

EL RÉGIMEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ALEMANA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Hans-Rudolf HORN

El tema de la justicia constitucional es tema de discusión internacional, especialmente en América Latina, desde hace tiempo. La decisión de realizar un coloquio internacional en la ciudad de Guatemala sobre tribunales constitucionales no necesita explicaciones adicionales, pues se reconoce comúnmente que de aquí no solamente concurren aportaciones teóricas de gran importancia, sino también se ha desarrollado un modelo práctico para otros países en esta ciudad. Hace siete años se creó la *Corte de Constitucionalidad* como tribunal permanente, después de algunos antecesores sin esta calidad, pero ya fundados en las mismas ideas. Aunque en la exposición de motivos oficiales no se refirió expresamente a las experiencias europeas, respecto a tribunales especializados para asuntos constitucionales, no se puede dudar de la influencia de los modelos europeos, aunque no tanto en la vía inmediata, sino más bien mediante las investigaciones jurídicas de estudiosos iberoamericanos, que se han dedicado a tales cuestiones con resultados impresionantes en el contexto internacional.

En el artículo 268 de la *Constitución política de la República de Guatemala* se atribuye a la Corte de Constitucionalidad la defensa del orden constitucional. Esta norma guatemalteca contiene la descripción de la función esencial de la justicia constitucional, que vale también para el régimen efectivo del Tribunal Constitucional de la Federación en Alemania, mientras la constitución alemana misma, la llamada Ley Fundamental, no destaca cabalmente el rango verdadero de dicho alto tribunal; no le dedica siquiera un propio capítulo, sino se limita a establecer sus funciones de manera poco convincente, pues los constituyentes no tuvieron en cuenta el alcance verdadero del Tribunal Constitucional, al proveer a su lado simultáneamente una corte suprema como última instancia para los tribunales especializados de las materias

civil, penal, administrativa, laboral y social. Sin embargo, esta corte suprema, que frente al Tribunal Constitucional hubiese podido ser una fuente de conflictos jurídicos, nunca fue establecida. Se prefirió modificar el texto de la Ley Fundamental en el sentido de sustituir la corte suprema por una simple sala común a los tribunales supremos federales, para decidir sobre controversias entre las distintas ramas de la justicia; tales sentencias hasta ahora han sido escasas.

El Tribunal Constitucional de la Federación no es el único en Alemania. Las entidades federativas de la primitiva República Federal, antes de la unificación, en su mayoría tenían tribunales constitucionales propios, que subrayan su carácter de auténtico Estado. En marzo de este año también el Estado de Berlín unificado creó un tribunal de constitucionalidad.

Aunque del mismo texto de la Ley Fundamental no se puede desprender el rango y el alcance de la justicia constitucional —como ya hemos mencionado en el curso de las discusiones actuales sobre reformas constitucionales proveídas en el Tratado de Unificación—, no se piensa en crear regulaciones más adecuadas sobre cuestiones de la justicia constitucional, que propiamente necesitarían soluciones claras y que la jurisdicción no puede proporcionar. En la discusión pública prevalecen más bien asuntos muy raros, tales como el reconocimiento del matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Por lo general en Alemania se puede observar una reserva exagerada ante reformas constitucionales fundamentales. Los resultados del trabajo de muchos años, realizado por una comisión parlamentaria de encuesta sobre reformas posibles, ni siquiera fueron discutidos en el parlamento federal que había instituido dicha comisión.

No es fácil desarrollar fórmulas adecuadas para definir las bases de la justicia constitucional. Tampoco en Guatemala se logró encontrar versiones lingüísticas y teóricamente perfectas, aunque se trate de textos muy avanzados por lo demás. Tampoco se podría decir que se hubiesen evitando ciertas contradicciones. Así, se habla varias veces del “imperio de la ley” —obviamente se trata de una traducción del concepto inglés *rule of law*— por una parte, y se admite expresamente la revisión de leyes por la Corte de Constitucionalidad, por la otra. De esta manera se hace patente que la ley en sentido estricto no es la última instancia ni el poder decisivo, sino que lo es el orden constitucional, o tal vez el conjunto del derecho. La revisión judicial de leyes se rechaza precisamente por la razón que, según opiniones todavía vigentes, se vea amenazado el imperio de la ley. El antagonismo entre el parlamento, que ejerce

como poder primo la soberanía del pueblo de una manera destacada, por una parte, y un tribunal no legitimado democráticamente en el mismo grado, por la otra, muchas veces se decide en favor de la representación popular y en contra del tribunal, que reclama la facultad de decidir sobre la validez de una ley cabalmente promulgada. El miedo al régimen judicial es la principal objeción en contra de la idea de la justicia constitucional, cuyo rango se expresa primordialmente en la revisión de leyes, tal como se ha dicho en un comentario mexicano divulgado contra la legislación del amparo: “La tiranía judicial es la peor de todas las tiranías”.

Siempre se repite en los coloquios internacionales que la legislación judicial contradice el principio de democracia y genera la preocupación de que una élite sin legitimación se aparte demasiado del pueblo, y conduzca, al fin de un camino largo e inevitable, a un Estado totalitario. El gran escepticismo sobre la revisión judicial de las leyes tiene una tradición impresionante, incluso en su país de origen, Estados Unidos. Abraham Lincoln habló del peligro de que el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, si la política del gobierno sobre cuestiones que afecten a todo el pueblo, deba ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte.

La objeción principal en contra de una auténtica justicia constitucional se funda en la idea de que se lesiona tanto a la separación entre derecho y política como a la división de poderes, consagrada en todas las constituciones modernas. Se trata de una parte esencial del Estado moderno de derecho. En el desarrollo constitucional más reciente, sin embargo, crece la convicción de que la teoría sobre la separación estricta entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial necesita ser actualizada. El constitucionalismo liberal del siglo pasado partió de la opinión de que era necesario separar los poderes públicos para garantizar la libertad del individuo. Erróneamente se pensó que la unidad del poder público era algo que ya existía por sí misma, pero la naturaleza de la convivencia humana está llena más bien de rasgos caóticos. El funcionamiento del poder público siempre ha sido el resultado de grandes esfuerzos de coordinación, que dependen de la cooperación entre las autoridades y los ciudadanos. Al exagerar el antagonismo entre el individuo y la comunidad descuidamos el hecho elemental de que para un hombre que vive aislado, como Robinson en su isla remota, no tienen vigencia las categorías de libertad, igualdad y fraternidad así como tampoco el derecho constitucional en su conjunto. El concepto sobre la libertad tiene sentido exclusivamente cuando se considera en relación con los demás,

y depende de varias condiciones, entre ellas la circunstancia de que un poder detenga al otro para posibilitar la libertad del ciudadano; pero no se la debe considerar como posible exclusivamente en oposición al poder público, sino por lo contrario las autoridades del Estado tienen la obligación de garantizarla.

La coordinación entre los poderes públicos reanuda el pensamiento tradicional que tampoco el profeta moderno de la división de poderes, Montesquieu, había rechazado, para resolver problemas que surgen de la relación entre los tres poderes. Él había expresado la necesidad del consenso y el compromiso político de una manera más clara en su obra *Pensées*. Las modificaciones al texto primitivo, realizadas en el curso de la redacción de su obra principal, *El espíritu de las leyes*, al adoptar dicha idea, no significan que el autor hubiese querido abandonar su convicción original, sino se trataba de una manera de hablar muy usual en su época sobre las grandes investigaciones en las ciencias naturales, al describir también a los fenómenos sociales tal como a las fuerzas físicas y establecer un paralelismo con ellas. Según las teorías del Estado, que prevalecieron en la antigüedad y en la edad media, la colaboración entre las funciones públicas para lograr el bien común era considerada como indispensable para la existencia del Estado y con toda razón.

Las ideas actuales sobre coordinación y cooperación entre los poderes públicos parecen desvirtuar los argumentos frecuentemente usados en contra de la justicia constitucional, a la cual se le reprocha la transgresión de los límites constitucionales del poder judicial, considerados como muy estrechos según la frase famosa —otra vez— de Montesquieu, de que el juez será nada más que la voz de la ley. Aunque en la actualidad existe un criterio unánime de que no se puede señalar la función del juez de esta manera, puesto que se trata de una actividad creativa, descrita por Recaséns Siches como la individualización de las normas, parece que hay ideas ya superadas que todavía motivan la discusión actual. En todo el mundo aún hay muchos juristas que se asustan de la idea de que los jueces pudieran ejercer funciones políticas. Ignoran que cada forma de jurisdicción siempre tiene importancia política al conservar la paz jurídica en cierto sentido; asimismo no sería posible distinguir, en sentido estricto, entre asuntos jurídicos y cuestiones políticas, tal como lo sostiene la doctrina de la cuestión política en Estados Unidos. Decretar la abstención de los jueces en todas las cuestiones políticas sería obligarles a renunciar deplorablemente a su función específica, en perjuicio, precisamente de la política.

La vigencia intrínseca y el significado actual de la Constitución dependen del consenso real del pueblo. Los postulados constitucionales se realizan en un proceso de diálogo, basado en un fondo común de convicciones éticas, culturales y políticas, es decir una cultura política o cívica. La justicia constitucional tiene la importante función de establecer el sentido del consenso básico, consagrado en la Constitución, que debe ser individualizado. Se trata de un procedimiento de gran importancia, pues las normas constitucionales como tales solamente podrán ser realizadas de esta manera, ya que ningún principio constitucional, ni siquiera el más importante, puede tomarse como absoluto: esto significaría llegar al extremismo político. La tarea principal de la justicia constitucional consiste en prevenir todas las formas de extremismo y de arbitrariedad.

No parece muy difícil encontrar consenso sobre los principios descritos, si acaso con algunas modificaciones y restricciones. Pero aun de esta manera no se puede hablar del funcionamiento claro y efectivo de la justicia constitucional, cuando no se investigan detenidamente los factores que determinan el trabajo de los tribunales. Después de haber destacado la dimensión política de la jurisdicción surge la preocupación de que los tribunales lleguen a ser, al fin y al cabo, presa de los partidos políticos. Pero hasta las críticas más severas, a las que se debe tomar seriamente, comúnmente no reprochan la parcialidad de los jueces, sino su actitud elitista que los aparta de la población; por lo demás se reconoce que los jueces suelen seguir su convicción jurídica y su ética profesional. Dicha reserva frente a los partidos políticos es una cualidad significativa de la justicia constitucional, que parece sorprendente a primera vista, si se toma en cuenta que los jueces constitucionales en todo el mundo deben sus nombramientos a personajes o gremios políticos.

En *Alemania* los ocho jueces de las dos salas del Tribunal Constitucional de la Federación serán electos igualmente por el parlamento federal y el Consejo Federal, en el cual están representados los gobiernos de los estados miembros. Puesto que se prescribe en todos los casos mayorías de dos tercios, los partidos políticos suelen distribuir las curules judiciales entre ellos. Los jueces constitucionales señalan muy enérgicamente que la política del partido no ejerce papel alguno y que los mismos políticos ni siquiera de una manera indirecta intentan influirlos. Inclusive en investigaciones objetivas de autores extranjeros, tales como la del prestigiado conecedor de la justicia constitucional Donald Kommers, se llegó a la conclusión de que la influencia de los partidos no se debe tomar en cuenta. Taylor Cole constató que existen

lealtades dentro de una sala que poco tienen que ver con ser miembro o seguidor de un partido determinado. Tal imparcialidad parece menos asombrosa cuando se toma en cuenta que se trata de decisiones de un colegio en donde las tendencias políticas de un partido que en la mayoría de los casos no pueden seguirse, aunque naturalmente existen algunas excepciones importantes, de las cuales, sin embargo, se puede decir que solamente confirman la regla.

Las sentencias del Tribunal Constitucional de la Federación casi siempre afectaron a los partidos políticos en su conjunto. Respecto al financiamiento de los partidos políticos, desde el año 1958 hasta fecha reciente se han prescrito nuevas codificaciones, considerando como su tarea más importante la de proteger a los partidos pequeños contra los partidos establecidos y así fomentar la fundación de nuevos partidos; por ejemplo, al disminuir la cuota mínima de votos obtenidos para lograr subsidios públicos del dos y medio por ciento, como los previó la ley, a uno y medio por ciento; asimismo fue confirmada la cláusula que fijaba el cinco por ciento de los votos para obtener curules en el parlamento respectivo. Según la jurisdicción constitucional exclusivamente los gastos de las campañas electorales adecuadas serán reembolsados. Los diputados deploraron que sus manos fueran atadas por el fallo constitucional; ellos hubiesen preferido el camino opuesto, en el sentido de que los mismos partidos financien sus campañas electorales, porque entonces los miembros y seguidores harían donaciones adicionales, pues necesitarían recursos para posibilitar la formación de la voluntad política, tal como lo establece la Constitución expresamente. En estos días, el 9 de abril de 1992, el Tribunal Constitucional declaró de nuevo inconstitucional la ley vigente sobre el financiamiento a los partidos políticos. Pero esto no tiene por consecuencia que la ley actual, que fue impugnada por el partido "Los Verdes", sea nula de antemano, sino que el Tribunal impone la obligación al legislador de crear una regulación hasta el fin del año 1993, regulación que los jueces decidieron unánimemente. Sus críticas principales se refieren a los privilegios fiscales sobre donaciones para los partidos políticos, y no es la primera vez que el Tribunal establece un plazo al legislador para cumplir las exigencias judiciales.

El Tribunal Constitucional de la Federación, sin lugar a dudas, ejerce la función esencial de contrapeso a las fuerzas políticas, y reconoce simultáneamente las funciones legítimas de los poderes legislativo y ejecutivo mediante su teoría de la reserva judicial, que fue desarrollada según el modelo estadounidense, pero sin aceptar por ello la doctrina

de la cuestión política. El Tribunal alemán principalmente reclama su competencia sobre todos los asuntos jurídicos, y extiende a veces su competencia para abarcar también cuestiones que propiamente tienen poco que ver con un caso concreto, pero por otro lado rechaza emitir una decisión exigida sobre asuntos controvertidos bajo pretextos formales. Así sucedió en varios casos que tuvieron que ver con el financiamiento del aborto por el seguro social.

A pesar de las restricciones descritas, cabe decir que la doctrina de la reserva judicial desempeña un papel crucial en la jurisdicción constitucional alemana. Hasta ahora el Tribunal Constitucional ha resistido la tentación de establecer un catálogo de las tareas estatales que definen el bien común; pero desde el comienzo se ha apartado del manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como mera realización de libertades de acción, y les ha otorgado un rango de sistema de valores objetivos del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, no se ha avanzado en la definición de las funciones del Estado. La jurisprudencia corresponde más bien a la imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales del Estado. La publicidad es un elemento esencial de tal sociedad abierta, porque posibilita el control mediante la transparencia.

No es de extrañar que existan sentencias constitucionales, las cuales se puede sostener, con razón, que representan intervenciones indebidas en la esfera tanto del legislador, como de las autoridades competentes y también de tribunales especializados. Llama también la atención que el Alto Tribunal suela descuidar, de una manera creciente, los aspectos de la seguridad jurídica o del orden común necesarios para realizar valores importantes de la democracia o de la justicia social. Así, por ejemplo, destaca el derecho a las manifestaciones públicas de masas, y subestima la protección contra actos violentos. Establece retroactivamente principios tendentes a enmendar la situación de familias con niños mediante medidas del derecho tributario, sin tomar en cuenta la exigencia de la claridad de las normas, y abandonando el principio antes observado, de que normas tributarias no podrán tener efectos retroactivos. Desconoce, asimismo, el derecho del niño recién nacido a un apellido, al decretar que la sucesión de los apellidos paternal y maternal será asentada al azar, cuando los padres no se pongan de acuerdo sobre el apellido familiar, ignorando la norma legal que otorgó el primer lugar al padre.

En el contexto del derecho constitucional comparado debe destacarse que la justicia constitucional sólo puede cumplir su función eficazmente cuando se considera su legitimación y sus límites, respecto a los cuales el sistema alemán enseña criterios en sentido tanto positivo como negativo. El Tribunal Constitucional de España es un ejemplo de cómo se puede apoyar en las experiencias de otros países, tales como Austria, Italia, México o también Alemania, para desarrollar un modelo propio, que se ha caracterizado como el más avanzado del mundo. Parece preferible el sistema austríaco en el sentido que los fallos constitucionales no son retroactivos, sino para el futuro. Pero sobre el alcance, parece indispensable reconocer los efectos generales de las sentencias, pues normas que limitan sus efectos a un caso concreto amenazan la función de una justicia constitucional auténtica. Así en México se ha exigido hace tanto tiempo efectos generales de las sentencias en asuntos constitucionales, sin poder superar la institución de la *fórmula Otero*, considerada allá como conquista nacional.

La función del Tribunal Constitucional de la Federación alemán puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y Legislativo de una manera eficaz, y sigue gozando a pesar de las dudas descritas, de la más alta autoridad, no solamente sobre asuntos políticos sino también en la elaboración de proyectos de ley. Los mismos jueces constitucionales a veces exhortan a los diputados a tener más valor frente al Tribunal Constitucional, pero dichos consejos tienen carácter más bien teórico, pues como el ejemplo más reciente enseña, el Tribunal insiste en sus propias ideas sobre el financiamiento de los partidos políticos. Parece que no le importan los compromisos políticos, aunque existe el peligro obvio que no siempre se resiste a la tentación de complacer en demasía las opiniones populares, especialmente cuando se divulguen también entre expertos constitucionales; cabe decirse que el régimen de justicia constitucional alemana es un elemento esencial de la estabilidad política, tomando en cuenta de que el funcionamiento del Estado contemporáneo se funda en una participación crítica de sus ciudadanos, la cual excluye lo mismo una adhesión ciega que un rechazo total.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMOND, Gabriel, y Sidney VERBA, *The Civic Culture, Political Attitudes in Five Nations*, Princeton/USA, 1963, abarcando también la situación de México; *idem*, *The Civic Culture Revisited*, Boston/Toronto, 1980. El término *politische Kultur* ya fue usado por Max Weber en su publicación de 1904 *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*; cfr. Reichel, Peter, "Politische Kultur-Zur Geschichte eines Problems und zur Popularisierung eines Begriffes", en: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/1982, pp. 13-37.
- BRYDE, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung - Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro, "Necessité et légitimité de la justice constitutionnelle", en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 2/1981.
- CARPIZO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3a. ed., México, 1979.
- CARPIZO, Jorge, y Héctor FIX-ZAMUDIO, "La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 52(1985).
- COLE, "Three Constitutional Courts: A Comparison", en: *Apter*, David y Harry ECKSTEIN (compiladores), *Comparative Politics*, 6a. ed., Nueva York/Londres, 1968.
- Lord Devlin, "Judges and Lawmakers", en: *Modern Law Review*, 39 (1976). pp. 1 y 10.
- ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge/USA, 1980.
- HELDRIICH, Andreas, "Der Familienname des Kindes nach dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts", en: *Neue Juristische, Wochenschrift*, 1992, pp. 294 y ss. En la misma revista (*NJW* 5/1992) se publicaron más sentencias judiciales sobre el derecho al apellido familiar.
- HORN, Hans-Rudolf, "Legitimación y límites del poder ejecutivo", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1980; *idem*, en: *La constitución y su defensa*, México, 1984; *idem*, "Justicia constitucional y consenso básico", en: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. II, México, 1988; *idem*, en: *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. III, México, 1988.
- KOMMERS, Donald, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills/Londres, 1976.

- LANDFRIED, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1984.
- LANGE, Ulrich, “Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu”, en: *Der Staat*, 1980, pp. 213 y ss.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de la teoría política*, 6a. ed., Madrid, 1976.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar, *Semiótica del discurso jurídico*, México, 1987.
- TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, México.
- STARCK, Christian (compilador), *New Challenges to the German Basic Law*, Baden-Baden, 1991.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, 1985.