

NOTAS SOBRE EL COMENTARIO CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

JAIME NICOLAS MUÑIZ

1. La aparición de la segunda edición del comentario a la Ley Fundamental dirigido por Ingo VON MÜNCH (1) brinda una buena oportunidad para no tanto hacer un comentario del comentario —tarea ésta de particular dificultad por la singularidad del género y la diversidad del contenido de la Constitución— cuanto para reflexionar sobre las dificultades del comentario constitucional en general y hacer un inventario de las exégesis de la Ley Fundamental de Bonn (2).

La reedición del comentario de VON MÜNCH, que coincide con la actualización de otros comentarios, la publicación de otro nuevo, el de SEIFERT (3) y el anuncio de una nueva versión del de MANGOLDT y KLEIN, pone de manifiesto que se asiste en Alemania a un momento de innegable esplendor y florecimiento del comentario constitucional, hecho relevante dada la gran tradición alemana del comentario jurídico en general y del constitucional en particular. Baste aquí con recordar los comentarios de ANSCHÜTZ al instrumento constitucional prusiano (4) y a la Constitución de Weimar (5), que llevaba ya más de una decena de ediciones cuando apareció el primer gran tratado de Derecho constitucional, el famoso *Handbuch*, dirigido por el propio ANSCHÜTZ y THOMA (6), y que por la fecha de su aparición (1930) habría de ser

(1) I. VON MÜNCH (ed.): *Grundgesetz-Kommentar*. Beck. Munich. 2.ª ed., 1981 (vol. 1.º, XXIII, 771 páginas). 1983 (vol. 2.º, XXI, 962 pp.; vol. 3.º, XXV, 1.430 pp.). La primera edición es de 1975-1978.

(2) Un balance anterior, que no ha perdido nada de vigencia, lo encontramos en el excelente artículo de Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Sobre el comentario constitucional. Técnica y método». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 121 (1962), pp. 137-167. Entre la bibliografía alemana sobre el comentario constitucional, que también es sorprendentemente escasísima, vid. Arnold KOTTGEN, «Kommentare zum Grundgesetz. Eine kritische Betrachtung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (1962), núm. 1, pp. 65-84. También más periodístico, Hanno KUHNERT, *Einen Text zum Reden bringen*, «Die Grundgesetz-Kommentare in der Bundesrepublik: eine blühende Kultur», *Die Zeit*, núm. 36, 1982.

(3) KARL-HEINZ SEIFERT/D. HOMIG (eds.): *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Nomos: Baden-Baden, 1982, 616 pp.

(4) Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, vol. 1 (y único): *Einleitung. Vom Staatsgebiete und von den Rechten der Preussen*. Verlag von D. Haring, Berlin, 1912, reedición 1974 en Scientia Verlag, Aalen, 643 pp.

(5) Gerhard ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Verlag von Georg Stielke, Berlin, 1.ª ed., 1931, 14.ª ed. 1933. Reedición 1967 en Verlag Gehlen, Bad Homburg Berlin Zurich, 800 pp.

(6) G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (eds.): *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Mohr: Tübingen, 1930, 2 vols. (XXX, 708 pp.; XX, 792 pp.).

además de la primera, la última y única de las grandes obras dedicadas al estudio del sistema constitucional democrático. Algo similar se ha producido con la Constitución de 1949. Aquí también ha habido que esperar muchos años a la aparición de los primeros tratados extensos, a 1977 con el Stern (7), obra de un solo autor y mucho más ambiciosa —al menos en extensión— que el *Handbuch* de THOMA y ANSCHÜTZ, y a 1983 con el *Handbuch*, dirigido por BENDA, MAIHOFFER y VOGEL (8), obra en la que han intervenido otros autores y que, también por el título y su propia estructura, parece querer constituir la réplica del Tratado weimariano, aunque sea sensiblemente menos extenso que éste y en realidad se halle a caballo entre el Tratado y los Manuales académicos. Mientras tanto, los comentarios de la Ley Fundamental, algunos muy extensos, suplían a la tratadística. Quizás a todo esto, el segundo hecho más destacable sea que el florecimiento del comentario coincida con la aparición de los primeros Tratados, pero bástenos por el momento con testimoniar esta circunstancia y esperar a la evolución futura de uno y otro género antes de aventurar explicaciones sobre esa coincidencia.

En cualquier caso, la reflexión sobre el comentario es muy oportuna, entre nosotros, ya que en España asistimos prácticamente al nacimiento del comentario constitucional, pues salvando el comentario a la Constitución republicana de 1931, de PÉREZ SERRANO, los antecedentes son ciertamente exiguos, por no decir inexistentes. De esta escasa tradición comentarista —y de la falta de reflexión sobre la naturaleza y los límites del comentario— derivan parte de los problemas de que adolecen los comentarios constitucionales españoles —no solamente del hecho de haberse precipitado de alguna manera en la exégesis de un texto tan poco experimentado aún como nuestra Constitución de 1978.

2. El primer riesgo del comentario, el riesgo de la desfiguración y desvirtuación del texto comentado, es un riesgo compartido con los otros géneros de literatura científica, pero acentuado especialmente en la exégesis, que es mucho más propensa a incurrir en él. Por exceso de criticismo, pero mucho más aún por falta de distancia crítica hacia el texto comentado, que se convierte en alguna manera en un texto sagrado, analizado bajo el prisma, en este caso errado, de la exégesis bíblica, la Constitución puede quedar desfigurada y resultar irreconocible, haciéndola decir lo que ella no dice y hasta justo lo contrario de lo que pretendía decir. Cuentan que Napoleón, cuando se le entregó y vio el primer comentario a su Código Civil, no pudo por menos que exclamar: *Mon Code, c'est perdu!* Y posiblemente por esta razón del riesgo de desfiguración por parte no sólo de los estudiosos, sino también de los prácticos del Derecho, jueces y abogados, se había prohibido ya en Prusia el comentario de la extensísima codificación territorial, prohibición que por lo demás no era la primera que se producía con respecto a un texto jurídico en la historia. En este sentido ocurre con el comentario frecuentemente lo que también ocurre con todo tipo de retrato —de encargo o no—, tanto con el literario como, sobre todo, con el pictórico.

El segundo riesgo del comentario no es tampoco un predicado necesario suyo, aunque sí sea también particularmente sensible a él. Es el riesgo del desbordamiento. Es muy difícil sujetar el comentario de un texto dentro de sus justos límites y más aún

(7) K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Beck: Munich, 1977 (vol. 1.º, LVIII, 860 pp., 2.º ed.: 1984, XC, 1.111 pp.), 1980 (vol. 2.º, LXXXVII, 1.544 pp.), vols. 3.º, 4.º y 5.º en preparación.

(8) E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. De Gruyter: Berlin, 1983, XX, 1.448 pp.

en el caso del comentario constitucional, cuando las constituciones modernas pecan también a veces por exceso en sus contenidos, pretendiendo abarcarlo todo y por expresarse en unas claves sumamente generales, amén de ambiguas. El desbordamiento del comentario constitucional, que puede reducirse mediante una autodisciplina del comentarista es, sin embargo, difícil de soslayar, ya que por la amplitud misma de su contenido y la ambiciosidad con que se planea, difícilmente puede ser obra de un solo autor. La colaboración de un número a veces muy grande de autores puede ser beneficiosa para compensar unilateralidades y enfoques demasiado concentrados, pero en todo caso propicia también la dispersión y la descoordinación de sus distintas partes.

Por otra parte, los comentarios suelen pretender ser a la vez exhaustivos y sistemáticos. Pero muchas veces la sistematicidad se pierde en la exhaustividad. Esto ocurre casi inevitablemente desde el momento en que el sistema comienza y termina en seguir y agotar la ordenación numeral del articulado de la Ley Constitucional, cuando de ello es obvio que no se deriva ningún sistema, habida cuenta de las reiteraciones, superposiciones y hasta contradicciones que se producen en el seno de los textos constitucionales. La Constitución, sin embargo, tiene una razón sistemática, y descubrir ésta por encima de su articulado debe ser en verdad la primera misión de quien con ella se enfrente. Difícilmente pueden encontrarse las claves sistemáticas de textos tan complejos como los constitucionales cuando el enfoque adoptado para su estudio es tan secuencial, tan meramente secuencial, como su articulado.

En cierta manera escoger el orden secuencial del articulado de la Constitución no es, contra lo que pueda parecer, un acto de modestia intelectual o de fidelidad al texto por parte del comentarista, que adopta el comentario precisamente como forma de someterse a la disciplina del propio texto, examinándolo bajo el pie forzado de sus moldes estructurales, sino que constituye más bien un recurso fácil para abordar la exposición de una materia como la constitucional, que, por su complejidad y por su carácter proteico, es difícilmente abordable desde un hilo conductor que no sea ni excesivamente abstracto ni excesivamente ecléctico y, en cualquier caso, sin un esfuerzo de reflexión previo de gran profundidad, muy arraigado intelectualmente en sí mismo.

De mayor peso que las dificultades esbozadas lo es aún el problema consustancial del comentario, su presunto «positivismo». En el período weimariano, en todo caso, el comentario fue dominado por los teóricos positivistas, con G. ANSCHÜTZ a la cabeza. Ni SCHMITT, ni HELLER, ni SMEND, como KÖTTGEN ha señalado, siguieron esta vía, muy posiblemente por considerarla inadecuada. Para SCHMITT, desde luego, difícilmente podía el comentario arrojar luz sobre la Constitución, a la vista de su distinción entre la decisión constitucional, la auténtica Constitución, y la Ley, el documento constitucional, su forma apariencial.

Pero siguiendo en esta línea, tal vez lo verdaderamente problemático del comentario no sea que pueda escapársele en su presunta minuciosidad la auténtica decisión —o clave, por decirlo de otra manera— constitucional, sino precisamente lo contrario, que pierda de vista que también la Constitución es una decisión negativa no explicitada —por decirlo con términos de la jerga sociológica, un *non event, non fact*, una *non decision*, en definitiva: no una *Entscheidung* en el sentido schmittiano, sino una *Nicht-Entscheidung*. Efectivamente, en las Constituciones no sólo se toman decisiones, se deciden opciones, sino que también se acuerda orillar problemas, excluir alternativas, cerrar planteamientos posibles, aplazar decisiones y, en general, todo ello de manera tácita, cuando más sobreentendida. Aquí sí que entra en juego un positivismo solapado de gran alcance y tanto más difícil de evitar por razón de esa subrepticidad.

3. En todo lo anterior se refleja un elevado criticismo frente a las pretensiones del comentario. Pero es también justo reconocer que hasta cierto punto el comentario constitucional alemán ha sabido resolver las dificultades con que se enfrentaba, consciente quizá de los riesgos de la exégesis y moviéndose en un terreno que le resultaba tradicional, familiar. De otra forma no podría explicarse sin más el auge del comentario constitucional a que aludíamos inicialmente. Vale, pues, la pena intentar un primer inventario de este tipo de obras, destacando tan sólo, de entre la extensa bibliografía, los más conocidos comentarios.

En primer lugar, en un grupo en el que podría situarse la obra dirigida por VON MÜNCH, están los grandes comentarios. El más antiguo —y también el más extenso, con sus cerca de 7.000 páginas, recogidas en nueve ordenadores rojos de hojas intercambiables— es el *Bonner Kommentar* (9), cuya primera entrega se remonta a 1950. Se trata de un comentario ambicioso, redactado por una amplia nómina de casi cincuenta colaboradores relevantes (figuran entre ellos K. STERN, I. VON MÜNCH, P. BADURA, U. SCHEUNER, N. ACHTERBERG). A pesar de su sistema de entregas renovables, sin embargo, no ha mantenido un ritmo de puesta al día suficiente (tampoco ha culminado todavía el comentario de la totalidad del articulado de la Ley Fundamental), lo cual, unido a la dificultad de manejar tantos ordenadores, ha impedido que se convierta en el más recurrido de los comentarios.

El más utilizado, sin duda, es el comentario de *Maunz/Dürig* (10). La primera edición data de 1958, cuando aún era obra exclusiva del profesor de Munich. En la actualidad la obra está redactada por otros seis colaboradores más, ocupa tres ordenadores grises —el sistema es también de hojas intercambiables— con 5.000 páginas, casi como el *Bonner Kommentar*. Sin embargo, la presentación de la obra, más compacta y de gran calidad tipográfica, además, sobre todo, de la mayor homogeneidad de las contribuciones. Una ponderación muy adecuada de los diversos artículos y una actualización mucho más rápida de los comentarios, que contemplan con exhaustividad la bibliografía y la jurisprudencia, han hecho de este comentario la obra insustituible en cualquier biblioteca de Derecho público. Esto es así, sobre todo, una vez que se ha agotado la última edición del comentario de *Mangoldt/Klein* (1957 ss.), uno de los clásicos, cuya primera edición había sido también producto exclusivo del primero de los dos autores. En la actualidad se trabaja en una actualización de la obra en catorce volúmenes, lo que la convertiría indiscutiblemente en el comentario de mayores dimensiones (11).

Finalmente, cabe incluir en este grupo del comentario de VON MÜNCH, recogido en tres volúmenes amarillos, que en su formato atestiguan todavía algo el origen de la obra como libro de bolsillo (una primera edición del tomo primero, el dedicado a los derechos fundamentales, apareció en una colección académica de bolsillo de Athenäum/Fischer). Con sus 3.000 páginas, sin embargo, el comentario de VON MÜNCH bien puede contar entre los grandes. La obra ha sido redactada por 26 colaboradores, bien seleccionados entre funcionarios, profesores, jueces y abogados. A pesar de lo elevado de la nómina, el director de la obra ha logrado imponer, dentro de lo posible,

(9) *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)*. Heitmann, Hamburg, 1950 ss. (entrega número 47, noviembre 1983).

(10) *Grundgesetz-Kommentar*, por Th. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, P. LERCHE, H. J. PAPIER, A. RANDELZHOFFER y E. SCHMIDT-ASSMANN. Beck: Munich, 1958 (entrega núm. 22, septiembre 1983, entrega primera de la 6.ª ed.).

(11) H. von MANGOLDT, F. KLEIN: *Das Bonner Grundgesetz*, 3.ª ed., en 14 vols., en preparación en F. Vahlen Verlag.

un esquema común cuidando a la vez de que el tono y la intención de los comentarios lo hagan accesible a un público más amplio que los otros grandes comentarios. El estudiante de Derecho, sin duda, maneja esta obra más fácilmente que el propio comentarista de MAUNZ.

Un segundo grupo de comentarios —éstos de características muy propias— lo constituyen los comentarios redactados a base de la jurisprudencia constitucional. Son en alguna medida comentarios mudos, comentarios sin comentarista. Aunque para la mentalidad continental cueste algo reconocerles carácter de comentario y, desde luego, equipararlos a los comentarios doctrinales; de autor, representan la forma natural y casi exclusiva de comentarios jurídicos anglosajones y hacen aún más palpable la máxima de que *The Constitution is what the judges say it is*. Ciertamente para un jurista norteamericano el mejor comentario de su Constitución —que por lo peculiar de su estructura sería difícil de comentar artículo por artículo— no es otro sino el propio repertorio o, a lo sumo, los digestos y diccionarios, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, y por lo que respecta a Alemania, cabe señalar el comentario constitucional de LEIBHOLZ y RINCK (12). En el ordenador azul de hojas intercambiables, los autores se limitan a estructurar la jurisprudencia del TCF en torno a cada uno de los preceptos constitucionales. Al hilar el discurso, la lectura se hace fácil, aunque ello comporte un cierto riesgo de deformación de la doctrina del Tribunal Constitucional, ya que obliga a decir/hacer, decir cosas que no fueron dichas por el órgano jurisdiccional. La personalidad de los autores (y, sobre todo, la de LEIBHOLZ) garantiza, sin embargo, un máximo de fidelidad a la jurisprudencia.

Esos riesgos de deformación son prácticamente inexistentes en el *Nachschlagewerk* (13), que también en el sistema de hojas intercambiables edita el propio Tribunal Constitucional Federal desde 1978. Esta *Nachschlagewerk* (textualmente obra de consulta) no es sino una ordenación de extractos literales y párrafos de las resoluciones del TCF (así como de las máximas jurisprudenciales que anteceden al texto de las resoluciones en la publicación en el repertorio, pero que no forman parte formalmente del texto de las sentencias propiamente dicho, por más que sean redactadas por los magistrados de la Sala correspondiente, discutidas y, en su caso, votadas), ordenados según el articulado de la Ley Fundamental (y del resto de la legislación federal o regional sometida a la máxima del Tribunal). Tan sólo se introduce una lista de conceptos, a modo de clasificación, para hacer más manejable la consulta de la ya espesísima doctrina jurisprudencial en torno a los distintos preceptos de la Ley Fundamental.

Finalmente, en este grupo cabe también citar el monumental repertorio (cerca de 40 ordenadores de hojas intercambiables) de GIESE, SCHUNCK y WINCKLER (14). Por jurisprudencia constitucional se entiende aquí en cualquier caso no sólo la emanada del TCF, sino de cualquier Tribunal. A diferencia del *Nachschlagewerk*, esta obra reproduce el texto prácticamente íntegro de los fundamentos jurídicos de las sentencias recogidas y, al igual que el *Nachschlagewerk*, se extiende no sólo a la Ley

(12) G. LEIBHOLZ, H. J. RINCK, D. HESSELBERGER: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. O. Schmidt; Colonia, 1966 (6.ª ed., 1979 ss., entrega núm. 9, 1983).

(13) Bundesverfassungsgericht (ed.): *Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Deckers y Müller; Heidelberg y Hamburg, 1978, ss. (entrega núm. 20, noviembre 1983).

(14) F. GIESE, E. SCHUNCK, K. WINKLER (eds.): *Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik. Entscheidungssammlung*. Kommentator: Frankfurt/M., 1983 (entrega núm. 256), 38 vols.

Fundamental, sino también a otros textos constitucionales, en particular las Constituciones de los distintos Laender.

En un último grupo cabría por lo demás situar los comentarios breves. Son estos comentarios que no exceden de un solo volumen los que tienen, en general, una finalidad eminentemente práctica. Entre ellos figuran por lo demás algunos comentarios clásicos y valiosos desde el punto de vista doctrinal, como el SCHMIDT-BLEIBTREU y KLEIN (15), el MODEL-MÜLLER (16) y, el más reciente de todos, el ya citado al principio de SEIFERT. La particularidad de este comentario es que sus autores son exclusivamente altos funcionarios de la Administración Federal alemana.

Dentro de este grupo de comentarios breves cabe destacar la glosa de los términos de la Ley Fundamental que DÜRIG introduce discretamente, a modo de apéndice, en su edición de las leyes de Baden-Württemberg (17). No se trata de un comentario «articulado» o secuencial, sino de un «diccionario», pero en cualquier caso equiparable a un comentario, puesto que igual que en éste se hace hablar a la Constitución, se la interpreta, en definitiva, se la comenta. Este tipo de obra afin al comentario no es desconocido entre nosotros, donde ya la Constitución de 1978 dispone de un diccionario de sus términos (18), ni en Francia, donde uno de los escasos comentarios constitucionales disponibles ha adoptado precisamente esta forma (19).

4. Aun habiendo motivos para suponer sobradamente que los comentarios constitucionales alemanes han sabido superar al menos las dificultades prácticas de la exégesis jurídica, sin resolver satisfactoriamente, según los casos, otros problemas de fondo, lo cierto es que el desarrollo de la exegética constitucional comporta por sí un nuevo riesgo. La Constitución es o debe ser un orden abierto dotado de un conjunto de posibilidades y opciones que han de desarrollarse, pero no de agotarse. El comentario constitucional, sin embargo, al interpretar la Constitución en un determinado sentido, contribuye en alguna manera a ir delimitando el campo de posibilidades del desarrollo del orden constitucional, despejando incertidumbres que tal vez sean consustanciales a la Constitución y necesarias para la preservación de su sentido inicial y que bien pueden no constituir tales incertidumbres ni inseguridades, sino acuerdos fundamentales, o no-decisiones en el sentido antes apuntado.

Por ello, se espera con interés el proyecto de comentario alternativo que un grupo de juristas de izquierda (*linksliberal*) prepara bajo la dirección de profesores como E. DENNINGER, E. STEIN, H. RIDDER y el magistrado del Tribunal Constitucional Federal H. SIMON, personalidades próximas a una figura como W. ABENDROTH, más conocido entre nosotros, aunque tal vez no tanto como jurista, sino como politólogo e historiador del movimiento obrero. Tal vez el comentario incurra en el mismo defecto señalado, disipando apresuradamente otras inseguridades e incertidumbres, pero en cualquier caso, en cuanto balanceará desde la izquierda un género que, como el comentario, que tal vez haya dejado de ser positivista, pero sigue siendo en buena medida conservador, aportará una visión compensadora del ordenamiento constitucional alemán.

(15) B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Luchterhand: Neuwied, 1980 (5.^a ed.).

(16) O. MODEL, K. MÜLLER: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar für Studium und Praxis*. Heymanns: Colonia, 1981 (9.^a ed.), XXIV, 686 pp.

(17) G. DÜRIG: *Gesetze des Landes Baden-Württemberg*. Beck: Múnich, 1982 (9.^a ed.).

(18) J. FERNÁNDEZ VEGA-J. MARISCAL DE GANTE: *Diccionario de la Constitución española de 1978*. Planeta; Barcelona, 1983.

(19) R. BARRILLON et al.: *Dictionnaire de la Constitution*. Cujas: París, 1980 (3.^a ed.). 540 pp.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

* Esta sección ha sido elaborada por los siguientes miembros del Departamento de Documentación del Centro de Estudios Constitucionales, habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orfanel*, director de dicho Departamento:

Ricardo Banzo Alcubierre
María Concepción Laporta San Miguel
Julián Sánchez García

Con la colaboración de *Joaquín Abellán*, director del Departamento de Estudios.

