

# LA RESERVA JUDICIAL EN ALEMANIA

Francisco TORTOLERO CERVANTES\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de reserva judicial y su recepción en la República Federal Alemana*. III. *La reserva judicial alemana; noción con vida propia*.

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de separación de poderes pretende que las decisiones de los actores políticos sean tomadas lo más adecuadamente posible. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los sistemas normativos europeos fueron estructurados de tal manera que su organización, integración, funciones y procedimientos fueran lo más apegadas a esta intención.

Al lado de esta búsqueda de eficacia, la exclusividad de funciones es cada vez más difícil de sostener. Permitiendo la confluencia de atribuciones, el constitucionalismo contemporáneo ha llevado a los jueces constitucionales a construir conceptos más creativos a partir de diversas técnicas de interpretación del derecho. La creatividad de las interpretaciones judiciales es cada vez más aceptada dentro de la jurisprudencia constitucional actual.

Sin embargo, los jueces no están exentos de caer en excesos. Toda Constitución que sustente un sistema parlamentario, sigue concibiendo al legislador como el actor principal; responsable de delimitar, antes que todos los demás, las directrices de la comunidad política en la que se insertan. La autonomía de su actuación es incontestable; más aún, frente a la voluntad restringida de los jueces encargados de velar por la constitucionalidad de sus actos.

Siendo activados desde el exterior, estos tribunales están entonces limitados en la medida en que su actuación concierne exclusivamente la revisión de decisiones que ya han sido tomadas. Mientras el legislador

\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

puede asimilar los efectos de sus resoluciones, y eventualmente corregirlas, el método de “intento y error” no le es permitido a los jueces. Esta situación ha llevado a algunos tribunales a tratar de modular el principio de separación de poderes, de tal suerte que los límites movibles entre las atribuciones de éstos, les permita tomar decisiones con un mayor margen de acción.

Ante la dificultad de establecer una serie de reglas que establezcan con claridad los alcances de esta flexibilización de los principios, los teóricos del derecho se han dado a la tarea de crear principios explicativos, aunque no normativos, que justifiquen la intervención de los tribunales en la solución de conflictos de carácter político. En este sentido, la llamada “doctrina de las cuestiones políticas” (*political question doctrine*) ha representado un intento, que aunque inacabado, ha representado una herramienta para explicar la intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el espacio de los poderes propiamente políticos. Según esta construcción (de carácter más didáctico que epistemológico), la confrontación entre el juez constitucional y el legislador se plantea en términos de una “dificultad contramayoritaria”.<sup>1</sup> Fue así como los teóricos norteamericanos elaboraron una fórmula que pretendía, si no ofrecer soluciones definitivas a las tensiones entre los poderes, al menos servir como elemento de análisis que permitiera encontrar nuevas explicaciones ante el reposicionamiento de la función jurisdiccional.

Esta conocida fórmula, expresada como “auto-reserva judicial” (o *judicial self-restraint*), ha servido como base para entender las fluctuaciones de la presencia de los jueces en las diferentes etapas de desarrollo de la interpretación de la Constitución en aquél país. Sin embargo, esta herramienta sigue estando lejos de representar una solución *per se* ante el tema de la judicialización de la política.<sup>2</sup> La necesidad de emplear esta herramienta llevó al juez constitucional europeo a encontrar formas de

1 Bickel, Alexander, *The least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobs-Merril, 1962, p. 16.

2 Existen teóricos que, todavía en nuestros días, conciben la separación de poderes en términos estrictos e inmovibles. Desde hace algunos años, las críticas que éstos han recibido señalan que la visión que defienden se basa en la intención de descartar el papel que la función jurisdiccional está llamada a ejercer en las democracias pluralistas. Las nuevas realidades institucionales colocan a los jueces (y en especial, a aquéllos que pertenecen a las jurisdicciones constitucionales de cada país) en una posición de válvula entre el derecho y la política. Es así que preferimos concebir las funciones y las estructuras de estos tribunales como de geometría variable. Es así como la coexistencia de funciones entre los poderes aparece como una necesidad de nuestros tiempos, *cf.* Guarneri, Carlo, *Magistratura e politica in Italia*, Bologne, il Mulino, 1992, p. 31; Guarneri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *La puissance de juger: pouvoir judiciaire et démocratie*, préface d'Antoine Garapon, París, Editions Michalon, 1997.

adaptación que han observado una evolución más o menos identificable. Describiremos en un primer momento (I) algunas de las modalidades que dieron pie al surgimiento de esta noción, haciendo énfasis en su exportación fuera del contexto institucional norteamericano; en particular, en su adaptación desde las primeras decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán. La segunda parte de este trabajo (II) será dedicada a hacer un repaso de la continuidad de este principio en el marco de decisiones emitidas por el juez constitucional alemán.

### II. LA NOCIÓN DE RESERVA JUDICIAL Y SU RECEPCIÓN EN LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

La definición de las orientaciones políticas de las decisiones judiciales, y sobre todo de las que se toman en el seno de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se dirigen a medir las repercusiones políticas producidas después de que éstas son dictadas. Al cabo de la publicación de decisiones relevantes del máximo tribunal de aquél país, estudios de este tipo proliferan en revistas especializadas, pero sobre todo a nivel de la prensa. Los editorialistas analizan las ligas que parecen acercar el contenido normativo de la decisión con el proceso político que se está viviendo en aquél momento preciso. Las notas que se producen en tales circunstancias denuncian, ya sea una militancia excesiva del órgano judicial, aunque también una timidez manifiesta a la hora de afirmar ciertos principios constitucionales. A pesar de lo acomodaticia que pudiera parecer esta noción, su empleo habitual denota la necesidad de admitir una cierta visión pragmática que sobrepase las fronteras de los Estados Unidos.

#### 1. *La reserva judicial como fórmula exportable*

La tendencia a formar bandos opuestos entre interpretaciones posibles de un precepto, ha llevado a los doctrinarios más autorizados en la materia a inscribirse en alguna de las escuelas de la interpretación constitucional.<sup>3</sup> Pocas son las opiniones al respecto que tratan de colocar al

<sup>3</sup> En los últimos años, los teóricos norteamericanos se han dedicado a estas cuestiones con tal intensidad que un sinnúmero de escuelas de la interpretación son identificadas hoy en día en ese país. A título meramente enunciativo, en un primer momento, los "convencionalistas" (que reivindicaban una lectura más bien soberanista de la protección del legislador) fueron contrarrestados por los "neutralistas" (que hacían un llamado al carácter objetivo del arbitraje de la Corte Suprema). Aunque éstos últimos empezaron a ubicarse en

tribunal supremo en un justo medio de entendimiento de los preceptos constitucionales. Ante la multiplicidad de criterios, el único que puede manifestarse como aceptado a todo lo largo y ancho del espectro interpretativo es que los comentaristas norteamericanos atribuyen al intervencionismo judicial una connotación negativa. En aquél contexto, la noción de “reserva judicial” ha podido ser identificada con la tendencia de mayor aceptación entre las diferentes escuelas de la interpretación.

La reserva judicial surge ante una realidad que invade cada vez más al ámbito de decisión de los intérpretes. En ciertos asuntos, los jueces (ya sea por iniciativa propia o por no tener otra opción) extienden el contenido normativo de la Constitución, de tal suerte que los preceptos utilizados pueden modularse, y aparecer como aplicables bajo ciertas condiciones. Lo que interesa a los comentaristas es que esta aplicación corre el riesgo de ser efectuada sobre la base de las preferencias políticas de los intérpretes. De ahí la exigencia de evitar que los jueces sobrepasen sus funciones de arbitraje objetivo de la Constitución. Dada la facilidad con la que los puntos de vista de los jueces se enfrentan con los del electorado, la solución propuesta ha sido la de limitar al máximo el intervencionismo judicial en tratándose de controversias que aceptan más de una solución.

Ahora bien, el principio de la reserva judicial no es específico. Esto significa que no existe un conjunto de reglas de aplicación, o alguna clase de manual que describa en qué momento el intérprete debe remitirse a la voluntad del legislador y bajo qué circunstancias está legitimado a intervenir, integrando así el precepto incompleto.

Fue tal vez por esta razón que, fuera del contexto norteamericano, la asimilación de la noción de “reserva judicial” ha sido adoptada con cautela. En comparación con lo que ocurre dentro del sistema judicial norteamericano, las fluctuaciones entre el activismo y la auto-reserva de los jueces se manifiestan con menos frecuencia al interior de los tribunales constitucionales europeos.

Tomando en cuenta que las decisiones judiciales debieran ser fundadas en la racionalidad de los contenidos normativos, la tradición europea prefiere estimar que la moderación de los jueces podría ser planteada

tres categorías (“interpretativistas”, “no-interpretativistas” y “perfeccionistas”) que a su vez han ido creando subcategorías (para la primera categoría, por ejemplo, encontramos adeptos de interpretaciones “textualistas”, “estructuralistas” y “originalistas”). Simultáneamente, surgieron los representantes de la escuela “crítica”. Entre todas estas “familias”, los debates teóricos no dejan de producirse (incluso al interior de ellas mismas). Para una visión de conjunto, véase Jennings-Peretti, Terry, *In Defense of a Political Court*, Princeton, University Press, 1999, pp. 11-53.

como un comportamiento aleatorio, que difícilmente puede ser utilizado como explicación objetiva de las decisiones de estos tribunales.<sup>4</sup>

No obstante lo anterior, es posible constatar que de los dos lados del Atlántico, los intérpretes constitucionales seguirán ejerciendo una función que impacta inevitablemente en el ámbito de la política. Los juicios de valor contra el intervencionismo judicial, por más convincentes que parezcan, ceden ante el llamado del foro, léase de los gobernados, los órganos constitucionales, las minorías parlamentarias, quienes pretenden que la Constitución pueda, de alguna manera, adaptarse a sus intereses. Fue entonces la adaptabilidad de este principio lo que llevó al Tribunal Constitucional alemán a asimilar algunas de las notas características de la reserva judicial, adaptándola a sus propias realidades.

Sin que pueda efectuarse esta asimilación de manera automática, advertiremos que incluso, en este tribunal, mismo que aparece como el menos politizado de todos (en vista de su alto grado de institucionalización y el rigor jurídico de sus resoluciones), es posible señalar la presencia de variaciones ideológicas más o menos previsibles, que lo ubican también (aunque de manera menos definida que en los Estados Unidos) entre el activismo y la auto-reserva.

### 2. *Primeros paralelos alemanes de la noción de reserva judicial*

Aunque el germen de la intolerancia parecía sumamente enraizado en las mentalidades de los sobrevivientes del régimen nacional socialista, los alemanes de la segunda posguerra optaron por rechazar definitivamente el fantasma del ideal totalitario. Dentro del ámbito de la aplicación de la nueva *Grundgesetz*, o Ley Fundamental de Bonn (LF), que entró en vigor el 24 de mayo de 1949, la puesta en marcha de procedimientos ya probados en Norteamérica (en especial la *judicial review*), no podían ser calcados sin antes ser adaptados a las realidades institucionales propias. Fue así como la creación de postulados semejantes al *judicial self restraint* pretendieron, desde el arranque del Tribunal Constitucional Federal en 1951, modular una aplicación eficiente y directa de los

4 Algunos de los cuestionamientos generales manifestados por la doctrina francesa contemporánea, in Pech, Laurent, «Le remède au gouvernement des juges: le *judicial self restraint*», en Brondel, Séverine *et al.*, *Gouvernement des juges et démocratie*, séminaire internationale, París, Publications de la Sorbonne, 13 noviembre 1998-28 mayo 1999, 2001, pp. 86-99.

nuevos preceptos constitucionales.<sup>5</sup> A la postre, tales postulados permitieron apuntalar la reconstrucción de este país devastado sobre la base de condiciones de igualdad de oportunidades. Fue así como sociedades como la alemana pudieron plantear el desarrollo de los próximos años partiendo de la idea generalizada de consenso social, misma que debería orientar el funcionamiento de todas las instituciones a partir de ese momento.

En cuanto a los aportes del constitucionalismo europeo al control de constitucionalidad, es cierto que el control abstracto representó la contribución más notable. La especificidad que el modelo europeo de protección de la Constitución logró desde la aparición del tribunal austriaco en 1920, fue confirmada con toda su energía al restablecimiento de estas instituciones al final de la Segunda Guerra Mundial. Fue sólo en aquél momento que la bifurcación entre el modelo de Corte Suprema sería separada definitivamente del Tribunal Constitucional. Esta marcada distinción implicó al mismo tiempo el que los contenidos de la reserva judicial, mismos que ya habían sido puestos en práctica por el máximo tribunal norteamericano a través de la aplicación de la doctrina de las “cuestiones políticas” (o *political question doctrine*), aparecían como inaplicables en el contexto institucional europeo.

Sin tratar de hacer a un lado los análisis que tienen que ver con la búsqueda de orientaciones políticas determinadas dentro de estos tribunales,<sup>6</sup> expondremos la manera como el Tribunal Constitucional alemán ha tenido que optar, en ciertas ocasiones, por la limitación de los poderes de apreciación discrecional del gobierno y del Parlamento.

En el contexto de una “Constitución abierta”, de cuyas características se ha tratado desde apenas hace algunos años por notables doctrinarios de aquél país, los tribunales constitucionales europeos se fueron separando progresivamente de lecturas “cerradas” de los intérpretes constitucionales.<sup>7</sup> Esta visión, que había prevalecido hasta antes del desencadenamiento de la Primera Guerra Mundial, implicaba que la lectura de la Constitución quedaba circunscrita a un número muy reducido de intér-

5 Entre las fórmulas semejantes ideadas dentro de las primeras decisiones en el tribunal alemán, véase Currie, David P., “Separation of Powers in the Federal Republic of Germany”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 41, 1993, pp. 170 y 171.

6 Piperino, Clelia, *La Corte costituzionale e il limite di* Political questions, Milán, Giuffrè Editore, 1991.

7 Häberle, Peter, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, *Juristenzeitung*, núm. 1, 1975, pp. 298, reproducida en Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Retos actuales del Estado constitucional*, tr. española de Xabier Arzo, Vitoria, Onati, 1996.

pretes. Este reducido círculo de aplicadores del texto fundamental, que delimitaba de manera estricta el número de actores susceptibles de intervenir en los procesos de esta naturaleza, contrastaría con las nuevas prácticas de la posguerra. El formalismo tradicional sería roto gracias a la introducción de nuevas concepciones que permitían el complemento de otras disciplinas sociales con el estudio del derecho. La impulsión de doctrinas jurídico-funcionales permitió entonces la agregación de nuevos argumentos, con lo cual pudo renovarse la inclinación tradicional de los alemanes hacia la noción de bien común. Tal parecía que dentro de los nuevos retos del constitucionalismo en Europa, un lugar predominante sería ocupado por esta nueva realidad constitucional.

No obstante la intención del régimen alemán de “abrir” progresivamente los contenidos normativos de la Constitución, los jueces de ese país no dejaban de preferir la moderación sobre el activismo a la hora de interpretar la nueva carta fundamental. Tomando en cuenta la tendencia dominante, se antojaba incongruente que el contenido de este texto fuera dejado a la suerte de una asamblea de jueces que, conocedores de los meandros de la interpretación constitucional, amenazaban con otorgar una diversidad de lecturas a un mismo precepto. El deber de reserva judicial se explicaba entonces, no porque estos jueces tuvieran una función representativa del electorado (hecho por demás descartado), sino porque éstos representaban a la Constitución.<sup>8</sup> Es así como la prudencia de los intérpretes se ubicaba, ménos en la precaución de evitar la usurpación del espacio limitado al gobierno y al parlamento, que por el hecho de respetar la objetividad de la Ley Fundamental.

Para ilustrar los riesgos que, sin embargo, pueden poner en duda esta calidad objetiva de los intérpretes, mencionaremos un ejemplo que deriva de la puesta en práctica del control abstracto de constitucionalidad. Los procesos constitucionales que derivan de este medio de control son iniciados por un tercio de los miembros del *Bundestag*; por el gobierno federal, o bien, por los gobiernos de los *Länder*. Las demandas así planteadas se dirigen a que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la nueva ley, o a que confirme su constitucionalidad. Litigios de esta índole pueden ser iniciados incluso contra las leyes de reforma constitucional.

Tomando en cuenta que los artículos 72-2 y 75-1 de la LF regulan la atribución de competencias legislativas a favor de la Federación, el juez constitucional de aquél país podría erigirse en el garante de los intere-

<sup>8</sup> Häberle, Peter, *L'Etat constitutionnel*, tr. par M. Roffi, París, Economica, 2004, pp. 125-134.

ses de la Federación sobre los de los *Länder*.<sup>9</sup> De no haber sido aplicados sobre la base de la moderación judicial, las decisiones subsecuentes del Tribunal Constitucional Federal habrían aumentado progresivamente las atribuciones de los órganos federales en detrimento de las competencias de los *Länder*.

Desde los primeros años, la jurisprudencia constitucional de este país había sido cuidadosa en no provocar un efecto de confrontación entre los niveles de gobierno. A tal efecto, la interpretación dominante de la LF tendió siempre a consolidar el poder de apreciación discrecional del legislador federal.<sup>10</sup> Esta auto-reserva, puesta en práctica por el Tribunal de Karlsruhe, podría ser no obstante relativizada en la medida en que se iba a crear paralelamente una modalidad de control judicial conocida como de "error manifiesto", según la cual, la jurisprudencia podría sancionar el contenido de leyes federales que sobrepasaran las competencias exclusivas de las entidades locales.

Esto último no ocurrió en la medida en que la interpretación constitucional permaneció bastante estable a lo largo de la década de los sesenta. La reconstrucción económica llevaba aparejada la necesidad de planear el desarrollo desde el gobierno federal. Fue así como la conducción de la política económica fue dejada, casi en su totalidad, al manejo de los actores federales.

Si bien es cierto que los *Länder* obtuvieron a cambio una extensión de las atribuciones legislativas a favor del *Bundesrat*, tal como se presentó el ajuste de su Reglamento interior, también resultó cierto que el Tribunal Federal fue muy cuidadoso en no declarar ninguna ley federal inconstitucional sobre la base de transgresiones de la apreciación discrecional otorgada por la LF al legislador federal. Esta tendencia fue respetada, incluso en casos delicados, que ponían el riesgo el equilibrio entre ambos niveles de gobierno. Esta etapa de franca reserva *de facto* fue teniendo variantes progresivas. Fue así como la práctica jurisdiccional

<sup>9</sup> Artículo 72-2. En el ámbito de la legislación concurrente de la Federación, ésta última tiene el derecho de legislar siempre que y en cuanto exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado.

Artículo 75-1. En las condiciones establecidas en el artículo 72, la Federación tiene el derecho a dictar disposiciones marco para la legislación de los *Länder*...

<sup>10</sup> Cfr. las decisiones del 22 de abril de 1953 (*BVerfGE* 2, 214 (224-225)) así que en la del 15 de febrero del mismo año (*BVerfGE* 4, 127); citado por Marcou, V.G., "L'évolution récente du fédéralisme allemand sous l'influence de l'intégration européenne et de l'unification", *Revue de Droit Public*, 1995, pp. 886 y 887.

consolidó una herramienta que demostró su utilidad durante los años posteriores.

### III. LA RESERVA JUDICIAL ALEMANA; NOCIÓN CON VIDA PROPIA

Las variaciones entre la auto-reserva y el activismo han sido reconocidas incluso por los constitucionalistas alemanes más notables. En este sentido, “ningún orden jurídico puede estar desprovisto de lagunas; estar exento de contradicciones o de ambigüedades lingüísticas; es por ello que ninguno puede colocarse por encima de la evolución de la sociedad”.<sup>11</sup> Esto no significa que dicho orden no esté sujeto a excesos interpretativos.

La presidenta del Tribunal Constitucional Federal, Jutta Limbach, advertía que quienes emiten críticas al funcionamiento de esta institución, reprochan a los jueces el cerrar los criterios normativos de la Constitución, de tal suerte que el ámbito de actividad de los actores políticos tiende también a reducirse. Por otro lado, aceptaba que, tradicionalmente, esta noción habría tenido más un carácter falaz que persuasivo en vista que su utilización no ha implicado ni la redefinición de zonas grises (entre derecho y política) ni su esclarecimiento. En respuesta, la jueza Limbach manifestaba que la operación efectuada por los intérpretes constitucionales no podría aparentarse con la ejercida por los creadores de la ley, “en la medida en que juzgar significa *encontrar*; no *dar forma*”.<sup>12</sup> Veremos pues que los jueces constitucionales alemanes han ido adaptando su intervención en el ámbito político en función de una herramienta interpretativa de creación propia, que no obstante se asemeja a la reserva judicial norteamericana.

#### 1. *El trayecto evolutivo de la reserva judicial en Alemania*

Después de las primeras décadas, los comentaristas empezaron a encontrar, con mayor claridad, la presencia de ciertos paralelos de las tendencias interpretativas alemanas con las que habían existido desde épocas anteriores en los Estados Unidos. Fue así como la década de los setenta representan un cambio de actitud de los intérpretes del Tribunal de Karlsruhe. Fue sólo a fines de esta década que este Tribunal

<sup>11</sup> Grimm, Dieter, “Politik und Recht, in Grundrechte, Soziale Ordnung und Verfassungsgerechtheit”, *Festschrift Ernst Benda* 1995, pp. 91, 99.

<sup>12</sup> Limbach, Jutta, “The Role of the Federal Constitutional Court”, *Southern Methodist University Law Review*, núm. 53, 2000, p. 433.

tuvo que empezarse a pronunciar sobre aspectos que se referían directamente a las decisiones del legislador y del gobierno, debiendo hacer énfasis las reglas fundamentales de la separación de poderes en un régimen parlamentario.

El Tribunal Constitucional Federal debió pronunciarse respecto del Tratado Fundamental con la RDA en 1973. Dicho Tratado, que bien podía ser considerado como la consagración de la política de acercamiento entre los dos bloques (tal como el canciller Brandt lo había establecido en términos de la *ostpolitik*), fue, sin embargo leído de manera bastante moderada por los jueces de Karlsruhe. En la decisión, el Tribunal habría reconocido el derecho a la auto-determinación de los dos países (mismo que no impedía el que favoreciera abiertamente este acercamiento, de cuyos alcances poco se había notado desde el final de la guerra).<sup>13</sup> No obstante su aparente simplicidad, esta cuestión revestía un carácter verdaderamente delicado.

Desde la firma del Tratado, el *Land* de Baviera había intentado su declaración de inconstitucionalidad por vía de control abstracto ante el Tribunal federal. La demanda respectiva había sido fundada sobre la inconformidad del mismo con el principio de unidad nacional (éste último consagrado en la LF). Sin embargo, el Tribunal declarararía su conformidad con este texto constitucional.

Esta decisión consideró que el Tratado no era susceptible de ser declarado inconstitucional en la medida en que las cuestiones relacionadas con la política exterior, aparecen como consustanciales a la necesidad de flexibilizar las atribuciones discrecionales del gobierno.<sup>14</sup> Por virtud de esta decisión, parecía que el Tribunal daba un espaldarazo a la subsistencia de la coalición SPD-FDP, y más aún, a su política exterior. La decisión podía inscribirse además dentro de una tendencia a relanzar la cuestión de la reunificación con la RDA, sin tener que referirse directamente a ella (por ejemplo, a través de una opinión favorable o contraria). Es así como el Tribunal afirmaba que el acuerdo de reunificación debía ser confiado exclusivamente a los órganos políticos.<sup>15</sup> Por último, al cabo de esta sentencia, los jueces mantenían la tendencia de evitar inscribir el desarrollo de esta jurisdicción dentro de cuestiones exclusivas al terreno diplomático.

Esta primera manifestación de la intención preventiva de los jueces constitucionales alemanes, sobre todo en lo que respecta a su intención de evitar entrar en conflicto con las atribuciones del gobierno y del parla-

13 *BVerfGE* 36, 1 ss del 31 de julio de 1973.

14 *Idem*.

15 *Idem* (18).

mento, siguió reproduciéndose en años posteriores. Aunque la manifestación que sigue siendo considerada en la actualidad como paradigmática en lo que respecta al empleo del deber de reserva del juez constitucional estuvo relacionada con la Ley Federal de Energía Nuclear de 1978, encargada de regular el uso pacífico de esta fuente de energía así como de sus riesgos eventuales.

Al cabo de la publicación de esta Ley así como de los reglamentos derivados de la misma, Hans Kalkar, propietario de un predio colindante con una planta de reciclaje de plutonio en Renania del Norte-Westfalia, promovió una demanda contra la empresa encargada de su construcción ante el Tribunal Administrativo del mismo *Land*. Las excepciones hechas valer por Kalkar se relacionaban con la supuesta infracción de la empresa aludida respecto de la sección 7, parágrafos 1 y 2, del Reglamento de Energía Atómica, expedido a nivel local. Aludiendo la inminencia de un riesgo de contaminación radioactiva, dado que un reactor había sido instalado en dicho predio vecino, este agricultor estimaba que el permiso de operar, otorgado a favor de tal empresa, violentaba su derecho a disfrutar del derecho a la vida y a la propiedad privada, tal y como había sido consagrado en la LF. El actor demandaba a la jurisdicción administrativa la supresión del permiso de construcción en cuestión.

En el momento que el Tribunal de apelaciones de dicha jurisdicción constató que el reglamento parecía reproducir ciertas omisiones de la ley federal aludida en lo relativo al funcionamiento de reactores nucleares, la instancia jurisdiccional local turnó la cuestión ante el Tribunal Constitucional Federal. En un plano distinto al de la cuestión inicial (que tenía qué ver con mantener en vigor o cancelar el permiso aludido), este Tribunal reformuló la problemática, de tal suerte que su pregunta central consistió en considerar si la construcción de la planta podría ser basada solamente en el interés del Estado de promover el desarrollo científico y tecnológico. La segunda pregunta planteada consistió en dilucidar si el legislador debería o no legislar de manera más precisa, de tal suerte que todo tipo de ambigüedad con respecto a la reglamentación del riesgo pudiera desaparecer.

Contrariamente al Tribunal de apelaciones, el Segundo Senado del Tribunal federal estimó que el estado actual de la cuestión no permitía confirmar la presencia de riesgos inminentes. No sería sino el funcionamiento cotidiano de esa clase de reactores (y la aplicación consecuente de las medidas de seguridad correspondientes) lo que permitiría al gobierno y al parlamento el hacerse de los elementos técnicos que le permitieran definir las situaciones de riesgo.

El Tribunal señalaba además que tanto el Parlamento como el gobierno no ponen en juego su responsabilidad política en el momento de tomar decisiones, y que esta responsabilidad se manifiesta también en cuanto a la producción normativa. Es así como la jurisdicción constitucional federal no podría intervenir en tratándose de competencias de los órganos políticos que encarnan los poderes de apreciación discrecional. Dicho de otra manera, que su propia actividad jurisdiccional no podía rivalizar con la de los órganos políticos. “Recae primeramente en la responsabilidad política del gobierno y del parlamento... el tomar las decisiones que éstos consideren pertinentes. En vista de este postulado, la tarea del Tribunal Constitucional no consiste en sustituirse a las tareas propias de las instituciones basadas en una elección directa. No existe ningún fundamento jurídico que lo permita”.<sup>16</sup>

En cuanto a las atribuciones reglamentarias del gobierno, el Tribunal Federal estimó que el principio de delegación legislativa (*Gesetzvorbehalt*) no podía extenderse al terreno de los derechos fundamentales, menos aún por conducto de actos administrativos. Fue así como el Tribunal consideró que el Parlamento funge, de manera exclusiva, como órgano competente para afectar esta clase de derechos. Esto significaba que desde el momento en que el Reglamento de energía nuclear no tenía una relación directa con los principios de libertad y de igualdad, pero más bien con una delegación competencial así acordada por el legislador, la jurisdicción constitucional no podría intervenir en la definición de estas cuestiones.

Tal vez, la parte más relevante de esta decisión fue que la jurisprudencia constitucional impuso, en definitiva, límites al poder discrecional del legislador. Según la misma resolución, el Parlamento no puede asumir una competencia universal en lo que respecta a la toma de decisiones colectivas. Si bien es cierto que la LF confiere una delegación de decisiones políticas fundamentales a favor del parlamento, también puede conferir las a otros órganos. Fue así como, al cabo de este primer caso en que el Tribunal Federal decidió intervenir en el terreno del legislador, los jueces mencionados fueron adentrándose cada vez más en las actividades del gobierno.

Sin embargo, los límites del intervencionismo judicial también fueron trazados gradualmente. En un segundo momento, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre una cuestión particularmente delicada, a saber, las atribuciones del gobierno federal relativas a la adopción de

<sup>16</sup> BVerfGE 49, 89 (131) del 8 de agosto de 1978, Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2a. ed., Londres, Duke University Press, 1997, pp. 139-144.

instrumentos internacionales. Se trataba de una controversia en función de la cual, el hijo de Rudolf Hesse, condenado a muerte años antes por célebre el Tribunal de Nuremberg, demandaría al gobierno federal, debido a que en su momento no aseguró las medidas suficientes que permitieran la incineración del cuerpo de su padre. Sobre la base de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el agraviado pedía que se reconocieran violaciones al principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona.<sup>17</sup>

Refiriéndose específicamente a la orientación de las políticas relacionadas con la protección de los derechos individuales, el Segundo Senado del Tribunal Federal estimó que tales medidas podrían ser tomadas, no sólo por la Federación, pero por otro lado, deberían estar ligadas a diversas circunstancias que escapaban de la competencia de los órganos federales en materia de instrumentos internacionales. El Tribunal reconocía, a favor de los encargados de la política exterior de aquél país, que: "...con el fin de facilitar la realización de objetivos políticos promovidos por la Federación,... la Constitución confiere un amplio margen de apreciación a las instancias que se ocupan de los asuntos exteriores (y sobre todo) cuando estas atribuciones tienen qué ver con la evaluación de la pertinencia de las políticas o de las acciones de gobierno".<sup>18</sup>

A partir de ese momento, la concepción de la reserva interpretativa inherente al Tribunal Federal sería modulada sobre la base de consideraciones que tendrían que motivarse, cada vez más, en consideraciones de índole político. Por esas fechas, varios de los teóricos de la Constitución habrían de pronunciarse por una mejor definición del concepto. Así, Konrad Hesse señalaba que, aún bajo el riesgo de propiciar el enfrentamiento entre órganos constitucionales, la noción de auto-reserva debería emplearse, de tal suerte que se diera preferencia a entender la posibilidad que tiene el juez de intervenir y no la obligación de abstenerse.<sup>19</sup> Por su parte, Ernst Benda atribuyó a la aplicación de la fórmula de *self restraint* el carácter de cualidad o de virtud, más que el de obstáculo. De esta manera, debería quedar claro que "el Tribunal no puede limitar su poder o sus atribuciones, sino que debe llevar a cabo su encargo".<sup>20</sup> A

<sup>17</sup> Cfr. Dolzer, R., *Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und durch politische Verfassungsorgane*, Heidelberg, Decker and Muller, 1982, p. 365; Kommers, Donald P., *op. cit.*, nota 16, 1997, p. 154.

<sup>18</sup> BVerfGE 55, 349, de 16 de diciembre de 1980, Kommers, Donald P., *op. cit.*, nota 16, pp. 154 y 155.

<sup>19</sup> Hesse, Konrad, "Funktionelle renzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", *Recht als Proze, Festschrift Hans Huber*, 1981, p. 264.

<sup>20</sup> Benda, Ernst, "Constitutional jurisdiction in West Germany", *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 1, 1981, p. 11.

pesar de estos llamados a definir con toda claridad el margen de acción del juez, el sistema parecía mantenerse en el plano de la prudencia.

Una crisis parlamentaria entre 1980 y 1982 llevó a este Tribunal a analizar el poder de apreciación discrecional conferido al legislador. Hasta ese momento, los jueces de Karlsruhe habían evitado, a toda costa, alejarse de consideraciones estrictamente jurídicas. La constante, indicada por los teóricos alemanes, parecía indicar que los jueces no se acercarían, de ninguna manera, a manifestar contenidos políticos dentro de sus resoluciones (especialmente, tratándose de expedientes políticamente delicados). Por su parte, los jueces denunciaban la apatía de los teóricos de ese país, en la medida en que no han sido capaces de elaborar una doctrina coherente capaz de demostrar un sistema de métodos y de criterios.<sup>21</sup> Tal parecía que los académicos se habían limitado a enunciar los casos que aparecían como problemáticos. Finalmente, esta indefinición sería poco a poco borrada en función del desarrollo ulterior de la jurisprudencia. La ubicación del juez en cuanto a su capacidad de decisión sería reafirmada, aunque el juez sería responsable de moderar su propia intervención, evitando así sobrepasar los límites de los otros poderes.

## 2. *Un juez obligado a medir los riesgos mayores de politización*

El juez constitucional alemán ha sido particularmente cuidadoso en lo que respecta a la delimitación de los poderes constitucionales de orientación política que han sido conferidos tanto al canciller federal como al presidente de la República (estos últimos, en lo relativo a la declaración del estado de emergencia legislativa).<sup>22</sup> Aunque siguiendo los postulados básicos del sistema parlamentario, las decisiones del Parlamento aparezcan como prioritarias frente a las decisiones tomadas por otras ramas del poder, el legislador no puede controlar la discrecionalidad del gobierno si no es a través de la atribución que consiste en retirar la confianza en el gobierno. Es así como el Parlamento no puede impedir que las decisiones gubernamentales que conciernen la orientación política general sean tomadas, incluso, contra su voluntad.

<sup>21</sup> Limbach, *op. cit.*, nota 12, p. 435.

<sup>22</sup> Artículo 81-1. Si en términos de la cuestión de confianza del artículo 68, el *Bundestag* no fuere disuelto, el Presidente Federal podrá, a solicitud del Gobierno Federal y con la aprobación del *Bundesrat*, declarar el estado de emergencia legislativa para un proyecto de ley que el *Bundestag* rechace, a pesar de que el Gobierno Federal lo hubiese declarado urgente. Ello rige también para un proyecto de ley que hubiese sido rechazado a pesar que el canciller federal lo hubiese presentado juntamente con la cuestión a que se refiere el artículo 68.

Fue entonces, en plena Guerra Fría, que el Tribunal Constitucional alemán hizo un llamado al orden, evitando que la definición de las políticas generales del Ejecutivo fuera debilitada a causa de supuestas mejoras en la distribución de competencias entre órganos políticos. Fue entonces, en las mismas épocas en que parecía que la actividad de estos jueces aumentaba los márgenes de actuación del tribunal, que la tendencia regresó a la constante de la auto-reserva.

Esta tendencia pudo observarse en 1983, cuando el Segundo Senado tuvo que pronunciarse sobre el despliegue de misiles Pershing II en territorio de la República Federal Alemana, aduciendo que no podía pronunciarse a ese respecto por tratarse de asuntos tocantes a la política exterior del Estado alemán.

La demanda había sido formulada sobre la base de la protección de la vida y de la salud de los quejosos. Pretendían a este respecto el que se les reconociera el riesgo inminente que estaban sufriendo, en la medida en que el despliegue de ese material militar podía implicar el desencadenamiento de represalias del bloque soviético. Sobre todo en la medida en que los misiles alemanes eran de carácter atómico.

El contexto de la decisión implicaba, además, un aspecto de política exterior que parecía complicar aún más la toma de la decisión. El 22 de noviembre de ese año, el Bundestag había votado una iniciativa gubernamental que parecía ubicarse en total oposición al Acuerdo multilateral suscrito por los ministros de Defensa y de Asuntos Exteriores de los países miembros de la OTAN. Según los quejosos, con base en el artículo 2-2 de la LF, a saber, que ninguna restricción puede ser impuesta a los derechos individuales más que en virtud de una ley, parecería que ésta resolución traía consigo un ataque a los derechos fundamentales. Contrariamente a estos agravios, el Tribunal Federal estimó que en este caso en particular, la jurisprudencia constitucional no podría entorpecer la acción ejercida por el gobierno federal. Advertía que la demanda estaba fundada sobre el temor de una utilización inadecuada del dispositivo anti-misiles del ejército alemán, y que era legítimo para el gobierno el activar este dispositivo en prevención de cualquier movimiento que bien podría efectuarse del otro lado de la frontera por el ejército soviético.<sup>23</sup>

Además, el Tribunal alemán consideraría que no estaba dentro de sus atribuciones el decidir cuestiones que tuvieran qué ver con los actos de un Estado soberano, y mucho menos, sin tener una noción exacta sobre la certeza de la amenaza denunciada. Sobre la base de un argumento similar al empleado en el caso Kalkar precitado, el Tribunal Fede-

<sup>23</sup> BVerfGE 66, 39 del 16 de diciembre de 1983, Kommers, D.P., *op. cit.*, nota 16, 1997, pp. 155-157.

ral insistía sobre el hecho que el gobierno debería ser el único órgano competente para definir la política militar, para lo cual, podría delimitar él mismo sus márgenes de actuación de la manera que considerara la más adecuada. Lo anterior, “con el propósito de ejercer su poder de decisión, pero también de asumir la responsabilidad que implica la elección de las medidas más adecuadas a este efecto”.<sup>24</sup> Fue así como el alto tribunal alemán optó por no pronunciarse sobre el poder de apreciación del gobierno.

En casos subsecuentes relacionados con el manejo de la política exterior, el Tribunal Federal pareció cambiar de rumbo, haciendo patentes ciertos destellos de activismo. En efecto, la decisión sobre el Tratado de Maastricht es una muestra de la manera como este alto tribunal pudo entrar, incluso de forma sumamente crítica, en el análisis de los medios utilizados por el gobierno en turno para inscribir a Alemania en la integración europea.<sup>25</sup> Por su parte, los comentaristas de esta resolución señalaron que la intención del tribunal pareció corresponder a un aspecto típico del manejo de la política exterior en aquel país. Según esta lectura, la decisión tomada por los jueces alemanes había previsto todos los problemas. Más aún, gracias a que el contenido de esta sentencia pareció responder a varias de las dudas que se manifestaban por parte de los electores y de los partidos de la época, “el Tribunal Constitucional pudo lidiar con la tendencia alemana de atribuir carácter constitucional a los aspectos más delicados de política exterior”.<sup>26</sup>

Pero tratándose de asuntos relacionados con cuestiones de política interior, la vuelta a la normal parecía bastante sostenida. En el caso concreto de la disolución del Bundestag, otras decisiones del mismo tribunal han procurado el reconocimiento de la autonomía de los poderes del Parlamento.<sup>27</sup> Sin embargo, la evidencia de estos casos relacionados con manifestaciones tendientes a la reserva judicial en aquél país, se enfrenta ante la búsqueda de una especificidad desde el interior del propio tribunal.

En efecto, los resultados de una encuesta aplicada a cada uno de los jueces de este Tribunal aparecen como testimonio del rechazo generalizado de oficializar la reserva judicial entre los jueces que lo integraban en aquél momento. No fueron más que dos de ellos quienes se manifestaron a favor de la adopción de una práctica equivalente a la doctrina de

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>25</sup> *BVerfGE* 89, 155 del 12 de octubre de 1993.

<sup>26</sup> Kokott, Juliane, “German Constitutional Jurisprudence and European Integration”, *European Public Law*, núm. 2, 1994, pp. 413-416.

<sup>27</sup> *BVerfGE* 62, 1 sq., del 16 de febrero de 1983, *ibidem*, p. 118.

las *political questions* en aquél país. Según estas opiniones, muy minoritarias, tal medida habría permitido al Tribunal contar con una herramienta para desechar asuntos que ponían en duda su propia legitimidad.<sup>28</sup> No podemos más que suscribir la noción de Constitución “abierta” de Peter Häberle, en cuanto a la necesidad de promover la renovación del texto fundador. De no adoptar esta lectura de la Constitución, el orden normativo corre el riesgo de “caer inevitablemente en contradicción con su propio objeto, alcanzando así un punto crítico allá en donde la única solución sería la ruptura definitiva con este orden; esto es, de transgredirlo, o bien, de adaptarlo con mucha rapidez respecto de tales necesidades de evolución”.

De las notas que anteceden (y que tienen qué ver con un breve repertorio de conflictos que marcaron los años en que la reunificación alemana seguía estando considerado como un proyecto a futuro), sería posible identificar una tendencia medianamente estable, según la cual, el Tribunal Constitucional Federal alemán suele dejar a los actores la puesta en práctica de sus atribuciones respectivas, con un ingrediente fundamental de reserva judicial presente en todo momento.

Siguiendo a la antigua presidenta del Tribunal que citamos previamente, lo cierto es que la fórmula de la “reserva judicial” ofrece una útil posibilidad retórica para expresar un argumento judicial de forma convincente, permitiendo al mismo tiempo exponer la información inherente al problema planteado y al esfuerzo interpretativo que estos jueces deben realizar para producir una resolución que, siendo acorde al sistema normativo, no choca con los intereses de los actores políticos.<sup>29</sup> Tal vez una afirmación de este tipo sería pertinente para ser aplicada más allá del Rin.

Sin embargo, seremos nosotros quienes debamos al final reservarnos nuestra opinión a este respecto. Aunque esta conclusión nos pueda parecer aplicable en el resto de los países europeos que cuentan con un tribunal constitucional, otros factores nos impiden expresar tales conclusiones sin someterlas a análisis específicos. Siguiendo con el ejemplo alemán, pareciera que las jurisdicciones constitucionales en aquél continente se han impuesto a sí mismas la limitación de no invadir las atribu-

<sup>28</sup> Landfried, C., *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf die parlamentarische Willensbildung und die soziale Realität*, Baden-Baden, Nomos, p. 153; Von Beyme, «The genesis of constitutional review in parliamentary systems», Landfried, Christine, “Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany”, *Constitutional review and Legislation: an International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1988, p. 35.

<sup>29</sup> Limbach, *op. cit.*, nota 12, p. 437.

ciones de apreciación discrecional, mismas que son concentradas exclusivamente en el gobierno y en el parlamento.

Pero es bien sabido que el carácter creador del juez constitucional europeo se centra en los márgenes inherentes a la interpretación constitucional, más que en preferencias políticas de sus integrantes. La necesidad de dar carácter de previsibilidad a los postulados constitucionales (misma que ha sido definida en términos de “institucionalización”) podrían llevar al trabajo de estos jueces a efectuar un ejercicio sistemático que los obligue a identificar lo que Ronald Dworkin define como principios y valores. Ningún sistema constitucional puede negar que los intentos por hacer tabla rasa de los preceptos constitucionales, trae consigo la inmovilidad del constitucionalismo en cualquier país. Sería entonces el momento de completar las indefiniciones normativas que los tribunales constitucionales europeos estarían obligados a modular su intervención entre la auto-reserva y el activismo.