

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

(¿Modelo para España?)

SUMARIO: I. *Motivación Histórica*. II. *Estructura*. III. *Atribuciones*. IV. *Actividades del BVG*. V. *Tendencia política del BVG*. VI. *Un fenómeno único*. VII. *Un modelo dudoso*. VIII. *El BVG y la dimensión social*. IX. *Pensando en España*. X. *El control del poder*.

Cuando la política del gobierno sobre cuestiones vitales para toda la nación es decidida irrevocablemente por sentencias del Tribunal Supremo, el pueblo deja entonces de ser su propio dueño.

(Abraham Lincoln)

A los alemanes no les bastan las instituciones políticas tradicionales; para atar bien los cabos de su nueva democracia, han creado un instrumento jurídico con escasos precedentes en el mundo, llamado Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) en adelante (*BVG*). Teniendo en cuenta que la Constitución española de diciembre de 1978, estableció un Tribunal Constitucional en sus artículos 159 a 165, reglamentado por su ley orgánica promulgada el 3 de octubre de 1979, será quizá útil analizar con cierto detenimiento la estructura, funcionamiento, atribuciones y significado último del Tribunal de Karlsruhe.

I. MOTIVACIÓN HISTÓRICA

La creación de un tribunal constitucional dotado de amplios poderes fue, en parte, una reacción de los fundadores de la República Federal de Alemania a la experiencia negativa de la República de Weimar y del Tercer Reich en el plano político. Como dice Horst Sacker: "...la autoridad extraordinaria con que fue dotado el Tribunal Federal Constitucional como culminación del Estado de derecho, sólo es comprensible sobre el trasfondo de la amarga experiencia suministrada por el injusto Estado nacional

socialista".¹ El hecho de que un teórico tan influyente y tan vinculado más tarde al Tercer Reich como Carl Schmitt² se opusiera al sometimiento del poder estatal a una instancia jurídica autónoma, contribuyó también a que los padres de la República Federal de Alemania, abogaran por la tesis opuesta, representada sobre todo por juriconsultos como Hans Kelsen, partidario de una clara *jurisdictio* constitucional: "Sólo un órgano distinto del legislador e *independiente* de él, y, por tanto, de cualquier otra autoridad estatal, está llamado a destruir los actos anticonstitucionales del legislador. Ésta es la institución de un *tribunal constitucional*".³

Con la puesta en funcionamiento del *BVG*, los alemanes quisieron crear una instancia superior capaz de poner fin al culto mecánico a la letra de la ley, o, si se quiere, al acatamiento ciego y automático de las disposiciones del Estado. El ejemplo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos reforzó también la inclinación del Consejo Parlamentario de la República Federal de Alemania a crear un organismo capaz de contrarrestar jurídicamente los posibles excesos y errores de la dinámica estatal-política.⁴ El profesor socialdemócrata Carl Schmit, por ejemplo, quien jugó un papel destacado en la génesis de la Constitución de la República Federal de Alemania, se orientó en el modelo americano. Lo mismo cabe decir de Küster y Zürcher. Se explica así que Rodulf Dolzer haya podido afirmar: "En este sentido puede decirse que el Tribunal Federal Constitucional es un tribunal supremo (*Supreme Court*) perfeccionado."⁵

La creación del *BVG* expresa también el dualismo que en Alemania ha predominado siempre entre política y derecho. Muchos juristas han visto y ven en la política una manifestación de lo irracional —dinámico y en lo jurídico, de lo racional— estático. Partiendo de ese planteamiento dicotómico, se llega naturalmente a la conclusión de que la función del derecho —en este caso constitucional— es la de corregir la política o, lo que es lo mismo, que la prioridad última de ambos polos ha de recaer en las instancias jurisdiccionales.

¹ Säcker, Horst, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1975, p. 16.

² Carl Schmitt representa la línea más radical y conocida contra un control jurídico del Estado, pero la polémica en torno a este tema fue planteada también por Heinrich Triepel en el congreso jurídico celebrado en 1928 en Viena; en su famosa ponencia, afirmó que, hasta cierto punto, la esencia del control jurídico constitucional estaba en contradicción con la misma esencia de la Constitución.

³ Kelsen, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstad, 1976, p. 79.

⁴ Muchos años antes de crearse el *BVG*, Carl Schmitt observaba ya que el Tribunal Supremo norteamericano se había convertido para muchos juristas alemanes "en una especie de mito" (Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, p. 12).

⁵ Dolzer, Rudolf, *Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, 1972, p. 39.

II. ESTRUCTURA

El *BVG* fue creado por la ley de 12 de marzo de 1951, y su sesión constitutiva tuvo lugar el 7 de septiembre del mismo año. Sus funciones están definidas y legitimadas por la Ley Fundamental de 1949 de la República Federal de Alemania y por la Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional (*BVG-Gesetz*), que desde su entrada en vigor ha sido revisada varias veces. El *BVG* es definido por la ley como "un tribunal federal autónomo e independiente con respecto a todos los demás órganos constitucionales". (Artículo 94, 2 de las leyes fundamentales). El *BVG* posee el mismo rango que el presidente de la República, el Parlamento, el Consejo Federal y el gobierno federal.

El *BVG* se compone de dos salas; cada una de las cuales asume una parte determinada de la labor a realizar, y ambas actúan independientemente una de la otra, aunque en casos excepcionales se reúnan en sesión plenaria y tomen decisiones conjuntas. Ello ocurre cuando una decisión tomada por una de las dos salas afecta la jurisdicción temática de la otra.

Los acuerdos del tribunal son tomados por mayoría simple. En el caso de que se produzca un *pact* votacional, se considera como rechazada la demanda judicial. Las salas tienen capacidad decisoria cuando están presentes seis de los ocho jueces. Desde la ley adicional de 21 de diciembre de 1970, los jueces minoritarios pueden expresar públicamente su voto negativo, que es publicado junto a la decisión mayoritaria. La inclusión del *dissenting vote* en el fallo del tribunal procede de la praxis procesal anglosajona. Aunque muchos tratadistas opinan que este procedimiento resta autoridad moral al tribunal, en general se considera que es preferible al anonimato.

Cada sala se compone de ocho miembros. La mitad de ellos son elegidos por el Parlamento (*Bundestag*) y la otra mitad por el Consejo Federal (*Bundesrat*). Este sistema es más democrático que el que impera en los Estados Unidos, donde los jueces del *Supreme Court* son nombrados por el presidente de la nación. La elección de los magistrados por el Parlamento se realiza de manera indirecta, a través de una comisión de doce miembros nombrada *ad hoc*. La comisión refleja la relación de fuerzas existente en la cámara. Para ser elegido, un juez necesita reunir ocho votos, procedimiento que favorece claramente a la oposición. El Consejo Federal elige a los jueces directamente por un *quorum* de dos tercios. El mandato de cada juez tiene una duración de doce años y no es prorrogable. La función de juez constitucional es incompatible con cualquier otra actividad o función, con excepción de la de docente en alguna universidad.

El presidente y el vicepresidente del *BVG* son elegidos alternativamente

por el Parlamento y el Consejo Federal, y ambos presiden cada una de las dos salas.

El *BVG* es independiente del Ministerio de Justicia y tiene un presupuesto propio, que figura como partida especial en el presupuesto general del Estado y es administrado por él autónomamente. El sueldo del presidente del *BVG* es el mismo que el de un ministro de Estado y el de los jueces el mismo que el del presidente de un tribunal supremo federal.

III. ATRIBUCIONES

El *BVG* es la última instancia en todos los litigios surgidos en torno a la Constitución. La ley sobre el *BVG*, en su versión de 3 de febrero de 1971, divide el área de competencia del tribunal de Karlsruhe en quince apartados, que reproducimos en forma sintetizada:

1) Suspensión de los derechos fundamentales de una persona, cuando ésta ha hecho uso indebido de los mismos; 2) anticonstitucionalidad de partidos políticos; 3) impugnaciones contra el Parlamento relacionadas con la elección o destitución dudosa de algún diputado; 4) denuncia del Parlamento o del Consejo Federal contra el presidente de la República; 5) litigios entre órganos federales en relación a la interpretación de la Constitución; 6) litigios sobre la compatibilidad o incompatibilidad del derecho federal (*Bundesrecht*) o del derecho de las entidades federativas, (*Landesrecht*) con la Constitución; 7) divergencias de opinión sobre los derechos y deberes de la federación o de las entidades federativas (*Länder*); 8) litigios sobre otros aspectos públicos-jurídicos entre la federación y las entidades federativas, entre éstas o en el interior de una de ellas, siempre que no exista otra vía procesal; 8a.) recursos constitucionales de ciudadanos particulares y personas jurídicas; 9) quejas de jueces ordinarios contra jueces federales o de las entidades federativas; 10) controversias constitucionales dentro de una entidad federativa, cuando la ley local en cuestión adjudica al *BVG* el arbitraje del litigio; 11) compatibilidad de una ley federal o de las entidades federativas con la Constitución, o compatibilidad de una ley local con una ley federal; 12) dudas sobre la compatibilidad de alguna norma de derecho internacional con la Constitución alemana; 13) disputas entre los tribunales locales sobre la interpretación de la Constitución; 14) litigios sobre la vigencia de determinadas leyes anteriores al derecho federal actual o derecho preconstitucional; 15) otros casos previstos o determinados por las leyes federales.

Las decisiones del *BVG* son inapelables y definitivas. Nadie puede revocarlas, excepto el tribunal mismo. Toda decisión tomada por el *BVG* tiene que ser acatada por los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de la federación y de las entidades federativas (Artículo 31 de la Ley sobre el

BVG). “Las decisiones del *BVG*, sean en forma de resolución (*Beschluss*) o sentencia (*Urteile*) tienen inmediatamente vigor jurídico ‘formal’ pues no existe ninguna posibilidad de revocarlas”.⁶ En algunos casos, las decisiones del *BVG* tienen automáticamente *Gesetzkraft* o fuerza de ley; en otros, la sentencia es publicada por el ministro de Justicia en el *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial del Estado).

Los jueces del *BVG* no pueden ser destituidos por nadie, excepto por el propio tribunal. Para destituir a un juez de Karlsruhe es necesaria una mayoría de dos tercios. Las atribuciones del *BVG* y de sus miembros no pueden ser restringidas nunca, tampoco en caso de guerra.

Todo ciudadano tiene, en principio, derecho a recurrir al *BVG*, pero sólo después de haber agotado los procedimientos jurídicos convencionales, pues la “queja constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) es subsidiaria y no primaria. De todos modos, el tribunal constitucional puede aceptar una impugnación antes de haberse agotado las vías procesales ordinarias cuando el litigio es de “importancia general”. Para formular una queja o recurso constitucional, el ciudadano no necesita abogado. La apelación es directa. Tampoco tiene que pagar costas judiciales.

Muchas de las instancias presentadas a Karlsruhe son rechazadas a priori por los jueces. De las aceptadas, sólo un porcentaje mínimo —algo más del uno por ciento— logra tener éxito. Para probar la licitud o ilicitud de las demandas, cada sala dispone de varias comisiones de tres miembros llamados “asesores científicos”. Puede ocurrir que un ciudadano sea multado por haber presentado un recurso considerado abusivo o incorrecto.

El ciudadano no puede impugnar una ley en sentido general o abstracto, sino únicamente cuando está en condiciones de demostrar que esa ley daña de una manera directa y personal sus intereses privados. Pero no sólo los ciudadanos particulares pueden recurrir al *BVG*, sino también los partidos políticos, los ayuntamientos, municipios y otras instancias corporativas. La tendencia a apelar a la autoridad de Karlsruhe crece. En los primeros años, los casos tratados por el tribunal no pasaban de mil, en 1977 se elevaron a 2 540.

La revisión de una ley constitucional por parte del *BVG* se denomina “control abstracto de normas” (*abstrakte Normenkontrolle*) cuando el gobierno, una entidad federativa o un tercio del Parlamento recurren al tribunal de Karlsruhe sin que exista un litigio jurídico específico. La revisión judicial se denomina “control concreto de normas” (*konkrete Normenkontrolle*) cuando es solicitada por un tribunal cualquiera sobre la base de un litigio procesal concreto. La praxis del control abstracto de normas

⁶ Spanner, Hans, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1972, p. 49.

es, sobre todo, importante para la oposición, pues permite a ésta impugnar a través del *BVG* las leyes aprobadas por la mayoría parlamentaria.

El *BVG* está capacitado también para tomar disposiciones provisionales (*Einstweilige Andordnung*) sobre casos urgentes que requieren, por su importancia o gravedad, una decisión rápida. La vigencia de una disposición provisional es de tres meses, pero puede prorrogarse si al llegar el vencimiento del plazo no se ha pronunciado todavía resolución definitiva.

IV. ACTIVIDADES DEL *BVG*

Desde su fundación, el *BVG* ha recibido unas 36 000 solicitudes de revisión. No podemos, en el marco de esta exposición, enumerar todos los casos en que el *BVG* ha intervenido, pero para que el lector se haga una idea global de sus actividades, incluimos a continuación una pequeña sinopsis de sus principales dictámenes.

23 de octubre 1952. El *BVG* prohíbe y declara ilegal al *Sozialistische Reichspartei* (Partido Socialista del Reich), por considerarlo sucesor del NSDAP (Partido Nacional Socialista) y, por tanto, incompatible con los principios democráticos de la Constitución de la República Federal de Alemania. Pero los nazis eludieron esta decisión fundando más tarde un nuevo partido —el NPD— que, a pesar de su ideología inequívocamente fascista, sigue funcionando legalmente hasta la fecha.

1 abril 1953. Declara la igualdad fundamental entre el hombre y la mujer, así como entre los hijos naturales y los legítimos. En los años sucesivos, el tribunal tomará varias resoluciones adicionales sobre la misma temática humano-social, casi siempre de carácter progresista.

17 agosto 1956. El *BVG* decreta la anticonstitucionalidad del Partido Comunista de Alemania (*KPD*) que, a partir de ese momento, es prohibido y declarado ilegal. En su sentencia, el *BVG* afirmaba: “La democracia libre rechaza la tesis de que el desarrollo histórico está predeterminado por una meta final científicamente verificable”. Años más tarde, el mismo tribunal aceptará la constitucionalidad de un nuevo partido comunista (*DKP*), alegando que sus estatutos no contradicen las leyes fundamentales. Señalemos al paso que a pesar de la legitimidad formal del *DKP*, la simple afiliación a este partido puede ser causa de que el Estado (Federación y Entidades Federativas) no admita como funcionarios a sus miembros. Esta discriminación afecta sobre todo al cuerpo docente a todos los niveles.

1958. El *BVG* prohíbe a algunos *Länder* socialdemócratas llevar a cabo un referéndum popular sobre el equipamiento del ejército alemán con armas atómicas.

1961. El *BVG* declara como anticonstitucional el intento del canciller Adenauer de fundar un canal privado de televisión valiéndose de interpósi-

ta persona, y de utilizarlo como instrumento de propaganda del gobierno.

19 julio 1966. El *BVG* decreta que la financiación de los partidos políticos con fondos del Estado es anticonstitucional. Con ello, el tribunal rectifica su propia decisión de 24 de junio de 1958, en la que afirmaba lo contrario. Pero de otro lado, el *BVG* reafirma su decisión de 1958 al señalar que el Estado puede asumir una parte de los gastos electorales de los partidos. Este tema será tratado de nuevo en la sentencia de 3 de diciembre de 1968, de acuerdo con la cual, el *BVG* decreta que todo partido que obtuviera un mínimo de 0,5 por ciento de los votos tenía derecho a percibir un subsidio del Estado.

Agosto 1966. El *BVG* rechaza el recurso constitucional presentado por el semanario *Der Spiegel*, que en octubre de 1962 fue allanado y confiscado por la fuerza pública por el supuesto delito de alta traición.

14 julio 1971. El *BVG* prohíbe la publicación en la República Federal de Alemania de la novela de Klaus Mann *Mefistófeles*, en la que el hijo de Thomas Mann describe, bajo nombre ficticio, la carrera del popular actor Gustav Gründgens en la época del Tercer Reich.

Julio 1972. El *BVG* declara como lícita la aplicación del *numerus clausus* en las universidades, a pesar de que esta medida atenta contra el artículo 12 de la Constitución. Después de adornar su veredicto con largas párrafadas abstractas sobre el derecho de cada ciudadano a la libertad de estudio, el *BVG* declaraba: “Por otra parte, el imperativo constitucional no obliga a poner a disposición de cada aspirante y en todo momento la plaza de estudio deseada por él...”, pues —añadía el *BVG*— “la libertad personal no puede a la larga realizarse si queda separada de la capacidad de funcionamiento y equilibrio del todo”.⁷ Al establecer un nexo de dependencia entre acceso a la universidad y disponibilidad real o potencial de puestos de trabajo, el *BVG* no hacía sino degradar la educación a un instrumento de la producción. Cuando se tiene en cuenta que el *numerus clausus* significa a menudo una maniobra de los grupos de presión —como los médicos— para mantener y perpetuar una situación de monopolio profesional, el veredicto de Karlsruhe aparece todavía como más incomprensible.

31 julio 1973. A petición del gobierno de Baviera (*Land* regido por la democracia cristiana), el *BVG* se pronunció sobre el *Grundvertrag* (tratado fundamental) suscrito entre Bonn y la República Democrática Alemana. Los jueces de Karlsruhe no revocaron la legitimidad del tratado, pero señalaron que algunos aspectos del mismo eran incompatibles con la Constitución. La nota más destacada de la toma de posición del *BVG* fue la afirmación clara y tajante de que el reich alemán seguía existiendo:

⁷ Véase *Frankfurter Rundschau*, 22 de julio de 1972.

La Constitución parte del supuesto de que el Reich alemán ha sobrevivido a la derrota de 1945 y no ha desaparecido ni con la capitulación ni a través del poder estatal extranjero ejercido en Alemania por las tropas aliadas de ocupación. El Reich alemán sigue existiendo, posee todavía vigencia jurídica, aunque no puede operar debido a su falta de organización como Estado integral, en especial debido a la falta de órganos institucionalizados. . . . Con la creación de la República Federal de Alemania, no se fundó un nuevo Estado alemán-occidental, sino que se reorganizó una parte de Alemania. La República Federal de Alemania no es "sucesor jurídico" del Reich alemán, sino que, en tanto que Estado, es idéntico con el Estado del Reich alemán.⁸

Con esta decisión, el *BVG* quiso subrayar que tanto la República Federal de Alemania como la República Democrática Alemana, eran Estados provisionales destinados a desaparecer el día en que se lograra la reunificación de Alemania. Con ello se colocaba del lado de los sectores revanchistas que se niegan a aceptar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial. El juez Rottmann fue expulsado del *BVG* por haberse opuesto a la decisión mayoritaria y afirmado que el antiguo Reich había sido sustituido por dos Estados soberanos y legítimos: la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana. La resolución del *BVG* fue interpretada por la prensa soviética y comunista en general como una recaída en la guerra fría.

2 julio 1974. El *BVG* rechaza la propuesta del gobierno federal de suspender los derechos fundamentales del director del *Deutschen National-Zeitung*, un periódico de clara significación nazi, con el argumento de que las noticias y comentarios difundidos por dicha publicación no ponen en peligro la integridad del orden democrático de la República Federal de Alemania.

Agosto 1974. El *BVG* declara como nula la competencia de la Corte Suprema Europea (Luxemburgo) y de la Comunidad Económica Europea en general para dictar normas que atenten contra la Constitución de la República Federal de Alemania. La decisión, aprobada por 5 votos contra 3, provoca una violenta reacción crítica por parte de la minoría; los jueces derrotados afirman que los derechos fundamentales de la persona están suficientemente protegidos y garantizados por la Comunidad Económica Europea, aunque no exista una constitución general europea.

25 febrero 1975. La ley sobre el aborto elaborada por la coalición socialdemócrata-liberal es rechazada por el *BVG* como anticonstitucional. El canciller Schmidt habla en este contexto del "excesivo poder de los jueces".

⁸ Véase *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de agosto de 1973.

Julio de 1975. Dictamen sobre el *Radikalenerlass* o decreto sobre los radicales.⁹ Los socialdemócratas y los liberales afirman que la pertenencia a una organización política radical no es motivo suficiente para dudar a priori y en abstracto de la lealtad constitucional de un funcionario de Estado. La democracia cristiana afirma lo contrario. El *BVG* adopta formalmente una posición salomónica —que es interpretada *pro domo* por ambos sectores políticos— pero que sustancialmente da la razón a la *CDU/CSU*: “Los funcionarios tienen que distanciarse claramente de grupos y tendencias que ataquen y difamen a este Estado y al orden constitucional vigente”. Con ello se da libre curso a la praxis antidemocrática del *Berufsverbot* o bloqueo profesional por motivos ideológicos, que afecta sobre todo a los sectores marxistas de población, discriminación no practicada en ningún país democrático, tampoco en Italia y Francia, donde existen fuertes partidos comunistas. Señalemos también que la ley contra los radicales no fue creada por la democracia cristiana sino por el gobierno *SPD-FDP* presidido por Willi Brandt.

Noviembre de 1975. El *BVG* prescribe los emolumentos exactos que deben percibir los diputados del *Bundestag* y los parlamentos locales (*Landtag*), colocándose con ello por encima de la soberanía y autonomía de los parlamentos del país.

Marzo de 1977. El *BVG* acusa al canciller Schmidt de haber financiado con fondos públicos anuncios publicitarios con fines electorales, mezclando sus funciones de jefe de gobierno con las de dirigente del *SPD*. En el curso de ese mismo año, condena dos veces el presupuesto del Estado como parcialmente anticonstitucional.

25 julio 1977. El *BVG* decreta que los funcionarios de Estado perciban a partir de su tercer hijo una asignación superior a la que perciben los trabajadores, atentando con ello de una manera clara contra el principio constitucional de la igualdad de oportunidades y derechos.

Abril 1978. El *BVG* revoca la ley sobre quienes esgrimen la objeción de conciencia alegando que el crecimiento de los mismos pone en peligro la capacidad defensiva de la nación. Las directrices dictadas por el tribunal de Karlsruhe no anulan completamente el derecho constitucional a rechazar el servicio militar, pero lo dificultan enormemente. Cada objetor de conciencia tiene que someterse primero a un examen judicial. El juez puede aceptar o rechazar la solicitud.

1 marzo 1979. El *BVG* declara como compatible con la Constitución la ley sobre la cogestión ampliada promulgada por el gobierno federal en 1976, que había sido impugnada por varias asociaciones empresariales. Puntualiza,

⁹ Véase Saña, H., “El decreto contra los radicales”, en *Destino* Barcelona, núm. 2.140, 12-18 de octubre de 1978.

de todas maneras, que el actual sistema cogestivo no merma el principio de la propiedad privada ni limita la libertad decisoria del capital y que, si en el futuro estos derechos patronales se vieran amenazados, el legislador tendría que cambiar la ley.

V. TENDENCIA POLÍTICA DEL *BVG*

El *BVG* ha pretendido siempre aparecer como un organismo estrictamente jurídico, como una institución de derecho desligada de toda intencionalidad política o ideológica. Este criterio ha sido expresado así por Ernst Friesenhahn, juez del tribunal entre 1951 y 1963: "Los litigios sobre derecho político permanecen como litigios jurídicos. Una sentencia sobre un litigio político permanece como una decisión jurídica, aunque tenga consecuencias en el ámbito político."

Estas declaraciones formalistas contradicen de todos modos la praxis. Hasta 1971, el tribunal de Karlsruhe estuvo dominado claramente por jueces cercanos a la democracia cristiana.¹⁰ Aun admitiendo su honestidad subjetiva, es difícil creer que su filiación ideológica no influyera en su función jurídica. Recordemos las palabras admonitorias de Kelsen:

Aunque sería altamente deseable apartar toda influencia de los partidos políticos sobre la función del tribunal constitucional, la realización de este postulado es muy difícil. No podemos ignorar que los especialistas se dejan influir también por motivos políticos, sea consciente o inconscientemente.¹¹

Tras la subida al poder de la coalición *SPD-FDP*, ambos partidos pudieron establecer cierto equilibrio, pero sin llegar a neutralizar del todo la hegemonía que todavía hoy ejercen los jueces conservadores. El exministro y actual presidente del *BVG*, Ernst Benda, es, por ejemplo, un destacado miembro de la *CDU*. Dado que los jueces de Karlsruhe son elegidos por el Parlamento y por el Consejo Federal, la composición de sus dos salas refleja más o menos la relación de fuerzas existentes en las dos cámaras legislativa. La coalición *SPD-FDP* detenta la mayoría en el Parlamento; por su parte la *CDU-CSU* tiene mayoría en el Consejo Federal, lo que explica que el *BVG* siga siendo, en conjunto, más conservador que progresista. Así, el *Stuttgarter Zeitung* hablaba hace algunos meses de la "incon-

¹⁰ Seguimos aquí los datos del semanario *Der Spiegel*, que el año pasado dedicó una serie de trabajos a analizar el proceso de politización del *BVG*, bajo el título general de "Verfassungsrichter treiben Politik" (Los jueces constitucionales hacen política). Véase números correspondientes a 30 de octubre y 6, 13 y 20 de noviembre de 1978.

¹¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 83.

fundible tendencia conservadora del *BVG*".¹² Y en el mismo artículo se decía: "Es evidente también que el *BVG* no ha mantenido el gran impulso liberal de los años cincuenta."

En todo caso, en los últimos años, la coalición *CDU-CSU* ha intentado obstaculizar la labor legislativa del gobierno recurriendo de manera creciente al tribunal de Karlsruhe. Hay que señalar que la mayoría de las impugnaciones presentadas por la oposición han tenido éxito total o parcial. A través de su movilización por parte de la democracia cristiana, el *BVG* se ha convertido en cierto modo en el protector de la minoría parlamentaria y, en sentido lato, de la minoría electoral. A través del *BVG*, los sectores de población que han perdido las elecciones pueden contrarrestar la voluntad del pueblo soberano. Si hay razones de peso para desconfiar de una democracia mecánica como la que postulaba Rousseau, en la que impera la dictadura absoluta del número, hay que preguntarse también si es lícito que un simple tribunal altere o modifique con sus decisiones los resultados electorales. Eso no significa que el *BVG* sea un brazo prolongado de los partidos políticos y, concretamente, de la democracia cristiana. Eso explica que en otros tiempos, algunas de sus decisiones provocaran la ira de Adenauer y otros políticos de la coalición *CDU-CSU*. Hay que recordar asimismo que al fundarse el *BVG*, el *SPD* fue el primero en exigir amplios poderes para ese organismo. El único partido que se opuso a la creación del tribunal constitucional fue el comunista.

A la luz de la experiencia suministrada por el *BVG*, resulta cada vez más difícil sostener la tesis de su supuesta apoliticidad. El mismo Gerhard Leibholz, uno de los más conocidos jueces de Karlsruhe, ha reconocido: "Se puede afirmar que, aun cuando el Tribunal Federal Constitucional toma sus decisiones dentro de un marco jurídico, ejerce al mismo tiempo poder político".¹³ y Martin Draht: "...toda decisión de un tribunal constitucional representa en mayor o menor grado una participación autónoma de este tribunal en la configuración de la vida política y social".¹⁴

Ya el mismo concepto de "derecho" aplicado al ámbito constitucional es equívoco, pues aquí adquiere inevitablemente la categoría de derecho político; es decir, adquiere una dimensión cualitativa *sui generis*, que no poseen, por ejemplo, el derecho administrativo o penal. Como ha precisado Dolzer: "La diferencia entre la actividad del juez civil y el juez constitucional radica en el hecho de que éste se mueve directamente en el ámbito de lo po-

¹² Birkenmaier, Werner, "Die Herren der Verfassung", en *Stuttgarter Zeitung*, 3 de octubre de 1978.

¹³ Leibholz, Gerhard, "Hüter des Grundgesetzes", en *Die Welt*, 19 de noviembre de 1966.

¹⁴ Draht, Martin, "Die Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit", en *op. cit., supra*, nota 3, p. 166.

lítico cuando tiene que sopesar intereses jurídico-constitucionales opuestos, mientras que el juez civil no tiene ningún contacto intrínseco con lo político".¹⁵ Kelsen precisaba ya: "Hay que admitir que la anulación de un acto legislativo por una entidad distinta al órgano legislador es una intervención en la esfera del poder legislativo."¹⁶

La tesis tradicional de la neutralidad olímpica de los jueces encuentran cada vez menos partidarios. Muchos tratadistas —como Shapire y Glendon Schubert— han definido por ejemplo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos como esencialmente político, en el sentido de que el articulado constitucional deja un margen amplio para la interpretación subjetiva. En este contexto, las nuevas teorías críticas ponen en duda la concepción clásica de Montesquieu, que veía en el tercer poder —la justicia— un reflejo mecánico de la ley o, lo que es lo mismo, una potestad *en quelque façon nulle*.¹⁷ El simple hecho de que los dictámenes del *BVG*, o de otros tribunales análogos, no se obtengan por unanimidad, demuestra que la interpretación de una ley por parte del juez no es un proceso mecánico y pasivo, sino eminentemente activo y personal.¹⁸ Este fenómeno ha sido designado por Carl Schmitt con el nombre de "decisionismo". El valor de la sentencia judicial —dice Schmitt— no radica en la argumentación, "sino en la superación autoritaria de la duda".¹⁹

Hay que añadir que el *BVG* y demás tribunales de este tipo no pueden sustraerse a los condicionamientos históricos, ideológicos y sociales de la época en que actúan, y este hecho sociológico debe encuadrarse también en la esfera de lo político.²⁰

VI. UN FENÓMENO ÚNICO

Lo que Alexis de Tocqueville escribía el siglo pasado sobre el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puede aplicarse hoy con más razón al *BVG*

¹⁵ Dolzer, Rudolf, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 47.

¹⁶ Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 80.

¹⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro XV, cap. VI.

¹⁸ En otro contexto, Antonio Hernández Gil señalaba: "La movilidad legislativa actual, que tiene muchos inconvenientes, ofrece, como contrapartida, la ventaja de brindar oportunidades a la penetración del saber de los juristas en la elaboración de las normas." (Hernández Gil, Antonio, *Juristas españoles de nuestro tiempo*, Madrid, 1973, p. 43.)

¹⁹ Schmitt, Carl, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 46.

²⁰ Esto reza especialmente para los países con una tradición política inestable. Así, Diego Valadés, uno de los más brillantes juristas mexicanos del momento, escribía: "Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las decisiones judiciales también están condicionadas por cuestiones políticas. Este fenómeno se acentúa en América Latina, donde la independencia de los juzgadores es muy relativa" Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974, p. 10.

alemán: "Cuando, después de examinarse en detalle la organización del Tribunal Supremo y se considera en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso".²¹

El *BVG* es una institución jurídica única en el mundo. No hay tribunal de otro país que posea tantas atribuciones como el de Karlsruhe. Como ha dicho un experto: "Sus plenos poderes son muy superiores a los de cualquier tribunal análogo en otras democracias."²² Al respecto Gerhard Müller señala: "El área de competencias del Tribunal Federal de la Constitución supera no sólo la de cualquier institución comparable en la historia jurídica alemana, sino que actualmente no existe en ningún Estado del mundo ningún tribunal constitucional con atribuciones tan amplias."²³

En Suiza, por ejemplo, no existe ningún control jurídico sobre las leyes federales. La última instancia sobre la política del *Bund* helvético y sus respectivos cantones no es el *Bundesgericht* (tribunal federal) sino el plebiscito popular, del que el pueblo suizo hace uso frecuente. Todos los intentos de la Asociación Suiza de Juristas para cambiar este *status* han fracasado. El *Bundesgericht* no puede tampoco controlar los tratados internacionales aprobados por la *Bundesversammlung* o Parlamento federal. El *Verfassungsgerichtshof* austríaco posee menos competencias que el alemán; así, no está legitimado para revisar las sentencias dictadas por los demás tribunales de la nación. En Italia, el tribunal constitucional no acepta la impugnación directa del ciudadano, e interviene únicamente cuando en algún proceso ordinario, el fiscal o la defensa solicitan la revisión de alguna ley fundamental. El *Supreme Constitutional Court* de Chipre (Constitución de 1960) fue creado con el objeto específico de arbitrar las tensiones entre turcos y griegos. En Francia, la soberanía legislativa última radica en los representantes políticos de la nación y no en los jueces, cuya posición con respecto a la Constitución es claramente subalterna. El *Conseil constitutionnel* implantado por la V República no es un tribunal constitucional propiamente dicho, sino una institución más política que jurídica, subordinada a los órganos legislativos y ejecutivos, ya en su mismo funcionamiento técnico o *modus operandi*, pues sólo puede actuar a requerimiento del presidente de la República, el primer ministro o los presidentes de ambas cámaras; además, sólo tiene facultades para revisar proyectos de ley, pero no leyes ya votadas por la legislativa. En Inglaterra, cuna de la democracia parlamentaria-

²¹ Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1961, tomo I, p. 152.

²² Schallies, Walter, "Zwanzig Jahre Bundesverfassungsgericht", en *Süddeutsche Zeitung*, 28 de septiembre de 1971.

²³ Müller, Gerhard, "Die Bedeutung der Verfassungsgerichtbarkeit das Verständniss des Grundgesetzes", en *op. cit.*, *supra*, nota 3, pp. 398-99.

ria, no existe ningún tribunal constitucional, no sólo porque ello atentaría contra las tradiciones pragmáticas de ese país, sino porque en Gran Bretaña no existe una constitución escrita.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Supreme Court*) no es un tribunal constitucional propiamente dicho, sino un tribunal de apelación. Los litigios constitucionales que puedan surgir son decididos primero por los tribunales ordinarios, empezando por los juzgados de primera instancia. Tampoco pueden inmiscuirse en leyes que afectan a asuntos militares o tratados internacionales. Es competente únicamente en casos concretos de infracción de derechos de alguna persona, y no en querellas abstractas sobre doctrinas políticas o ideológicas. Como ha dicho Félix Frankfurter: *The court can only deal with concret litigation*.²⁴ O según Rudolf Dolzer: “La diferencia fundamental consiste en que el Tribunal Supremo realiza el control de normas como caso incidental, mientras que el Tribunal Federal Constitucional arbitra cuestiones jurídicas abstractas.”²⁵

Y lo que es más importante: la tradición jurídica norteamericana —como la inglesa— es pragmática y rehuye por principio intervenir en cuestiones que, por su carácter abstracto o ideológico, son competencia de las fuerzas políticas y no de los jueces. El *Supreme Court* sigue tradicionalmente la norma de conducta llamada *political-question*, consistente en inhibirse de todos aquellos litigios cuyo significado central es político, aunque formalmente pueda afectar a la jurisdicción. Se ha interpretado a menudo esta actitud como una maniobra oportunista para rehuir la confrontación con el poder político; pero, si se mira bien, detrás de esta inhibición hay un respeto profundo a las reglas fundamentales de la división de poderes. Los jueces de Karlsruhe ignoran este *self-restraint* de sus colegas anglosajones y no vacilan en invadir áreas que esencialmente corresponden a las instancias políticas. Con ello se está confirmando el peligro anticipado ya por Carl Schmitt: “Una expansión desmesurada de la Justicia no transformaría el Estado en judicatura, sino que, a la inversa, convertiría los tribunales en instancias políticas”.²⁶

En la misma Alemania falta el precedente concreto de un tribunal como el de Karlsruhe. Ni la Constitución de la Confederación Nortealetmana de 1o. de julio de 1867 ni la del Reich de 16 de abril de 1871 contenía una jurisdicción constitucional. La República de Weimar adjudicó a diversos tribunales superiores la potestad de arbitrar conflictos constitucionales, pe-

²⁴ Véase “The Supreme Court” en *Encyclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, The MacMillan Company, vol. XIII.

²⁵ Dolzer, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 33.

²⁶ Schmitt, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 128.

ro no creó un tribunal específicamente constitucional. Las atribuciones normativas del *Staatsgerichtof* y del *Reichsgericht* de Leipzig eran limitadas; así, ninguno de los dos tribunales podía arbitrar conflictos entre los órganos del Reich ni revisar jurídicamente las leyes en relación a su constitucionalidad. Tampoco existía la impugnación directa del ciudadano en materia de violación de derechos fundamentales.

El primer país que implantó la praxis de un tribunal específicamente constitucional fue Austria en 1920. Tras la Segunda Guerra Mundial, hubo algunos países que imitaron este ejemplo, pero en la mayoría de países occidentales el control jurídico de la constitución es realizado por tribunales superiores no exclusivamente constitucionales. Los países comunistas —con excepción de Yugoslavia— no admiten el control jurídico de la constitución. Así, por ejemplo, el artículo 89 de la Constitución de la República Democrática Alemana (1949), dice *expressis verbis*: “Las leyes promulgadas no serán examinadas por los jueces en relación a su constitucionalidad.” Aparte del caso prematuro de Norteamérica, en líneas generales puede decirse que el control jurídico constitucional es una praxis introducida por la escuela austriaca de derecho,²⁷ asumida y potenciada al máximo por Alemania tras el fracaso estrepitoso del Tercer Reich e imitada en mayor o menor medida por Italia, Japón, Turquía y media docena de países más. Vemos que se trata, en gran parte, de naciones sin una tradición democrática sólida. Por el contrario, los países tradicionalmente democráticos (Inglaterra, Holanda, Bélgica, Dinamarca y los países escandinavos) no han tenido que recurrir a una élite de jueces para solventar sus conflictos políticos.

VII. UN MODELO DUDOSO

El *BVG* no debe ser interpretado necesariamente como el reflejo de una sensibilidad jurídica superior, sino más bien como la expresión de la desconfianza que los alemanes tienen en su propia capacidad democrática. Es el intento de superar por vía jurídica la habilidad política de la nación. Carl Schmitt señalaba ya: “Cuando se invoca la necesidad de establecer un guardián y mantenedor de la Constitución, ello es generalmente el signo de una situación constitucional crítica”.²⁸

Hans Spanner, identificándose *a priori* con la idea del *BVG*, observaba: “La enorme utilización del *BVG* demuestra la importancia adquirida por

²⁷ La escuela austriaca ha encontrado su máxima expresión en la “Teoría Pura del Derecho”, de Kelsen. Véase sobre todo *Reine Rechtslehre* (2a. ed.) Viena, 1960. La primera edición se publicó en 1934 y ha sido traducida a varios idiomas. Recordemos aquí que Kelsen fue consejero de Roosevelt y participó en la elaboración de la Carta del Atlántico.

²⁸ Schmitt, Karl, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 1.

la jurisdicción constitucional".²⁹ Pero podría decirse también que la consulta masiva del *BVG* documenta la inseguridad de los alemanes a la hora de gobernarse libre y soberanamente, y su necesidad inconsciente de ser "guiados" siempre por una instancia superior dotada de poderes infalibles. Detrás de esta actitud puede latir un culto sublimado al *Führerprinzip*.

Pero lo más paradójico es que los alemanes confiaran la custodia de su nueva democracia a uno de los estamentos más reaccionarios del país, un estamento que hizo todo lo posible por minar los cimientos de la República de Weimar y se puso al servicio incondicional del Tercer Reich, participando en la elaboración del *corpus* jurídico más inhumano y repelente de la historia universal. No se olvide que muchos de los juristas más notables de la República Federal de Alemania —como Ernst Forhoff o Theodor Maunz— glorificaron en su tiempo el antisemitismo y el racismo del Tercer Reich.³⁰

Es obvio que el *BVG* está en contradicción con los principios de la democracia parlamentaria clásica y significa el triunfo de un tipo elitista y paternalista de democracia que, en cierto modo, entronca con el Estado estamental de la Edad Media o, aún más, con el Areópago de Atenas o los éforos de Esparta. Como se sabe, los éforos tenían la misión de controlar a los gobernantes —empezando por el propio monarca— con el objeto de asegurar el reino del *nomos*, o ley. Este sistema —que entusiasmó a Fichte— es, con el de los cosmos cretenses, el modelo más acabado y antiguo de Estado judicial, y aunque los atributos de los tribunales constitucionales modernos sean mucho más limitados que los de los éforos, entre ambas instituciones existe un nexo histórico de continuidad.³¹

Se explica que Börner, presidente del Land de Hesse, hablara el 20 de mayo de 1978 de un *Entmachtung* o destronamiento del Parlamento por parte del *BVG*. Ya en 1959, Ernst Forhoff denunciaba la acumulación de poder del *BVG* como un paso hacia la transformación del *Rechtsstaat* (Estado de derecho) en un *Justizstaat* (Estado judicial).³² No minimicemos tampoco el carácter técnicamente elitista del *BVG*, cuyas decisiones, formuladas en un lenguaje escasamente accesible al ciudadano medio, dificultan un control eficaz por parte del pueblo. Otwin Massing ha hablado en este contexto de la "arrogancia de una corporación jurídica que se con-

²⁹ Spanner, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 13.

³⁰ El semanario *Der Spiegel* se ocupaba de este escabroso tema en su número de 5 de marzo de 1979.

³¹ Sobre los éforos de Esparta y los cosmos de Creta, véase Aristóteles, *Política*, libro II, caps. VI y VII.

³² Véase "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes", *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 275.

sidera como una élite”, y de la “tentación paternalista de tratar a los ciudadanos como una nueva variante de los súbditos”.³³

¿Es el *BVG* soberano absoluto, *suprema potestas* de la República Federal de Alemania? Técnicamente no, porque sólo actúa cuando una instancia externa le mueve a ello; pero en sentido último sí, precisamente porque no existe ningún organismo que pueda invalidar sus decisiones. El tribunal de Karlsruhe encarna la función de lo que Kelsen llamaba “legislación negativa”: “Pues la anulación de una ley tiene el mismo carácter general que su promulgación. Anulación es promulgación en sentido negativo. La anulación de leyes es por ello una función legislativa”.³⁴

Pero si el *BVG* ha penetrado tanto en la legislación y praxis política de la nación, la culpa no radica en él, sino en los propios partidos políticos que, en vez de solucionar por sí mismos los conflictos ideológicos, sociales o económicos, han preferido ceder la iniciativa a la *noblesse de robe*. Y esta tradición fue iniciada ya por el *SPD*, cuando en 1952 se dirigió al *BVG* para que éste examinara la constitucionalidad de un posible ingreso de la República Federal de Alemania en la Comunidad Europea de Defensa. (El veto francés hizo innecesaria la intervención del *BVG*.)

Sería de todos modos un error mayúsculo interpretar el *BVG* como un poder capaz de dictar las normas jurídicas que le dé la gana, no sólo porque existe un entramado constitucional que actúa de freno, sino porque el sentido común y el instinto de conservación aconsejan a los magistrados a tener en cuenta la opinión general de la nación. “La capacidad decisoria del Tribunal Constitucional está también materialmente limitada por el imperativo de tomar decisiones objetivamente correctas.”³⁵ Si el *BVG* se alejara demasiado de la opinión reinante en los demás órganos de poder y de la sociedad en su conjunto, quedaría a largo plazo aislado y perdería finalmente su autoridad, como le ocurrió por ejemplo al *Supreme Court* en la década de los treinta, cuando intentó bloquear el intervencionismo estatal del *New Deal* de Roosevelt.

Es evidente que si el *BVG* abusara demasiado de su poder, provocaría con el tiempo la resistencia de los demás órganos legislativos, que podría incluso conducir al intento de reducir el área de competencias del tribunal por medio de una reforma de la constitución. En último término, pues, y en sentido global, el *BVG* no es soberano absoluto. Konrad Hess ha dicho

³³ Massing, Otwin, “Recht als Korrelat der Macht?”, en *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 423.

³⁴ Kelsen, *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 80.

³⁵ Roellecke, Gerd, *Politik und Verfassungsgerichtbarkeit*, Heidelberg, 1961, p. 21.

con razón: "El poder del tribunal se basa sólo en su prestigio y en la fuerza persuasiva de sus argumentos".⁸⁶

Por otra parte, no cabe olvidar que la influencia creciente del derecho en la vida moderna concede potencialmente al *BVG* una magnífica oportunidad para ejercer un amplio poder sobre la sociedad. El peligro no consiste en que el *BVG* tome decisiones extravagantes contra los demás órganos de poder, sino en que de una manera sistemática invada todos los ámbitos de la vida político-social y se convierta en el gendarme de la nación. En este contexto hay que subrayar la tendencia creciente del *BVG* a rebasar su mera función complementaria y a sustituirla por una función normativa. En principio, la función que corresponde al *BVG* es la de limitarse a rechazar como anticonstitucionales las normas políticas o jurídicas que atenten contra las leyes fundamentales. Pero más de una vez los jueces de Karlsruhe no se limitaron a consignar lo que no puede ser, sino que explican lo que debería ser, es decir, usurpan una función legislativa y soberana que no les corresponde.

Si tenemos en cuenta que las constituciones en general —también la española de 1978— se caracterizan por su expresa ambigüedad o polivalencia, aparecerá claro que las decisiones jurídicas tomadas *a posteriori* por el tribunal constitucional respectivo no son simples "aclaraciones" formales, sino auténticas declaraciones intrínsecas. Los jueces, en este caso, se convierten en legisladores o, por lo menos, en co-legisladores, como ha señalado muy bien Carl Schmitt:

El litigio sobre el contenido de la decisión legislativa no es, por la misma razón, justiciable, no pertenece a la decisión judicial, sino a la decisión política del legislador. Si en este contexto se organiza un instrumento jurídico, en realidad se organiza una instancia legislativa, que asume las funciones de una Cámara de los Lores o de una primera o segunda Cámara.⁸⁷

El mismo *BVG* ha manifestado a menudo —para justificar su expansionismo normativo— que su función es la de interpretar la Constitución en sentido creador, es decir, la de completarla y perfeccionarla. Pero, como dice Horst Ehmke, su verdadera función es la de comprobar si "la ley es *todavía* compatible con la Constitución, y no la de decidir si la opción prevista por la Constitución es la más óptima".⁸⁸ Cuando la interpretación

⁸⁶ Hesse, Konrad, "Grundzüge des Verfassungsrechts", en *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 370.

⁸⁷ Schmitt, Carl, *op. cit.*, *supra*, nota 26, p. 113.

⁸⁸ Ehmke, Horst, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", en *op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 307.

de una ley permite varias opciones, la obligación del *BVG* es la de aceptar la que es compatible con la Constitución, aunque subjetivamente entienda que las otras son mejores. El *BVG* tiende a salirse de esta interpretación restrictiva y a practicar la interpretación sustitutiva. Con ello invade zonas que no son de su incumbencia. Ya Hegel consideraba que cuando la "Justicia (*Rechtspflege*) intenta controlar al poder estatal (*Staatsgewalt*) se desnaturaliza (*tritt ganz aus ihrer Natur*) y ello porque la justicia sólo representa una parte del-Estado y no puede decidir sobre el todo (*Ganzes*)".³⁹

A pesar de ser un apologeta del *BVG*, el profesor Christian Starck advertía:

En algunas decisiones en las que se anulan leyes, el Tribunal Federal de la Constitución da *consejos* al legislador sobre la manera de hacerlo mejor en el futuro. Con ello se evitan nuevas derrotas del legislador ante el *BVG*, pero, a la larga, el legislador puede perder así su responsabilidad política y caer bajo la tutoría del Tribunal Federal Constitucional.⁴⁰

VIII. EL *BVG* Y LA DIMENSIÓN SOCIAL

El celo del *BVG* en cuestiones jurídico-políticas contrasta con su reserva a la hora de pronunciarse sobre cuestiones sociales. Eso explica el escaso espacio que en las sentencias del tribunal de Karlsruhe ocupan las referencias al problema social, como se desprende de un estudio monográfico realizado por un experto: "Cinco sentencias y disposiciones con más de diez líneas sobre el principio del Estado social en el curso de 24 años son un balance muy magro".⁴¹ Cuando los jueces de Karlsruhe se deciden a mencionar la dimensión social de la Constitución lo hacen en sentido subsidiario y marginal.

Pero en este contexto hay que señalar que el término "social" aparece en la Constitución de 1949 sólo dos veces, de manera que en su indiferencia por los problemas sociales, el *BVG* no hace más que seguir los pasos de los padres de la República Federal de Alemania. En este aspecto concreto, la Constitución de la República Federal de Alemania es netamente inferior a la de la República de Weimar, que contenía una serie de postulados sociales positivos.

Muchos juristas de la República Federal de Alemania han negado sustancia jurídica y aun constitucional al concepto "social", situándose con

³⁹ Hegel, *Die Verfassung Deutschlands*.

⁴⁰ Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, Tübingen 1976, p. 27.

⁴¹ Weinhold, Werner, *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sozialstaatsprinzip* (tesis doctoral), Marburgo, 1977, p. 14.

ello frente a la tesis creciente de que el Estado de derecho y el Estado social forman una unidad indivisible. Por lo que respecta al *BVG*, no admite como lícito o justificado ningún recurso constitucional basado en la lesión o incumplimiento de algún imperativo social. Detrás de esa inhibición existe el propósito de no poner en duda los cimientos del orden económico vigente en la República Federal de Alemania.

IX. PENSANDO EN ESPAÑA

Nuestras reflexiones críticas no implican un rechazo absoluto y dogmático del Tribunal de Garantías Constitucional. Se trata más bien de fijar los límites que debería tener y de no hacerse demasiadas ilusiones sobre su posible eficacia como instrumento normativo en torno a la problemática político-constitucional. En este contexto no hay que olvidar que el Tribunal de Garantías, creado por la II República, defraudó las esperanzas depositadas en él y no pudo impedir el deterioro del clima político y el estallido de la guerra civil. Prieto había profetizado ya: "El Tribunal de Garantías equivaldrá en el sistema constitucional al apéndice en el sistema intestinal; no servirá más que para ocasionar cólicos."⁴²

Las Cortes, emanadas democráticamente de la voluntad del pueblo, han acordado la creación de un tribunal constitucional y esta decisión tiene que ser respetada. Ahora bien: ha de quedar bien claro que la legitimidad o idoneidad de una democracia no depende de semejante institución. Compartimos el criterio de Ulrich Scheuner que dice: "El control jurídico de la constitución no pertenece en modo alguno a las consecuencias necesarias del Estado de derecho o democracia."⁴³ Creer lo contrario significaría negar la legitimidad democrática de todos aquellos sistemas parlamentarios que desconocen la *praxis* de la jurisdiccionalidad constitucional, y que son la mayoría. Recordemos una vez más que, con excepción de los Estados Unidos y Suiza, los tribunales constitucionales han surgido precisamente en los países de tradición fascista o totalitaria como Alemania, Italia, Japón o Turquía.

El control jurídico de la constitución tiene cierta justificación en aquellos países organizados federativamente, pues sirve para arbitrar conflictos entre el gobierno central y los cantones o estados. Con razón ha señalado Winfried Steffani: "El nacimiento del Estado Federal es, a la vez, el nacimiento de la jurisdicción constitucional moderna."⁴⁴ España no es explí-

⁴² Prieto, Indalecio, *Convulsiones de España*, México, 1967, tomo I, p. 99.

⁴³ Scheuner, Ulrich, "Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtbarkeit in der Bundesrepublik", en el volumen *op. cit., supra*, nota 3, p. 199.

⁴⁴ Steffani, Winfried, "Verfassungsgerichtbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozess", *op. cit., supra*, nota 3, p. 374.

citamente una federación de Estados, pero, *de facto*, el *status* autonómico de sus principales regiones tiene cierta analogía con el sistema federal de otros países. No cabe duda que las relaciones entre el poder central y las regiones será más de una vez causa de tensiones y litigios. El Tribunal podría ser un instrumento para arbitrar posibles conflictos futuros, pero sería mucho mejor que los españoles intentáramos resolver esta problemática a través de la confrontación y participación política general y no recurriendo a una élite de magistrados. Sólo así aprenderemos a familiarizarnos con la *praxis* de la democracia. El jurista austríaco René Marcic ha dicho: "El tribunal constitucional funciona óptimamente allí donde interviene menos."⁴⁵

X. EL CONTROL DEL PODER

En principio, el control jurídico del poder es una *praxis* histórica positiva, pues presupone —por lo menos en términos ideales— el intento de dar una base racional, legítima y justa a las sociedades. Se le encuentra por ello en la génesis de la civilización. Hay civilización en la medida en que el poder empírico —monarca, gobierno, funcionarios— no es ilimitado y está sometido a un control normativo por parte de una instancia superior, es decir, en la medida en que hay *isonomía* o igualdad ante la ley.

En los orígenes de la historia, el control del poder no tenía carácter propiamente jurídico, en el sentido técnico de la palabra, sino más bien moral o religioso, pero no por ello dejaba de ser un contrapeso frente a posibles abusos.

En la antigüedad, el control del poder era esencialmente aristocrático-paternalista, y en este sentido podemos citar el areópago, el eforato o el senado romano. El tipo de control que ejercía la asamblea popular en Atenas o los tribunos del pueblo en Roma, fue más bien una excepción.

Con el surgimiento de los primeros brotes democráticos modernos, vuelve a plantearse el problema del control del poder. En España podemos hacer referencia, en este contexto, al "justicia" de Aragón o a las cortes medievales. En Inglaterra, tras la experiencia negativa de la dictadura de Cromwell, surgen las primeras tentativas teóricas de salvaguardar las libertades públicas mediante la creación de una institución neutra que controle el poder empírico. En los círculos allegados a Harrington se habla así de los *Conservators of the Charter*. Sièyes, precursor de la jurisdiccionalidad constitucional moderna, postulaba ya un *jury constitutionnaire* que no radicara ni en la legislativa ni en la ejecutiva.

Pero la idea de controlar el poder empírico por medio de una institución

⁴⁵ Marcic, René, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 212.

jurídica no logra abrirse camino, y la solución que adopta el liberalismo es la de controlar el poder ejecutivo por medio de instancias políticas como el parlamento y el senado. Cuando, como en Estados Unidos, se crea adicionalmente un tribunal capacitado para intervenir en la problemática del poder es con carácter subsidiario y no primario. La alternativa del siglo XIX y parte del XX es constitución-gobierno y no constitución y control jurídico de la misma. De quien se desconfía no es del poder legislativo, sino del poder ejecutivo.

El surgimiento de tribunales constitucionales como el de Karlsruhe ha dado un viraje de ciento ochenta grados a la problemática que venimos tratando. A quien se trata de controlar ahora no es al poder ejecutivo —infractor tradicional de las leyes— sino al propio legislador. El parlamento deja de ser una institución sacrosanta para convertirse en una asamblea discutible y sujeta a error.

En líneas generales, puede decirse que la intencionalidad que late detrás del control del poder está en relación directa con el carácter político o ideológico de cada respectivo periodo histórico o sistema de sociedad. En este sentido hay que mencionar tres tendencias fundamentales: una de derecha otra de centro y otra de izquierda. Utilizamos esta nomenclatura, tomando conciencia de que se presta a equívocos, pero nos parece que este riesgo es menos decisivo que la necesidad de dar una respuesta última —es decir, política— al problema del control jurídico o jurídico-político del poder.

Los padres o precursores del liberalismo europeo —dejemos de lado el caso norteamericano— rechazaron generalmente la idea de un control jurídico del legislativo. Este es el caso de Bodin, Locke y Rousseau. Su rechazo era una prueba de la confianza que tenían en la capacidad legislativa de las cámaras, y, en sentido lato, en la capacidad del individuo para configurar su vida libremente. Podemos definir esta actitud como la del liberalismo clásico o democracia liberal clásica.

Pero existen también sectores que han rechazado un control jurídico con el objeto de no poner trabas a la acción del Estado y facilitar su hegemonía total sobre el individuo. Entre los representantes de esta corriente de pensamiento se encuentran Maquiavelo, Hobbes, Carlyle, Pareto, Sorrel, Bonald y, sobre todo, Carl Schmitt. El fascismo contemporáneo se mueve en este ámbito de la dinámica estatal pura.

La izquierda —ya preconfigurada por Rousseau y los jacobinos— rechaza el general el control jurídico del poder. Los anarquistas lo rechazan ya porque rechazan todo poder en sí. Los comunistas lo rechazan porque ven en toda institución jurídica un simple reflejo supraestructural de la base económica de la sociedad. Eso explica que todos los regímenes comunistas

existentes hasta ahora no conozcan, con excepción de Yugoslavia, ningún tribunal constitucional.

Estas son las tres actitudes histórico-ideológicas fundamentales. ¿Cómo habríamos de situar a la corriente que postula hoy la jurisdiccionalidad constitucional? Habríamos de definirla como un neoliberalismo de tipo paternalista, que intenta frenar la espontaneidad de las instituciones democráticas clásicas a través de la acción normativa de una élite profesional.

Heleno SAÑA