutible el caràcter normatiu de la Constitució (131); però és també evident que

la norma constitucional és estructuralment diferent de la norma ordinària. La diferència es troba en el major grau de generalitat i d'abstracció, l'escassa normació i la poca predeterminació del Dret Constitucional, en front d'aquelles normes que responen a l'estructura típica de supòsit de fet i conseqüència jurídica. La relació que el jutge ordinari té amb la llei que aplica no és la mateixa que la que té el jutge constitucional amb la Llei Fonamental.

D'aquesta manera el problema troba el seu origen, no en les peculiaritats del Tribunal Constitucional com a Tribunal, sinó en les característiques de la norma amb la qual opera. És a dir, "lo que resulta "peculiar" es la interpretació de la Constitución, no el que la efectue un determinado tribunal, ya que las singularidades jurídicas no pueden descansar en la existencia o no de recursos y en su voluntaria interposición o no por las partes. Además de que el carácter "peculiar" de su interpretación no obedece, en la Constitución, sólo a la importancia política de los problemas que, a su amparo, pueden suscitarse, sinó también, y sobre todo, a la propia condición específica de la norma constitucional" (132).

Davant dels fets, doncs, la qüestió es trasllada a saber si els mètodes usuals d'interpretació són aplicables a l'esfera de la interpretació constitucional.

## 2- ELS MÈTODES D'INTERPRETACIÓ CONSTITUCIONAL

Pel fi que ens ocupa ens sembla interessant fer un ràpid recorregut per les diferents posicions de la doctrina alemanya sobre la qüestió de la interpretació constitucional. No ens endinsarem ni en l'origen ni en l'evolució de la pol·lèmica; però se'ns permetrà, a títol d'exemple, destacar les aportacions amb més rellevància doctrinal per contrastar-les, en darrer terme, amb el mètode interpretatiu del BVerfG.

Des d'aquesta perspectiva, i seguint la clarificadora exposició de BÖCKENFÖRDE (133), destacarem: a) La teoria clàssica, represa avui per FORSTHOFF, b) el mètode de la tòpica, del que en són representants EHMKE i HÄBERLE, c) les doctrines orientades vers les ciències de la realitat, que troben llur origen en SMEND i d) les doctrines hermenèutiques concretitzadores de HESSE i de MULLER.

Com es veurà, l'única teoria que defensa l'aplicabilitat dels mètodes clàssics d'interpretació de la llei és la de FORSTHOFF; les altres, convençudes de la peculiaritat de la norma constitucional, intenten elaborar un mètode propi i exclusiu per a la interpretació d'aquesta norma.

### a) La teoria clàssica

El mètode voluntarista, denominat avui teoria clàssica de la interpretació, presenta dues variants

fonamentals: la subjectiva i l'objectiva.

La vessant subjectivista, que troba el seu punt de partida en l'obra de SAVIGNY, centra la finalitat de la interpretació en la indagació de la voluntat del legislador; la interpretació d'un text legal és, pels seus defensors, bé el descobrir la intenció primària del legislador en dictar la norma, o bé l'indagar el que hagués volgut el legislador assenyadament en una determinada situació. Amb tal fi el mètode subjectivista empra, quan a través d'una interpretació gramatical no s'abasta la "voluntas legislatoris", tots els mètodes possibles que ofereixi la ciència històrica (134).

La segona vessant de la teoria clàssica, l'objectiva, tracta en canvi de trobar l'anomenada "voluntas legis" o voluntat objectiva de la pròpia llei. La llei -afirmarà Karl BINDING- una vegada ha estat promulgada es separa del seu autor i troba una existència objectiva (135). És així, que l'únic que té valor perceptiu per als objectivistes és aquest contingut de voluntat en la llei; les expectatives i els propòsits del legislador que no han trobat expressió en la llei careixen d'obligatorietat (136). L'autor de la llei ha jugat ja el seu paper -asseveren els objectivistes-, i llur voluntat es troba ara feta text; en ell l'intèrpret haurà de cercar llur contingut, llur fi i llur sistema de valors.

En els darrers anys, i en l'àmbit del Dret públic, el mètode subjectiu ha recobrat acèrrims de-



fensors. L'obra de FORSTHOFF (137) seria l'exemple més evident.

La tesi de FORSTHOFF arrenca d'una crítica directa contra els mètodes valoratius, especialment contra la teoria de SMEND, per a la qual aquests aporten només una "desestabilitat del Dret constitucional, en tant que disolen la Llei constitucional en una mera casuística" (138). Retornem al mètode jurídic!, seria el lema que resumidament descriuria la seva aportació.

La seva teoria es concretaria en torn dels següents punts: En primer lloc, FORSTHOFF considera que la plasmació formal de la Constitució en llei és una consecució de l'Estat de dret i un fonament de la seva evidència i estabilitat (139). La peculiaritat de la Constitució en front de les altres lleis -que no és en cap moment negada (140)- es desenvoluparia a la base d'un comú denominador entre llei i Constitució: la forma i el caràcter de llei. No obstant, per a FORSTHOFF, "aquesta afirmació no significa cap retorn al positivisme sinó res més que una seriosa presa en consideració de la Constitució com a Llei" (141). En segon lloc, i com a colorari d'aquesta equiparació, considera que la Norma Fonamental és interpretable pels mateixos mètodes que la llei; la singularitat de la Constitució front les altres lleis es pot tenir en compte en la interpretació com una data complementària sense que això minvi l'eficàcia dels mètodes interpretatius tradicionals. I finalment, el tercer punt destacable de la seva tesi,

seria l'afirmació que la interpretació de les lleis, i per tant de la Constitució, és plausible a través de les regles del mètode hermenèutic clàssic acunades per SAVIGNY.

Les crítiques que el mètode de FORSTHOFF ha rebut, que no són poques, són, com veurem, les crítiques que també es poden destinar al mètode interpretatiu del BVerfG essencialment basat en la tesi d'aquest autor.

#### b) El mètode de la tòpica

El mètode de la tòpica neix com a rèplica a les deficiències que comporta l'hermenèutica clàssica, derivades de la simultània aplicació del mateix mètode interpretatiu a la llei i a la Constitució. La Constitució, segons els defensors de la tòpica, en front del contingut programàtic de la llei que lliga un fet a una conseqüència jurídica, presenta un contingut fragmentari i indeterminat. Categories de normes tan dispars requereixen, al mateix temps, mètodes d'interpretació diferents. Així és com a partir de la tòpica es crea un mètode específic d'interpretació constitucional.

La tesi bàsica del mètode tòpic és l'afirmació que el "preconeixement" ("Vorverständnis") i no la norma, és l'element essencial de la interpretació. El "preconeixement" no es deriva de la norma a interpretar; el contingut de la norma és només un altre punt de vista a tenir en compte en el procés d'in-

terpretació.

Des d'aquesta perspectiva, EHMKE afirmarà que les decisions i principis fonamentals de la Constitució són simples "materials de Dret Constitucional" destinats a servir de mers punts de vista interpretatius (142). El que en definitiva importa és el "preconeixement -tant del "problema" com de la Constitució- car és l'únic element que conté la verdadera predecisió sobre la "Interpretació"" (143). En què consisteix tal "preconeixement"? EHMKE, com apuntàvem, no el troba en el que resulta de la pròpia norma; això suposaria una primacia de la norma sobre el "problema". Ans al contrari, per a aquest autor el "preconeixement" és l'element que es deriva d'una concreta argumentació teòrico-constitucional creada per "tots els pensaments assenyats i justos" acceptats per consens entre la primera línia de la doctrina, els jutges i la comunitat (144).

L'amplitud del concepte, però, suposa , a la pràctica, oferir a l'interpretat una quasi il·limitada llibertat d'argumentació per fer valer la conveniència o l'adequació de llur resolució de la qüestió. És així, com des de la pròpia tòpica s'ha anat intentant limitar o concretitzar l'àmbit del mètode d'interpretació. En aquest sentit, es pot afirmar que s'ha produït una palesa radicalització i democratització del mètode.

I això és el que ha vingut a representar l'aportació de HÄBERLE en l'àmbit de la tòpica. Per

aquest autor la interpretació ha d'ésser un procés en el qual hi participin "tots els òrgans de l'Estat, totes les potències públiques, tots els ciutadans i grups" (145). En la tesi de HÄBERLE són els mateixos ciutadans, la "societat oberta", la que es troba en el lloc dels "assenyats i justos pensaments"; és a dir, en el lloc dels portadors del consens en l'argumentació tòpica. El procés interpretatiu és, ara, no ja només un procés obert sinó un procés públic: la Norma Fonamental és "mirall i focus lluminós de la vida pública i de la realitat social" (146); "viure i actualitzar la Constitució és interpretar la Constitució" (147).

Consegüentment, la interpretació constitucional és un procés dirigit a averiguar "la realitat i la pluralitat de la vida pública, les necessitats i possibilitats de la comunitat" que es troben davant i darrera de la Constitució. L'interpret és només, en la tesi de HÄBERLE, un intermediari entre la Norma i la Societat (148).

c) Les doctrines orientades vers les ciències de la realitat

La interpretació constitucional orientada per les ciències de la realitat troba el seu punt de partida en l'obra de SMEND (149).

En la teoria d'aquet autor "sentit" i "realitat" de la Constitució constitueixen els paràmetres bàsics en la interpretació de la Llei Fonamental. Per

a SMEND la Constitució és l'Ordenament jurídic de l'Estat; concretament de la vida en la que l'Estat troba la seva realitat existencial; això és, el seu procés d'integració (150 ). Des d'aquesta perspectiva el "sentit" d'aquest procés seria la constant creació de la realitat vital de l'Estat, i la Constitució seria, en tant que expressió d'aquest sistema de sentits, la norma que normativitzaria tal procés.

Lògicament, SMEND accepta que la Constitució no pot reglar tots els nous valors que constantment es produeixen en la vida estatal; però el seu "sentit", afirmarà al mateix temps, és aquest: abastar-los en la mesura que prenen força en l'existència de l'Estat. És així, que "l'immanent i evident "sentit" de la Constitució és el que li dóna la seva elasticitat, i el seu sistema es completa per sí mateix i es transforma" (151).

Tanmateix, en la teoria de SMEND la Constitució no perd el seu caràcter de Dret positiu. Ara bé, tampoc és considerada només com una norma, sinó com a quelcom més; i aquest quelcom més és la seva "realitat", "realitat integrant" o "realitat de l'esperit constitucional". És a dir, la Constitució és la norma que integra la realitat resultant del procés d'existència de la comunitat político-estatal (152).

Les conseqüències pràctiques d'aquesta teoria resulten, així, evidents: l'interpret, guiat pel mètode intuïtiu de les ciències de la realitat, troba fora de la Constitució les normes, principis i

decisiones constitucionales, el contenido de los cuales está ya predeterminado por el "sentido" y la "realidad" de la Ley Fundamental. El intérprete, pero, no es una instancia que controle la evolución constitucional sino sólo quien la reconoce y le otorga expresión (153).

d) Les doctrines hermenèutiques concretitzadores

El método interpretativo de la hermenéutica concretizadora intenta abandonar la formulación establecida por la tónica, que presenta la interpretación constitucional como un proceso abierto, para encontrar el sentido de la interpretación en la propia existencia de la norma. En el punto central del método se encuentra el concepto de la "concretización" y la cuestión de los "elementos concretizadores". Los autores más representativos dentro de esta corriente son Konrad HESSE y Friedrich MÜLLER.

"La interpretación constitucional -establece HESSE- es concretización". "El contenido de la norma a interpretar -explica- encuentra su sentido en la interpretación"; es decir, "la interpretación jurídica tiene carácter creador". En consecuencia, la concretización, que para HESSE sólo es posible desde un punto de vista normativo, es decir, "ligando el hecho a la norma", es creación de Derecho (154). El objetivo de la interpretación no es, por tanto, en esta teoría, averiguar un contenido preexistente sino concretarlo y, en este sentido, crearlo.

Per a HESSE els problemes en la interpretació sorgeixen exclusivament quan la Constitució no conté una solució evident, quan per si mateixa no decideix un determinat contingut: "On no existeixen dubtes no hi cap la interpretació" (155). La concretització, per tant, procedirà quan l'interpret fagi us de normes el contingut de les quals representi tant sols un marc o un principi constitucional; seria el cas, per exemple, de les normes sobre drets fonamentals o de les disposicions sobre els objectius estatals.

En la tesi de HESSE en el lloc de l'afirmació tòpica de la "primacia del problema" es troba la "primacia del text"; és a dir, el text normatiu actua com a frontera de la interpretació. No obstant, tot i formular aquest retorn a la normativitat, incardina el procés de la concretització en els postulats essencials de la tòpica. "Concretització -afirma- suposa "comprensió" ("Verstehen") de la norma a concretar", és a dir, unió de la norma amb la realitat. Però tal comprensió -i aquí és quan reprèn el mètode tòpic- no s'opera en abstracte sinó que està directament relacionada, d'una banda, amb el "preconeixement", idea prèvia o contingut aproximatiu que té l'interpret de la norma i que constantment ha d'ésser contrastat amb la realitat; d'altra banda, i al mateix temps, tal realitat la constitueix el problema concret que cal resoldre; en aquest sentit, l'interpret ha de referir a aquest problema la norma que pretén precisar. Tal precisió, però, i l'aplicació

de la norma al cas concret suposen un procés unitari completament distint de l'aplicació "a posteriori" de quelcom preexistent (156). És per això que HESSE considera que "no hi ha cap problema concret independent de la interpretació constitucional" (157).

Finalment, el procés de la concretització el descriu també a través d'una valoració dels "punts de vista" o tòpics a la llum del que ell anomena "principis de la interpretació constitucional" (158). Sobre el seu abast i els seu significat hi tornarem més endavant.

Amb tots aquests elements, amb el "preconeixement" de l'intèrpret i amb els "principis de la interpretació constitucional", la concretització es transforma en HESSE en la comprensió d'un problema a resoldre que simultàniament classifica els criteris de solució en la interpretació.

A una teoria tal, però, no li han faltat tampoc detractors. El retret bàsic és la permanència en l'òrbita de la tònica i de la seva indeterminació. Perquè, d'una banda, sobre la qüestió de l'orientació del problema no ofereix cap criteri controlable per a què deixi de ser un procés intuïtiu i subjectiu. D'altra banda, els "principis de la interpretació constitucional" no són principis normatius, sinó, de nou, mers punts de vista per a la interpretació, en el més pur sentit de la tònica. Com a tals aporten arguments per a la solució del problema però no són per sí capaços de seleccionar i de valorar



tals arguments (159).

No obstant, però, la formulació de HESSE té el mèrit innegable de presentar la interpretació constitucional com una concepció global; no defineix tant un mètode concret sinó una perspectiva general de com racionalitzar la tasca de l'intendent i l'objectiu de la interpretació constitucionals.

Aquest seria, també, el sentit de l'obra de Friedrich MÜLLER (160), en l'intent d'una nova restructuració i racionalització, en una esfera decididament normativista, de la concretització.

Com els altres autors, MÜLLER parteix de la insuficiència que en Dret Constitucional tenen els canons interpretatius elaborats per SAVIGNY. Perquè per a MÜLLER, que es basa en una indisoluble unió de l'intendent amb la força normativa de la norma constitucional, aquesta és només concretitzable a través dels elements que proporcionen el seu "programa normatiu" ("Normprogramm") i el seu àmbit normatiu ("Normbereich").

El "programa normatiu" és el que es conté en el text de la norma a concretitzar; i aquí és on, per a MÜLLER, els elements o canons tradicionals de la interpretació (gramatical, sistemàtic, històric i teleològic) poden jugar el paper interpretatiu que els hi és encomenat. MÜLLER precisa, a més, la jerarquia que considera que cal establir entre ells. (161).

Al mateix temps, però, afirma que en la interpretació de les normes constitucionals l'intendent no

pot aturar-se en el pas de l'operació sil·logística; la norma constitucional és quelcom més que el seu text. Certament el text, la interpretació d'aquest, delimita ja les fronteres de la següent operació; però cal anar més enllà, perquè el que del que es tracta no és ja només interpretar sinó concretitzar (162).

I aquí és quan, per concretitzar la norma, l'interpret s'ha de basar en el seu "àmbit normatiu" o "Normbereich", és a dir, "en la part de realitat social (que reposa) en la seva estructura fonamental" (163). Amb tal fi operarien principalment els principis de la interpretació, com a elements concretitzadors (164).

Com en HESSE, i com planteja BÖCKENFÖRDE (165), la problemàtica que presenta la teoria de F. MÜLLER vindria donada, d'una part, per la imprecisió de les relacions entre els tòpics i la clàssica formulació de la vinculació de la norma; de l'altra, per la funció que en l'àmbit d'aquest mètode té el concepte de la concretització.

### 3- RASCS FONAMENTALS DEL MÈTODE INTERPRETATIU DEL BVerfG I CRÍTICA DOCTRINAL AL MÈTODE

#### a) Rascs fonamentals del mètode interpretatiu del BVerfG

No podriem concloure aquesta primera part sobre el BVerfG sense haver fet esment a la seva prò-

pia metodologia interpretativa, malgrat que serà a la darrera part del treball on es desenvoluparà extensament aquesta qüestió.

El mètode interpretatiu del BVerfG s'inscriu de ple en les anomenades teories interpretatives tradicionals, que com se sap, parteixen de la creència d'una voluntat o solució preexistent que esdevé, en darrer terme, l'objecte de la interpretació.

Ja en una de les primeres sentències el segon Senat establí: "El patró per a la interpretació d'una disposició legal és l'expressa voluntat objectivitzada del legislador, resultant del propi text i del context de la norma" (166). Que la "voluntat objectivitzada del legislador" significà aleshores l'elecció del mètode objectiu per part del BVerfG, és a dir, aquell que cerca la voluntat objectiva de la llei, no va fer-se del tot evident fins a la BVerfGE de 15 de maig de 1960 (167) on es determina expressament que la primera decisió cal situar-la en l'àmbit de la teoria objectiva de la interpretació (168).

Amb la fi d'averiguar la "voluntat objectivitzada del legislador" el BVerfG recorre als elements tradicionals de la teoria de SAVIGNY: el text, el context, el fi i, en una altra mesura, la història o gènesi de la norma.

El primer pas en la interpretació d'una norma seria, segons el BVerfG, el recurs al seu tenor literal (169). Però altrament, i com bé ha posat de manifest, "la interpretació...serveix a una legíti-

ma tasca judicial quan investiga el sentit d'una disposició en tant que incardinada en el conjunt de l'Ordenament jurídic, sense estar limitada al tenor literal de la llei" (170). Per això en el mètode interpretatiu del BVerfG cobra especial rellevància els elements sistemàtico-teleològics (171). També el BVerfG ha apel·lat en diverses ocasions als elements històrics o criteris materials interpretatius ("Entstehungsgeschichte"), però, en general, els ha atorgat un paper subsidiari en el procés de la interpretació constitucional (172).

En aquesta jurisprudència el problema no és tant el de descifrar el concepte que es pressuposa a cada element sinó la funció que a cada un d'ells se li atorga; és a dir, el que resulta difícil es trobar una posició clara del Tribunal sobre les relacions jeràrquiques o sistema de connexions entre tals elements.

La pràctica del BVerfG, com veurem més endavant, no sempre s'ha cenyit al seu propi punt de partida teòric, en tant que segons el cas ha fet oscil·lar el valor de cada component interpretatiu sense, al mateix temps, haver elaborat un esquema interpretatiu que justifiqui la presa d'una determinada decisió. Aquesta és, en essència, la crítica que la doctrina li ha dedicat.

## b) Crítica doctrinal al mètode del BVerfG

La crítica doctrinal al mètode interpretatiu del BverfG s'originà en la reunió de Professors de Teoria de l'Estat celebrada a Freiburg l'any 1961, amb les ponències de Peter SCHNEIDER i Horst EHMKE (173). Des d'aleshores fins avui la crítica s'ha accentuat de la mà de professors com Martin KRIELE, Konrad HESSE, Friedrich MÜLLER o Peter HABERLE.

"Mètode caòtic" (174), "pragmatisme sense direcció" (175) i "arbitrarietat en l'elecció" (176), han estat els adjectius més usuals utilitzats per descriure el mètode interpretatiu del BVerfG.

La crítica ha anat dirigida contra els elements interpretatius i contra la base teòrica, però sobre tot, contra la insuficiència del mètode del BVerfG.

### b.1) Crítica als elements interpretatius del BVerfG

Punt de partida de la crítica és la limitada idoneïtat dels elements interpretatius utilitzats pel BVerfG per averiguar la "voluntat objectivitzada del legislador".

El tenor literal d'una norma no expressa sovint i de forma evident el significat de les paraules (177), ni tampoc com cal interpretar el seu us quan presenti en el llenguatge col.loquial o jurídic diferents significats (178). La interpretació sistemàtica, per altra banda, presentaria sempre el pro-

blema de si cal atènyer-se a una lògica formal o bé a una lògica material entre les normes (179). Àdhuc, cal tenir present que la Grundgesetz constitueix per sí mateixa un sistema jurídic i no un cúmul de connexions entre diferents instituts i principis (180). També els arguments teleològics presenten forces aspectes qüestionables. A la pràctica, preguntar-se pel sentit d'una norma es transforma en una pregunta buïda perquè per sí mateixa no indica com es pot averiguar aquest sentit o finalitat (181). A tal fi només s'hi pot arribar amb l'ajut dels altres elements (182).

Finalment, quedaria per aclarir la relació que presenten els elements interpretatius entre si. És encara una qüestió oberta la de quina jerarquia cal establir, al menys, en els casos en què l'aplicació de cada mètode condueix a un resultat diferent.

#### b.2) Crítica a les premisses teòriques del BVerfG

Tanmateix, les crítiques de la doctrina no s'han dirigit només contra les limitacions dels elements interpretatius usuals, sinó directament, també, contra les premisses teòriques de les quals el BVerfG parteix per a la interpretació. És a dir, s'ha qüestionat fins a quin punt és vàlid partir de què la interpretació és la tasca d'averiguar la "voluntat objectivitzada del legislador".

Si s'afirma que interpretar és averiguar la "voluntat objectivitzada del legislador" es pressuposa

que la norma conté a priori una solució preexistent i predeterminada, i que és aquesta, i cap més altre, la solució a assolir.

El problema que planteja aquesta tesi és evident si es té en compte que una norma jurídica no és una formulació "tancada" ni "acabada", sinó un "model d'ordenació" (183); i aquesta característica es palesa especialment en les normes de Dret Constitucional.

A la vista de l'estretesa del seu text normatiu, de l'amplitud i de la indeterminació de les seves normes és evident que la Constitució ni és un sistema conclòs, ni les seves normes contenen un contingut predeterminat (184). "Perquè en els casos en què la Constitució no conté una solució inequívoca, és a dir, en tots els casos en què es fa necessària la interpretació constitucional, la Constitució o el legislador constitucional, en realitat, no han pres cap decisió sinó que ofereixen indicis incomplets per a la solució" (185). Conseqüentment, "on no s'ha volgut fer res evident, no pot averiguar-se una voluntat real sinó només, i en tot cas, una suposada o fictícia voluntat" (186).

La tesi del BVerfG és, doncs, qüestionable ja des del seu propi punt de partida perquè a través de la "voluntat objectivitzada del legislador" es vol averiguar quelcom que no preexisteix realment.

### b.3) La insuficiència del mètode del BVerfG

Les discrepàncies entre la teoria i la pràxis del Tribunal Constitucional Federal en la interpretació posen de manifest la insuficiència teòrica del seu mètode. F. MÜLLER afirma, en aquest sentit, que el BVerfG quan amb els mètodes usuals no pot fonamentar en la interpretació un resultat convincent, recorre a l'us d'altres mètodes o nous tòpics interpretatius (187).

La crítica doctrinal, malgrat tot, no s'ha dirigit tant a un rebuig absolut del mètode del BVerfG sinó més aviat a palesar la seva insuficiència. L'afirmació resulta clara quan hom llegeix les obres d'aquests autors i descobreix, certament, sempre una crítica als elements i a la base teòrica del BVerfG sobre la interpretació; però després, quan cada autor aporta la seva pròpia proposta, no renuncia al'us del mètode tradicional sinó que, reconeixent les seves insuficiències, l'adopta al costat de noves tesis per a la interpretació de les normes constitucionals (188).

La crítica al mètode del BVerfG és, per tant, no tant una crítica dirigida a palesar un error en l'elecció del mètode sinó, més aviat, a fer evident una manca de perspectiva global. En aquest sentit, EHMKE ha descrit el mètode usual de la interpretació com un "punt de vista interpretatiu absolutament parcial" (189) que cal completar amb d'altres.



Els arguments crítics que s'han exposat no són gens vanals si recordem el que dèiem al principi d'aquest capítol quan plantejàvem que la interpretació és la pedra de toc que dilucida el caràcter de les decisions del Tribunal Constitucional. Al BVerfG se li ha retret que si bé teòricament ha obtingut per la utilització del mètode objectiu tradicional, a la pràctica les seves decisions palesen l'ús d'una amalgama de diversos mètodes que incrementen la seva llibertat com intèrpret i accentuen el caràcter polític de les seves decisions.

## NOTES

(1) Helmut STEINBERGER: "Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania", a Revista de Estudios Políticos, núm. 51, 1986, pàg. 8

(2) L'organització, el funcionament i les competències del "Staatsgerichtshof" es regulaven a la "Gesetz über den Staatsgerichtshof" de 9-VII-1921.

(3) MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN: Bundesverfassungsgesetz. kommentar. München, 1967, Com. art. 13, par. 43.

(4) Sobre aquest tema, H. LAUFER: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Tübingen, 1968, 623 pàgs.

(5) La "Gesetz über das Bundesverfassungsgerichts" ha estat modificada en diverses ocasions: 21-VII-1956, 26-VI-1959, 3-VIII-1963 i 21-XII-1970. Actualment regeix el text actualitzat de 3-II-1971, modificat per l'article 31 de la llei de 2-III-1974, per l'article 96 de la llei de 24-VIII-1976, per l'article V de la llei de 20-III-1979, per l'article 33 de la llei de 22-XII-1983, i per la llei de 12-XII-1985.

El Reglament, "Geschäftsordnung des BVerfG" ha estat modificat per la Resolució de 5-XII-1978 i per la resolució de 15-XII-1986.

(6) Sobre aquest tema existeix una extensa bibliografia; són interessants, entre altres, les obres dels següents tractadistes: E. FRIESENHAHN: Wesen und Grenzen der verfassungsgerichtsbarkeit", a Zeitschrift für Schweiz Recht, vol. 73, 1954, pàgs. 129 i seg.. H. KELSEN: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", VVdStRL, 5, 1929, pàgs. 54 i seg.. H. KELSEN: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Berlin, 1931. R. DOLZER: Verfassungskonkretisierung durch das BVerfG und durch politische Verfassungsorgane, Heidelberg, 1982, 57 pàgs. R. DOLZER: Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des BVerfG, Berlin, 1972, 129 pàgs. G. LEIBHOLZ: "Das BVerfG und die richterliche Beurteilung der Politik", a Universitas, 1963, pàgs. 1283 i seg. G. LEIBHOLZ: "Der Status des BVerfG" a Das BVerfG, Karlsruhe, 1963, pàgs. 61-86. G. ROELLECKE: Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, Weinheim, 1961. H. TRIEPEL: "Wesen und Entwicklung des Staatsgerichtsbarkeit", a VVdStRL, 5, 1929, pàgs 2 i seg. R: SMEND: Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, ara recollit a Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin, 1955, pàg. 119 i seg. H. LAUFER: Op. cit, 623 pàgs.

(7) T. MAUNZ: Deutsches Staatsrecht, München, 1978.  
22 ed. pàgs. 289

(8) Amb més referències sobre aquest concepte d'òrgan constitucional: JELLINEK: System der Subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1919, pàg. 223. Klaus STERN: Das Staatsrecht der BRD, München, 1980, vol.II pàg. 344. H.J. WOLFF i O. BACHOF: Verwaltungsrecht, München, 1976, pàgs. 62 iseg.

(9) M. GARCÍA-PELAYO: "El "Status" del Tribunal Constitucional", a REDC, núm. 1, 1981, pàg. 14.

(10) Interessant per aquest tema és també el Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Neue Folge, vol. VI. pàgs. 109-223, que conté estudis i documents sobre l'estatus del BVerfG.

(11) I. de OTTO PARDO: "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", a El Tribunal Constitucional, vol. III, Madrid, 1984, pàg. 1941.

(12) Id., pàg. 1939

(13) El contingut del càrrec de jutge constitucional està regulat a la "Gesetz über das Amtsgehalt der Mitglieder des BVerfG" de 28-II-1964, modificada per la llei de 20-XII-1974, d'una banda, i a la BVerfGG (arts. 98 i seg.), de l'altra, essent el règim gene-

ral dels jutges federals aplicable només subsidiàriament.

(14) Hans LECHNER: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. München, 1973, 3 ed., pàg. 63

(15) Aquesta declaració, però, s'ha d'entendre en tot moment revocable, i per tant, no incondicional, si es té en compte que els jutges poden sol·licitar en tot moment ser rellevats dels seus càrrecs (art. 12 BVerfGG).

(16) Tal habilitació es troba reglada a la "Deutsches Richtergesetz" de 8-IX-1961, reformada per la llei de 19-IV-1972, i es concreta en l'exigència d'haver cursat el cicle complert dels estudis de Dret i d'haver aprovat els dos exàmens en ella previstos

(17) K. STERN: Das Staatsrecht..., cit. vol. II, pàg 337.

(18) Tribunals Supremes de la Federació són els esmentats a l'article 95 GG: El Tribunal Federal Suprem (Bundesgerichtshof), el Tribunal Administratiu Federal (Bundesverwaltungsgericht), el Tribunal Federal Financer (Bundesfinanzhof), el Tribunal Federal de Treball (Bundesarbeitsgericht) i el Tribunal Social Federal (Bundessozialgericht). Sobre el nomenament dels jutges d'aquests Tribunals resold en cada branca el Ministre federal competent, conjuntament amb

una Comissió de Selecció Judicial ("Richterwahlausschu<sup>55/</sup>") composada pels Ministres dels Estats federats de cada matèria i un número igual de vocals elegits pel Bundestag.

(19) Havent declarat per escrit que estan disposats a ser membres del Tribunal, els jutges elegits són nomenats pel President federal (art. 10 BVerfGG). Expirat el període de 12 anys o arribat al límit d'edat determinat pel final del mes que compleix 68 anys, el jutge ha d'abandonar l'exercici del càrrec. Conclòs el període de llurs funcions els jutges les seguiran desenvolupant en tant no siguin designats els seus successors (art. 4.4 BVerfGG). No obstant això, i abans de complir aquests límits legals, preveu la BVerfGG la possibilitat, voluntària en determinats casos i obligatòria en d'altres, d'una remoció anticipada dels jutges. Voluntàriament els jutges del BVerfGG poden sol·licitar en tot moment ser relevats dels seus càrrecs, comunicant al President federal la seva remoció (art. 12 BVerfGG). També de forma voluntària pot el jutge passar a situació de retiro a través de pròpia sol·licitud quan hagi complert 65 anys, i hagi exercit les seves funcions com a jutge constitucional al menys durant 6 anys (art. 98.2 BVerfGG). Diferents als suara esmentats són els casos de remoció per incapacitat permanent del jutge o el de remoció per condemna firme car la iniciativa de la remoció no depèn del propi jutge. Així en cas

d'una incapacitat permanent per exercir el càrrec o bé quan pesi sobre el jutge una condemna ferma a causa d'una acció deshonrosa o pena de més de 6 mesos, o quan sigui culpable de violacions tan greus dels seus deures que fagin impossible la seva permanència en el càrrec (art. 105.1.2 BVerfGG) serà el Plenari del Tribunal qui decideixi sobre la iniciació d'aquests procediments, i el President federal qui autoritzi el retiro o la remoció del càrrec.

(20) En aquest sentit, Hans SPANNER: Das Bundesverfassungsgericht. München, 1972, pàg. 23

(21) Des d'aquesta perspectiva afirma H. LECHNER: Op. cit., pàg. 66, que la impossibilitat d'una nova elecció garantitza la independència i la imparcialitat dels jutges

(22) Jean- Claude BEGUIN: Le control de la Constitutionnalité des Lois en RFA, París, 1982, pàg. 29

(23) Sobre aquest tema la bibliografia és molt extensa; poden consultar-se, a més de les que es citen, les obres següents: v. EICHHORN: Die Bestimmungen über die Wahl des Bundesverfassungsrichters als Verfassungsproblem, 1969. KRÖGER: "Richterwahl", a BVerfG und GG, vol. I, Tübingen, 1976, pàgs. 76 i seg.. FROWEIN-MEYER-SCHNEIDER: BVerfG im dritten Jahrzehnt. Symposion zu Ehren von Ernst Friesenhahn anlässlich seines 70. Geburtstages. Frankfurt, 1973,

pàgs. 68 i seg.. W. BILLING: Das Problem der Richterwahl zum BVerfG, Berlin, 1969.

(24) A. SATTLER: Die Rechtstellung des BVerfG als Verfassungsorgan und Gericht, Göttingen, 1955, pàg. 246.

(25) Pel procediment d'elecció del jutges federalis, vid. art. 95 de la GG.

(26) En aquest sentit, F. GIESE: Die Richterwahl in Deutschland, pàgs. 309-311 i W. WEBER: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 1970, pàgs. 87 i seg., citats a H. LAUFER: Op. cit. pàg. 208.

(27) Així assenyala l'article 21.1 de la GG que "els partits polítics col.laboran en la formació de la voluntat política del poble".

(28) H. KELSEN: Wesen..., cit. pàg. 54.

(29) Activitat prèvia a l'elecció per part del Bundesrat i del Bundestag dels jutges constitucionals és la de l'elaboració de les llistes dels possibles candidats. En aquest sentit regeix l'anomenat sistema de doble llista. El Ministre federal de Justícia és l'encarregat de preparar una llista de tots els jutges federalis que satisfegin les condicions de



l'article 3.1.2 de la BVerfGG (això és, complerts 40 anys d'edat, possibilitat d'elecció pel Bundestag i habilitació per exercir com a jutge). A més, el Ministre federal elaborarà una altra llista on inclourà totes les persones que siguin proposades per un grup parlamentari del Bundestag, pel Govern federal o pel Govern d'un Estat federat, sempre i quan, també satisfagin les condicions de l'esmentat article 3. Aquestes llistes hauran d'ésser completades permanentment i presentades als Presidents del Bundestag i del Bundesrat, a més tardar, una setmana abans de l'elecció (art. 8 BVerfGG).

(30) Formada la Comissió, l'elector de més edat convocarà immediatament els electors per a què en el plaç d'una setmana després d'haver rebut la invitació, procedeixin a l'elecció. Ell mateix dirigirà la sessió que serà continuada fins que no s'hagin votat tots els jutges. Els membres de la Comissió d'Electors estan obligats a guardar secret sobre les situacions i dades personals dels candidats que coneguin en virtut de la seva qualitat d'electors. De la mateixa manera, també hauran de guardar secret sobre els comentaris que es fagin al si de la Comissió i els referents a l'elecció pròpiament dita. Amb la fi d'obtenir un ampli consens assenyala igualment la BVerfGG que resultarà elegit jutge qui obtingui com a mínim 8 dels 12 possibles vots.

(31) En la primera elecció el Bundestag va elegir el

President i el Bundesrat el Vicepresident.

(32) H. TRIEPEL: Wesen..., cit. pàg. 27

(33) Id., pàg. 27

(34) Segons l'article 51 de la GG "El Bundesrat es compon dels membres dels Governos dels Länder, nomenats i disposats pel Govern respectiu".

(35) H. LECHNER: Op. cit., pàg. 67. També en aquest sentit, K. KRÖGER: Op. cit., pàg. 79

(36) K. KRÖGER: Op. cit., pàg. 98-99

(37) W. BILLING: Op. cit., pàg. 301 i seg. i 320 i seg.

(38) K. KRÖGER: Op. cit., pàg. 99

(39) En aquest sentit: K. KRÖGER: Op. cit., pàg. 99; K. STERN: Op. cit., pàg. 357; i P. HÄBERLE: "Diskussionsbeitrag", a BVerfG im dritten Jahrzehnt, cit. pàg. 79.

(40) BETTERMANN: "Opposition und Verfassungsrichterwahl", a FS Zweigert, 1981, pàg. 745 i seg.

(41) HÄBERLE: "Grundprobleme der Verfassungsgerichts-

barkeit", a Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, pàgs. 4 i 24.

(42) "Geschäftsordnung des BVerfG" de 2-IX-1975, reformat per les Resolucions de 5-XII-1978 i 15-XII-1986.

(43) El número originari de 12 jutges per Senat fou reduït a 10 (reforma de 21-VII-1956) i posteriorment a 8 (reforma d' 1-IX-1963)

(44) Així, BVerfGE 1, 14 (29); 2, 79(95)

(45) L'únic cas que el President del BVerfG gaudeix de vot decisorí és el previst a l'article 14.5 BVerfGG quan es produeixi una igualtat de vots al si de la "Comissió dels 6" en la resolució dels dubtes sobre les competències de cada Senat donat un procés concret.

(46) Amb aquest fi el Ple s'ha reunit en dues ocasions. La primera, l'any 1954 (CCF 4, 27); la darrera fou decidida per Resolució d' 11-VI-1980 (CCF 54,227).

(47) Per exemple, l'article 105.1 BVerfGG preveu que el Bundespräsident autoritzi al Tribunal a passar a situació de retiro a un jutge constitucional a causa d'una incapacitat permanent, essent el Plenari qui decideix sobre la iniciació d'aquest procediment re-

gulat als articles 49 a 54 del GO-BVerfG.

(48) Amb tal efecte preveu l'article 3.1 GO-BVerfG la creació de les següents Comissions: a) Comissió de protocol, b) Comissió de Reglament, c) Comissió de pressupost i personal, i d) Comissió de biblioteca; i determina, al mateix temps, la possibilitat de crear altres Comissions quan així es consideri convenient. El funcionament i l'organització de les Comissions es troba regulat a l'article 3.2 a 8 GO-BVerfG.

(49) A fi de preparar la decisió del Ple el President de cada Senat designa un ponent o relator ("Berichterstatter") que formularà el seu vot, com a molt tardar, deu dies abans de la decisió plenària. La resolució del Plenari haurà d'ésser fonamentada i seguirà els mateixos requisits formals que les decisions dels Senats (art. 48 GO-BVerfG).

(50) El procediment per l'adopció d'acords es troba regulat als articles 42 a 46 del GO-BVerfG.

(51) La institució d'aquest pas previ té la finalitat d'alleugerir la tasca del Senat. Tingui's en compte que del 1951 fins al 1983 el BVerfG ha resolt 3432 recursos de constitucionalitat, però que existeixen a més 41006 resolucions de les Kammern sobre tals recursos. El gran aliau al qual s'ha vist sotmès el BVerfG en aquesta qüestió ha provocat, també, la previsió d'uns costos processals elevats que haurà de

pagar el recurrent si l'empara és denegada (arts. 34 i 34a BVerfGG).

(52) Les dades que s'exposen abarcan el període comprès entre els anys 1951-1983. Estan extretes de l'estadística elaborada per K.SCHLAICH: Das Bundesverfassungsgericht, München, 1985, pàgs. 43-44.

(53) Els conflictes entre òrgans es troben regulats als articles 93.1.1 GG, 13.5 i 63 a 67 BVerfGG. En concret es poden consultar les següents monografies: C. ARNDT: "Zum Begriff der Partei im Organstreitverfahren vor dem BVerfG", a AöR, 1962, pàgs. 197-239. Günter ERDMANN: Organstreitigkeiten vor dem BVerfG, Heidelberg (Diss.), 1963, 271 pàgs. Hans Werner LAUBINGER: "Organstreitigkeiten", a Jur.Arbeitsblätter, 1972, pàgs. 727-732. Manfred GOESSL: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin, 1961, 78 pàgs. Dieter LORENZ: "Der Organstreit vor dem BVerfG", a BVerfG und GG, cit. vol I, pàgs. 225-259.

(54) Hans LECHNER: Op. cit., pàg. 89

(55) Vegi's, per exemple, BVerfGE 1, 144; 1, 351; 1, 372; 2, 347; 3, 12; 4, 144; 10, 4; 68, 1.

(56) Ja en una de les primeres sentències, BVerfGE 1, 208(231)

(57) L'article 63 BVerfGG legitima també activament

a la Comissió que es preveïa a l'article 45 de la GG. Aquest article, però, ha estat derogat per la Llei de Reforma de la Constitució de 23-VIII-1976 que entrà en vigor el 14-XII-1976.

(58) Hans Jürgen ABRAHAM i altres: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg, 1981. vol. III, com. art. 93, pàg. 74

(59) BVerfGE 10, 4(10); 2, 143(166); 60, 374(378); 62, 1(32).

(60) BVerfGE 4, 27

(61) BVerfGE 3, 19

(62) Vegi's, per exemple, BVerfGE 6, 84(88); 13, 1(9); 24, 260(263); i 24, 300(329).

(63) BVerfGE 4, 115(122); 24, 300(329).

(64) Per les relacions entre els procediments de conflictes entre òrgans i de control abstracte normatiu són interessants les BVerfGE 1, 208(219 i seg.) i 2, 143(159).

(65) K. SCHLAICH: Op. cit. pag. 48

(66) BVerfGE 20, 56

(67) BVerfGE 44, 125

(68) BVerfGE 45, 1

(69) BVerfGE 62, 1

(70) Segons K. SCHLAICH: Op. cit., pàg. 48, l'any 1983 es portaren 15 conflictes entre òrgans a resoldre davant del BVerfG quan normalment i fins aleshores se n'havia produït un per any.

(71) Els conflictes federals es troben regulats als articles 93.1.3 i 93.1.4 de la GG; i articles 13.7, 13.8 i 68 a 71 de la BVerfGG. Per una visió global del tema poden consultar-se les obres següents:

W. LEISNER: "Der Bund-Länder-Streit vor dem BVerfG", a BVerfG und GG", vol. I, Tübingen, 1976, pàgs. 260 i seq. H. SCHOLTISSEK: "Zur Zuständigkeit des BVerfG aus Art. 93 Abs. I Nr. 4", a Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, pàgs. 461-474. K.A SCHACHT-SCHNEIDER: Der Rechtsweg zum BVerfG in Bund-Länder-Streitigkeiten. Berlin (Diss.), 1969, 184 pàgs.

(72) BVerfGE 2, 143(155); 13, 54(72); 20, 18(23).

(73) Per exemple, BVerfGE 13, 54(72); 21, 312(321); i 41, 291(303), entre d'altres.

(74) Art. 69-65 BVerfGG; i BVerfGE 1, 14; 1, 66 i 12, 308

(75) BVerfGE 12, 308(310)

(76) Vegi's, per exemple, 1, 14(19); 4, 115(122-123); 12, 205(222); i 20, 56(95)

(77) T. MAUNZ, a MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU: BVerfGG. Kommentar, cit. com. art. 13, par. 18

(78) W. LEISNER: Op. cit., pàg. 286

(79) Així, K. STERN: BK, com. art. 93, par. 379 i seg., i K. SCHLAICH: Op. cit., pàgs. 56-57

(80) BVerfGE 27. 240(246 i seg.) i 62, 194(199):  
i en la doctrina, STERN: BK, com. art. 93, par. 394 i seg.; BETHGE: "Organstreitigkeiten des Landesverfassungsrechts", a Landesverfassungsgerichtsbarkeit, vol. 2, Baden-Baden, 1983, pàg. 34. En contra, però, H. SCHOLTISSEK: Op. cit., pàg. 467, per a qui el concepte "conflictes de Dret públic" presenta el mateix significat en els tres casos contemplats a l'article 93.1.4 de la GG.

(81) Aquesta possibilitat ha estat només emprada pel Land de Schleswig-Holstein.

(82) BETHGE: Op. cit., pàg. 33

(83) Els procediments de control abstracte de normes es troben regulats als articles 93.1.2 GG; 13.6 i



76-79 BVerfGG. Per aquest tema es poden consultar les següents obres generals: Gisela BABEL: Probleme der abstrakten Normenkontrolle. Berlin, 1965, 96 pàgs. Helmut NONNENMACHER: Abstrakte Normenkontrolle Heidelberg (Diss.), 1953, 93 pàgs. Manfred HARTUNG: Die ausschließliche oder gleichzeitige Zulässigkeit von abstrakter Normenkontrolle und Verfassungsstreit nach dem Grundgesetz und dem Gesetz über das BVerfG Hamburg (Diss.), 1964, 94 pàgs. Hans-Heinrich PAASCH: Verfassungsstreitigkeit und abstrakte Normenkontrolle in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder. Hamburg (Diss.), 1953, 129 pàgs. Jean-Claude BEGUIN: Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en RFA. Paris, 1982

(84) Per exemple, BVerfGE 30, 1

(85) Per exemple BVerfGE 20, 56

(86) Per exemple, per la seva importància destaca la BVerfGE 39, 1 sobre la llei d'avortament

(87) Per exemple BVerfG 36, 1

(88) Per exemple 1, 184(196); 10, 20(54)

(89) BVerfGE 12, 205

(90) El que es planteja immediatament en aquest darrer cas és fins a quin punt les autoritats administratives

tenen el dret de verificar la constitucionalitat de les normes que han d'aplicar. Alguns autors han considerat que l'anul·lació posterior de la norma té un valor declaratiu, intervenint el BVerfG amb efectes "ex tunc". D'aquesta manera, si cada autoritat administrativa ha de vetllar per la constitucionalitat de la llei que aplica haurà de recórrer a la seva autoritat jeràrquica superior, això és, al Ministre corresponent, que serà qui decidirà sobre la seva no aplicació. En canvi, altres autors consideren que la decisió d'anul·lació de la norma que es considera inconstitucional només pot tenir un efecte constitutiu "ex nunc"; és per això que per aquests autors quedaria exclosa la possibilitat que anteriorment a una tal decisió l'Administració pogués descartar l'aplicació d'una llei pretesament viciada. Així, l'autoritat administrativa tindrà exclusivament el dret d'examinar la constitucionalitat de la norma i, en cas de dubte, s'haurà d'adreçar al Govern del Bund o del Land d'on provingui per a què aquest pugui recórrer davant del Tribunal Constitucional Federal.

(91) Un bon resum de les variants que en control normatiu pot adoptar la sentència del BVerfG es troba a K. SCHLAICH: Op. cit., pàgs. 167 a 190.

(92) K. SCHLAICH: Op. cit., pàg. 161 i seg; K. STERN: BK, com art. 93 par. 270 i seg.

(93) El control concret de normes es regula a

l'article 100 GG; i als articles 13.11 i 80 a 82 BVerfGG. Pot consultar-se sobre aquest tema: Otto BACHOF: "Zur Auslegung des Art. 100 Abs. 1 GG. Ein Beitrag zur richterlichen Prüfungszuständigkeit nach dem Grundgesetz", a DVBl, núm. 1, 1951, pàgs. 13 i seg. Herman REUß: "Rechtsstreit-Gericht und Bundesverfassungsgericht (Die konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG)", a DVBl, núm. 19-20, 1973, pàgs. 748-751. Rüdiger HÖDL: Konkrete Normenkontrolle und selbständige Interpretationsbefugnis der Gerichte. München (Diss.) 1976, 101 pàgs. Heinrich SCHOLLER: und Siegfried BROß: "Zum Problem der Entscheidungserheblichkeit im Sinne des Arts. 100 Abs 1 Satz 1 GG", a AÖR, vol. 103, 1978, pàgs. 148-163.

(94) BVerfGE 3, 225 (231, 235 i seg.)

(95) Malgrat que l'article 100.1.2 GG emprà l'expressió "dret dels Länder" ("Landesrecht") la jurisprudència del BVerfG ha establert que per aquesta via coneix només lleis dels Länder en sentit formal: BVerfGE 1, 202(206) i 56, 1(11).

(96) BVerfGE 2, 124(128 i seg.); 32, 296(299)

(97) BVerfGE 52, 1(17); 60, 135(143)

(98) Vegi's, per exemple, BVerfGE 6, 55(65); 11, 126 (131); 10, 185(192) i 18, 302(303).

(99) Els recusos constitucionals es regulen als articles 93.1.4 a) i b) GG, i articles 13.8 a) i 90 a 96 BVerfGG. Es pot consultar sobre aquest tema: Ingo von MÜNCH: "Die Verfassungsbeschwerde als Instrument des Rechts und der Politik", a REP núm. 7, 1979, pàgs. 269-289. P. HÄBERLE: Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt, 1976. H.F. ZACHER: "Die Selektion der Verfassungsbeschwerden, die Schiedfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers", a BVerfG und GG, vol. 1, Tübingen, 1976, pàgs. 396-431. Hans SPANNER: "Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde", a BVerfG und GG, vol. 1, cit. pàgs 374-395. R. ZUCK: Die Verfassungsbeschwerde, München, 1973. BLECKMANN: Allgemeine Grundrechtslehren, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979, 327 pàgs.

(100) I. v. MÜNCH: Op. cit., pàgs. 273-274

(101) BVerfGE 31, 314(322); 39, 302(312); 59, 231 (254 i seg.); 61, 82(102); 64, 256(259).

(102) Al respecte disposa l'article 90.2 BVerfGG que "Si procedeix el recurs per violació de la via judicial, el recurs de constitucionalitat només pot ser presentat després d'exhaurida la via judicial". I en front dels actes de l'executiu preveu l'article 19.4 de la GG que "Si algú és lesionat per l'autori-

tat en llurs drets, tindrà dret a recórrer davant dels Tribunals. Quan no s'hagi establert competència alguna d'indole especial, es donarà recurs ordinarí". D'aquí que els recursos dirigits contra mesures del poder executiu siguin molt escassos car quasi totes elles són susceptible d'ésser recorregudes per via ordinària, de manera que la decisió adoptada en motiu d'aquest recurs serà la que constitueixi l'objecte directe de la reclamació.

(103) Per exemple, BVerfGE 59, 360(375); 60, 360 (372 i seg.); 65, 1

(104) Per exemple, BVerfGE 1, 97(102). Posteriorment aquest requisit de la immediatesa l'ha exigit també per als recursos constitucionals contra sentències. Per exemple, BVerfGE 53, 30(48)

(105) Vid. supra. II, 3, b.4)

(106) BVerfGE 51, 130(139,141)

(107) I. v.MÜNCH: Op. cit., pàg. 280 i seg., recull una completa estadística sobre els recursos constitucionals.

(108) Pel concepte i les formes de defensa constitucional vegi's: Wilhelm MERK: Verfassungsschutz, Stuttgart, 1935, pàgs. 24 i seg. Hans-Ulrich EVERS: "Rechtsschutz und Verfassungsschutz", a Zs. für

Rechtspolitik, núm. 5, 1980, pàgs. 110-114. D.B.  
KORTMANN: Verfassungsschutz in Bund und Landern,  
Bonn, 1979, 83 pàgs. Martin KUTSCHA: "Rechtsgrenzen  
des Verfassungsschutzes", a Demokratie und Recht,  
núm. 1, 1980, pàgs. 44-58. Willi GEIGER: "Möglich-  
keiten und Grenzen des Verfassungsschutzes", a Pol-  
itische Studien, núm. 59, 1955, pàgs. 18-29. Aquests  
processos són denominats també per alguns autors  
"processos quasi-penals".

(109) Hans Joachim FALLER: "Defensa Constitucional  
por medio de la jurisdicción constitucional en la  
RFA". REP (NE), núm. 7, 1979, pàg. 47

(110) La pèrdua dels drets fonamentals es regula als  
articles 18 GG, 13.1 i 36 a 41 BVerfGG. Per aquest  
tema es poden consultar les següents monografies: Gün-  
ter DÜRIG: "Die Verwirkung von Grundrechten nach  
Art. 18 des GG. Ein Beitrag zur öffentlich-rechtli-  
chen Verwirkungslehre", a JZ, núm. 17, 1952, pàgs.  
513-518. Rudolf ECHTERHOLTER: "Zur Problematik des  
Art. 18 GG", a JZ, núm. 21, 1953, pàgs. 656-658.  
E.F. HALLER: Grundrechtsverwirkung und Zuständig-  
keitsmonopol des BVerfG. Tübingen (Diss.), 1963,  
175 pàgs. Günter DÜRIG: "Art. 18 GG, Kommentierung",  
a Freiheitliche demokratische Grundordnung, Frankfurt,  
1977, pàgs. 155-161.

(111) Sobre els problemes que suscita la seva apli-  
cació i llurs eventuals efectes pot consultar-se

Walter SEUFFERT: "Zum Verfahren nach Artikel 18 GG", a Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, homenatge a W. Geiger. Tübingen, 1974. pàgs. 797 i seg.

(112) BVerfGE 11, 282 (25-VII-1960) i 38, 23(2-VII-1974)

(113) La inconstitucionalitat dels partits polítics es regula als articles 21 GG, 13.2 i 43 a 47 BVerfGG; i arts. 32-33 de la Llei de partits polítics ("Parteiengesetz") de 1967 en darrera versió de 15 de febrer de 1984 (BGBl I S.242). Sobre aquest tema vegi's: Horst RAPP: Das Parteienprivileg des GG und seine Auswirkungen auf das Strafrecht, Tübingen, 1970, 165 pàgs. Jens RUHSERT: Die Politische Parteien in der Rechtsprechung des BVerfG, München, 1964.

Wilhem HENKE: "Das Verbot von Ersatzorganisationen verfassungswidriger Parteien", a DÖV, núm. 23, 1974, pàgs. 793-798. Dieter LORENZ: "Verfassungswidrige Parteien und Entscheidungsmonopol des BVerfG", a AÖR, 101.1976, pàgs. 1-24. Günter WILLMS: "Zur Problematik des Parteiverbots", a JZ, núm. 14, 1973, pàgs. 455 i seg. En concret, sobre la prohibició del KPD vegi's: Wolfgang ABENDROTH: "Zum Verbot der KDP", a Arbeiterklasse, Staat und Verfassung. Frankfurt-Köln, 1975, pàgs. 93-99. Karl PFANNENSCHWARZ: "Die verfassungsrechtlichen Auswirkungen des KPD-Verbots", a Demokratie und Recht, 1974, pàgs. 39-45. Max SCHÄFER: "Das KDP-Verbot von 1956", a Antikommunismus Frankfurt, 1972, pàgs. 117-144. I sobre la prohi-

bició del SRP es pot consultar els articles de Gerhard RICHTER: "Mandatsverlust bei Fraktionswechsel. Aus dem SRP-Urteil des BVerfG von 23-X-1952", a Zs. für Parlamentsfragen, núm. 3, 1972, pàgs. 302-306, i de Gunter SCHULTZ: "Bürgerinitiativen und Massenverfahren", a MDR, núm. 9, pàgs. 726 i seg.

(114) L'ordre demoliberal ha estat definit pel BVerfG a la sentència de 23-X-1952 en la que declarà inconstitucional el SRP, com l'ordre que instaurat per la Llei Fonamental, respecta els drets humans, la sobirania del poble, la divisió del poder, la responsabilitat del Govern, la regularitat de les normes de l'Administració, la independència dels Tribunals, el principi de la majoria parlamentària i la igualtat d'oportunitats per a tots els partits polítics (BVerfGE 2, 1).

(115) BVerfGE 2, 1

(116) BVerfGE 5, 85

(117) El procediment es troba regulat als articles 61 GG, 13.4 i 49 a 57 BVerfGG. Per aquest tema pot consultar-se: Wolfgang Albert SCHOLZEN: Der Begriff des Vorsatzes in Artikel 61 GG und entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen, Würzburg (Diss.), 1970, 124 pàgs. Hans KEIN: "Verfassungsrechtliche Betrachtungen zu den politischen Äußerungen des



Bundespräsidenten", a Die Dritte Gewalt, 1966, pàgs. 1-8.

(118) L'acusació contra els jutges es troba regulada als articles 98.2 i 5 GG, 13.9 i 58 a 62 BVerfGG. Vegi's per aquest tipus de processos: Hans Ulrich BUSSE: Die Richteranklage in dem Bonner GG, ihre Entstehungsgeschichte und ihr Verhältnis zu der Unabhängigkeit des Richters · Hamburg (Diss.), 1951, 59 pàgs. Gerhard MÜLLER: "Zur richterlichen Unabhängigkeit", a DÖV, núm. 10, 1953, pàgs. 304-307. Helmut ORTNER: Die Unabhängigkeit des Richters und die Richteranklage im Bonner GG in vergleichender Darstellung zu den Verfassungen fremder Staaten und den deutschen Länderverfassungen, Tübingen (Diss.), 1956, 73 pàgs.

(119) Hans SPANNER: Das BVerfG, cit. pàgs. 157-158

(120) Vid. supra. nota 19

(121) El "Wahlgerichtsbarkeit" es troba regulat als articles 41 GG, 13.3 i 48 BVerfGG i a l'article 16.3 de la Llei Electoral de 12-III-1951 en la seva darre-  
ra versió de 24-VI-1975. Sobre aquest tema es poden consultar les següents minografies: Joseph BÜCKER: "Wahlprüfung Sache des Bundestages. "Zweite Instanz" ist das BVerfG", a Das Parlament, núm. 38, 1969, pàgs. 11 i seg. Peter KARPENSTEIN: Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen. Mainz (Diss.), 1962, 123 pàgs. Horst WUTTKE: "Wahlprüfungs-

entscheidungen als Angriffsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde", a AoR, núm. 96, 1971, pàgs. 506-527.

(122) Hans LECHNER: Op. cit., pàg. 85. I més extensament Hans SPANNER: Op. cit., pàg. 55.

(123) BVerfGE 34, 81(94 i seg.)

(124) BVerfGE 1, 430(433); 40, 11(29); 59, 119(123).

(125) BVerfGE 16, 130(135 i seg.); 59, 119(124).

(126) K. STERN: Op. cit., vol. II, pàg. 941, citant, a més, abundant bibliografia: H. KELSEN: VVDStRL Heft 5, 1929, pàg. 56. E. FRIESENHAHN, HdbDStR II, pàg. 524 i seg. A. ARNDT: DVBl, 1952, pàgs. 1 i seg. W. GEIGER: Gesetz über das BVerfG, 1952, com. art. 1 par. 6. W. ROEMER: JZ, 1951, pàg. 193. U. SCHNEUER: DÖV, 1954, pàg. 645. K. HESSE: Grünzüge des Verfassungsrechts, 1980. K. STERN: Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, 1978, pàg. XXVI. MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER: BVerfGG, com. art. 1, par. 7. P. HÄBERLE: Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, pàg. 7 i següents, entre altres autors.

(127) E. FRIESENHAHN: ZSchwR, vol. 73, pàg. 158, citat a Helga WORM: Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter des BVerfG. Heidelberg, 1988, pàg. 10

(128) Sobre aquesta discussió és interessant: Jahr-

buch des Öffentlichen Rechts, Neue Folge, vol. 6, 1957,  
pàgs. 109-223.

(129) H. KELSEN: Wesen..., cit. pàg. 54

(130) Ignacio de OTTO PARDO: "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", a El Tribunal Constitucional, vol. III, Madrid, 1981, pàg. 1940

(131) K. HESSE: Die Normative Kraft der Verfassung Tübingen, 1959; 23 pàgs. I entre nosaltres E. GARCIA DE ENTERRIA: "La Constitución como norma jurídica", a La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid, 1981, pàgs. 31-113, amb un recull bibliogràfic sobre el tema.

(132) M. ARAGON: "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", a REDC, núm. 17, 1986, pàg. 119

(133) Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: "Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik", a NJW, núm. 46, 1976, pàgs. 2089-2099

(134) Per exemple, Hans Georg LÜCHINGER: Die Auslegung des Schweizerischen Bundesverfassung. Zürich (Diss.) 1954, pàgs. 121 i seg. afirma que "en cas de necessitat, fins i tot, l'interpret ha de cercar la vo-

luntat del legislador en connexió amb articles de premsa i altres indicis històrics d'aquest tipus". Citat a P. SCHNEIDER: "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", a VVDStRL, núm. 20, Berlin, 1963, pàg. 7 nota 21

(135) Karl BINDING: Handbuch des Strafrechts, vol. I Leipzig, 1885, pàg. 454, citat a P. SCHNEIDER: Op. cit., pàg. 8 nota 25

(136) Així ho descriu Luís DIEZ PICAZO a Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Barcelona, 1973 pàg. 247

(137) FORSTHOFF: "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", a Festschrift für Carl Schmitt, Berlin, 1959 pàgs. 35-62, que serà citat en l'edició a cura de R. DREIER i F. SCWEGMANN: Probleme der Verfassungsinterpretation, Baden-Baden, 1976, pàgs. 51-79

(138) FORSTHOFF: Op. cit., pàg. 72

(139) Id., pàg. 64

(140) Id., pàg. 51.52

(141) Id., pàg. 57

(142) EHMKE: Op. cit., pàg. 62 i seg.

(143) Id. pàg. 70

(144) Id., pàg. 71

(145) P. HÄBERLE: "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", a JZ, 1975, pàg. 297

(146) Id. pàg. 297

(147) Id., pàg. 301

(148) Id. pàg. 301

(149) R. SMEND: "Verfassung und Verfassungsrecht", a Staatsrechtliche Abhandlungen, 2 ed. Berlin, 1968, pàgs. 188 a 196 i 233 a 242.

(150) R. SMEND: Op. cit., pàg. 189

(151) Id., pàg. 191

(152) Id., pàg. 192 i seg.

(153) Id. pàg. 242. La influència de SMEND en la posterior radicalització del mètode de la tòpica efectuada per HÄBERLE resulta aquí evident.

(154) Konrad HESSE: Grundzüge des Verfassungsrechts

der BRD, 15 ed. Heidelberg, 1985, pàg. 24

(155) Id., pàg. 20

(156) Id., pàg. 24

(157) Id. pàg. 25

(158) Tals principis són la unitat de la Constitució, el principi de concordància i l'exactitud funcional de la Constitució, i els principis de l'efecte integrador i de la força normativa de la Constitució. K. HESSE: Op. cit., pàg. 26 a 28

(159) BÖCKENFÖRDE: Op. cit., pàg. 2096

(160) L'obra bàsica de F. MÜLLER sobre aquest tema és el seu Juristische Methodik, Berlin, 1971, 202 pàgs, que després ha corregit i ampliat en una posterior edició de 1976 de 327 pàgs. El mateix any publicà la que s'ha considerat la segona part del treball, Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II, Berlin, 1976, 127 pàgs.

(161) Juristische Methodik, cit. 1976, pàgs. 148 a 168

(162) Juristische Methodik, cit. 1971, pàg. 194

(163) Id., pàg. 107

(164) Id., pàg. 153 a 162

(165) BÖCKENFÖRDE: Op. cit., pàg. 2096

(166) BVerfGE 1, 299 (312) de 21-V-1952

(167) BVerfGE 11, 126 (129)

(168) Posteriorment ha reiterat aquesta opinió en un bon número de sentències. Per exemple, BVerfGE 6, 55(75); 8, 274(307); 10, 20(51); 10, 243(244) i 11, 12(130)

(169) BVerfGE 11, 85

(170) BVerfGE 8, 210(221)

(171) En base a ells ha fonamentat la seva decisió, entre altres, en les BVerfGE 1, 299(312); 8, 274 (307); 8, 210(221), 10, 321; 13, 72

(172) BVerfGE 1, 299(312); 10, 51; 10, 234(244); 11, 126(130)

(173) Les ponències i el debat que posteriorment tingué lloc es troben recollits a VVDStRL, núm. 20 Berlin, 1963, pàgs. 1 a 134

(174) EHMKE: Op. cit., pàg. 59

(175) F. MULLER: Juristische Methodik, cit. 1971,  
pàg. 41

(176) HABERLE: "Die Abhorentscheidung des BVerfG  
vom 15-XII-1970", a JZ, 1971, pàg. 146

(177) HESSE: Op. cit., pàg. 22

(178) MULLER: Op. cit., pàg. 62

(179) HESSE: Op. cit., pàg. 22

(180) Reinhold SCHLOTHAUER: Zur Krise der Verfassungs-  
gerichtsbarkeit. Frankfurt, 1979, pàg. 51

(181) HESSE: Op. cit., pàg. 22

(182) MULLER: Op. cit., pàg. 163

(183) Id., pàg. 126

(184) HESSE: Op. cit., pàg. 25

(185) Id., pàg. 22

(186) Id., pàg. 22



(187) MÜLLER: Op. cit., pàg. 23

(188) El mètode de MÜLLER, per exemple, contempla l'ús dels elements usuals de la interpretació per determinar el que ell anomena "Normprogramm". Aquests els conjuga amb la realitat que la norma regula, "Normbereich", i amb els tòpics o principis de la interpretació constitucional.

(189) EHMKE: Op. cit., pàg. 99

SEGONA PART

LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES  
FEDERALS ENTRE EL BUND I  
ELS LÄNDER DAVANT DEL BUN-  
DESVERFASSUNGSGERICHT

# ÍNDIX

## I- INTRODUCCIÓ

1- DEFINICIÓ DE "CONFLICTE FEDERAL". CONCRECIÓ DEL  
TEMA

2- LES DIFERENTS VIES DE RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES  
FEDERALS

## II- LES DIFERENTS VIES DE RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FEDERALS EN LA HISTÒRIA CONSTITUCIONAL ALEMANYA I LA SEVA SIGNIFICACIÓ POLÍTICA

1- LA "DEUTSCHE BUNDESAKTE" DE 1815 I LA "WIENER  
SCHLUBAKTE" DE 1820

- a) Conflictes entre els Estats membres
- b) Conflictes entre la Federació i els Estats  
membres

2- LA CONSTITUCIÓ DE FRANKFURT DE 1849

3- EL II REICH

- a) Conflictes entre els Estats membres
- b) Conflictes entre el Reich i els Estats membres

4- LA REPÚBLICA DE WEIMAR

- a) Conflictes entre el Reich i els Länder
- b) Conflictes entre els Länder

III- LA RESOLUCIÓ DELS CONFLICTES FEDERALS ENTRE EL  
BUND I ELS LÄNDER DAVANT DEL BVerfG: EL SISTEMA  
DE LA GRUNDGESETZ

1- LA DECISIÓ DEL CONSTITUENT

2- POTENCIALITAT I PRODUCCIÓ DEL CONFLICTE

- a) "Diferències d'opinió" i "conflictes" entre el Bund i els Länder
- b) Els drets i deures de caràcter federal: l'origen i la producció del conflicte
- c) El sistema de distribució competencial com a causa principal dels conflictes entre el Bund i els Länder
  - c.1) Rascs fonamentals del sistema de distribució competencial
  - c.2) La distribució de competències operada per la GG
    - c.2.1- Competències legislatives
      - c.2.1.1- Competències legislatives del Bund segons art. 71 GG
      - c.2.1.2- Competències legislatives concurrents segons art. 72 GG
      - c.2.1.3- La legislació marc segons art. 75 GG
      - c.2.1.4- Potestats legislatives dels Länder

c.2.2. Competències executives

c.2.2.1- Competències executives

exercides per l'Administració dels Lander

c.2.2.2- Competències executives

exercides directament per l'Administració del Bund

c.2.3- El principi de la cooperació

3- LES COMPETÈNCIES DEL BVerfG DERIVADES DELS ARTICLES 93.1.3 i 93.1.4 DE LA GRUNDGESETZ

a) Delimitació de l'àmbit d'aplicació dels articles 93.1.3 i 93.1.4 de la GG segons la doctrina i la jurisprudència

a.1) Posició de la doctrina

a.2) Posició de la jurisprudència

b) Delimitació de les competències del BverfG amb la d'altres Tribunals

b.1) Jurisdicció constitucional i jurisdicció administrativa: la constitucionalitat del conflicte con a criteri que delimita l'àmbit competencial de cada jurisdicció

b.2) Determinats aspectes processals

b.3) Aspectes materials

c) Àmbit d'aplicació dels articles 93.1.3 i 93.1.4 de la Grundgesetz

4- EL PROCÈS DAVANT DEL BVerfG

a) El procediment previst pels casos de l'article

93.1.3 de la GG i el seu corresponent article  
13.7 de la BVerfGG

a.1) Naturalesa del procés

a.2) Legitimació activa i passiva

a.3) Objecte i motiu del conflicte

a.4) Condicions del recurs

a.5) El plaç

a.6) Vinculació o separació de processos

a.7) Contingut de la sentència

b) El procediment previst pels casos de l'article  
93.1.4 de la GG i els seu corresponent article  
13.8 de la BVerfGG

c) La concurrència dels processos sobre conflic-  
tes entre el Bund i els Länder i els processos  
sobre control abstracte de normes

##### 5- ELS CASOS ESPECIALS DE L'ARTICLE 93.1.3 DE LA GG I LA COACCIÓ ESTATAL

a) Posició sistemàtica i relació entre ambdós  
exemples

b) Drets i deures del Bund i dels Länder en  
l'execució de les lleis federals i en l'exer-  
cici de la supervisió federal

b.1) En l'àmbit de la supervisió federal

b.2) En l'àmbit de l'execució del dret federal

c) L'abast de les competències del BVerfG per  
resoldre els conflictes entre el Bund i els  
Länder produïts en l'exercici de la supervisió  
i en l'execució de les lleis federals

- d) Especialitats del procediment
  - d.1) Quant al plaç
  - d.2) Objecte del procés
  - d.3) Quant al contingut de la sentència
- e) La "Bundeszwang" i els conflictes entre el Bund i els Länder

#### IV- ELS CONFLICTES ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER A LA PRÀCTICA

##### 1- SIGNIFICAT PRÀCTIC DELS CONFLICTES ENTRE EL BUND I ELS LÄNDER

##### 2- SELECCIÓ DE SENTÈNCIES

- a) Processos referents a l'article 93.1.3 GG
- b) Processos referents a l'article 93.1.4, primer incís, de la GG
- c) Processos referents a l'article 93.1.4, segon incís, de la GG
- d) Processos referents a l'article 93.1.4, tercer incís de la GG
- e) Processos referents a l'article 93.1.1 GG
- f) Processos referents a l'article 93.1.2 GG
- g) Processos referents a l'article 100.1 GG

#### Notes