

## NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE DERECHO Y POLÍTICA \*

### I

La jurisdicción civil y la jurisdicción penal son antiquísimas manifestaciones de la justicia, en cuanto obvias en todo país civilizado. La idea de que la actividad soberana del Estado —es decir, tanto la del Poder Ejecutivo como la del Poder Legislativo— debe estar igualmente sometida al control de tribunales independientes es, por el contrario, de fecha mucho más reciente. Esta idea presupone el reconocimiento de la separación de poderes, pero incluso en países dotados de separación de poderes semejante control no es en modo alguno una necesidad evidente.

Entre las manifestaciones más relevantes del derecho comparado en materia del control de la constitucionalidad del Poder Legislativo se encuentran los Estados Unidos y la República Federal de Alemania. Mientras que el control en los Estados Unidos posee una muy antigua y honrosa tradición —que se remonta a la famosa decisión en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>1</sup>— el control en la República Federal de Alemania fue introducido apenas por la Constitución (ley fundamental) del 23 de mayo de 1949.<sup>2</sup> En verdad, su planteamiento teórico y por algunos tribunales se había formulado anteriormente, pero no había alcanzado ninguna significación práctica.

En la organización de la jurisdicción constitucional subsisten grandes diferencias entre los Estados Unidos y la República Federal de Alemania. Ciertamente ambos son países constituidos en estados federales. Pero la distribución de las funciones entre la Federación y las entidades federativas —en la República Federal, entre el *Bund* y los

\* Versión castellana por León Cortiñas-Peláez, de la conferencia pronunciada en agosto de 1979 en la Universidad Nacional Autónoma de México (División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán") y en la Universidad de Guanajuato (Escuela de Derecho), que renueva totalmente la del mismo tema y traductor publicada en *Universitas* (Stuttgart, ed. española, IV, pp. 125-140, 1966) y en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Montevideo, 1967, tomo XVIII, pp. 245-262).

<sup>1</sup> 5 U.S., 1 Cranch 137.

<sup>2</sup> V. art. 95 de la ley fundamental.

*Länder*— es muy diferente. Una de las diferencias capitales radica en que la *Supreme Court* de Estados Unidos —supremo tribunal civil y penal— es simultáneamente quien asume la función de un tribunal constitucional, mientras que en la República Federal la jurisdicción constitucional surge como una rama especial junto a las restantes ramas de la jurisdicción. Esta última comprende cinco ramas. Los llamados tribunales ordinarios —una calificación que sólo tiene una explicación histórica— que deciden en las materias civil y penal; los *tribunales administrativos generales*, que deciden respecto de todas las contiendas administrativas que no están sometidas a los tribunales administrativos especiales; los *tribunales en materia financiera*, a quienes incumbe el conocimiento de todas las contiendas en materia fiscal; los *tribunales sociales*, que deciden respecto de las contiendas relativas a la seguridad social y a la actividad de las cajas médicas, y finalmente, los *tribunales laborales* que son competentes en las contiendas relativas a una relación laboral, a un contrato de tarifa, respecto del derecho constitucional de la fábrica y sobre la cogestión de los obreros en la empresa. Y, en verdad, completamente separados de estas cinco ramas de tribunales ordinarios existen *tribunales en materia constitucional*.<sup>3</sup> Junto al tribunal constitucional federal existen tribunales constitucionales de las entidades federativas. Mientras que la Corte Constitucional Federal decide respecto de la conformidad de los actos del poder público con la ley fundamental, los tribunales constitucionales de las entidades federativas deciden respecto de la conformidad de este tipo de actos con la correspondiente Constitución estatal.

## II

La *Corte Constitucional Federal* tiene muy amplias atribuciones. Entre otras cosas decide sobre las contiendas entre los órganos federales supremos<sup>4</sup> —es decir, por ejemplo, entre la Cámara Baja del Parlamento y el gobierno, entre la Cámara Baja y la Cámara Alta, siendo en Alemania la Cámara Alta un órgano de las entidades federativas que participa en la actividad legislativa y administrativa de la Federación—; entre el presidente de la Federación y el canciller federal, entre la mayoría y la minoría de la Cámara Baja.

La Corte decide, además, de las contiendas entre la Federación y una

<sup>3</sup> V. arts. 92 y 93 de la ley fundamental y las constituciones de las entidades federativas (*Länder*).

<sup>4</sup> Art. 93, parágrafo 1, numeral 1 de la ley fundamental.

entidad federativa, o entre distintas entidades federativas entre sí.<sup>5</sup> Por iniciativa de otros tribunales, la Corte decide igualmente tener por contraria a la Constitución, a una ley cuya constitucionalidad ha sido cuestionada por dichos tribunales.<sup>6</sup> Decide igualmente sobre la impugnación de las elecciones federales para la integración de la Cámara Baja.<sup>7</sup> Además, todo ciudadano tiene derecho a una acción constitucional ante la Corte Constitucional Federal, cuando él cree que ha sido lesionado en sus derechos fundamentales conformes a la Constitución, por un acto administrativo, una sentencia o una ley formal;<sup>8</sup> con todo, sólo puede recurrir en principio ante la Corte Constitucional, cuando ha procurado inútilmente la intervención de las instancias jurisdiccionales normales.<sup>9</sup>

La competencia de las *cortes constitucionales de las entidades federativas* es variable según las entidades. Si la comparamos con la competencia de la Corte Federal, la competencia de las cortes de las entidades es más restringida. Una excepción está constituida por el derecho de los municipios a la autodeterminación, la cual les está garantizada en la Constitución. Aquí radica una competencia primaria de los tribunales constitucionales de las entidades federativas. La Corte Constitucional Federal es entonces únicamente competente cuando en una entidad ya no queda ninguna posibilidad de plantear estas cuestiones ante la corte constitucional de la entidad federativa.<sup>10</sup>

Cabe resaltar la gran importancia de esta materia municipal. Permítaseme mencionar que a la Corte Constitucional de Baden-Württemberg —a la cual pertenezco desde hace veinte años como juez— sólo en los últimos dos años le ha tocado decidir de unas cien demandas de municipios, que impugnaban decisiones imperativas adoptadas mediante ley en el marco de una reforma municipal. Algunas de estas demandas lograron exitosamente que la resolución impugnada fuera declarada nula. Además, fueron declaradas inconstitucionales algunas reglamentaciones del ordenamiento comunal relativas a la organización de dichas resoluciones, porque limitaban más de lo necesario el derecho de autoadministración de los municipios.

La diferente amplitud de la actividad de la Corte Constitucional Federal y de las cortes constitucionales de las entidades federativas ha

<sup>5</sup> Art. 93, párrafo 1, numerales 2 y 3 de la ley fundamental.

<sup>6</sup> Art. 103, párrafo 1 de la ley fundamental.

<sup>7</sup> Art. 41, párrafo 2 de la ley fundamental.

<sup>8</sup> Art. 93, párrafo 1, numeral 4a de la ley fundamental.

<sup>9</sup> Párrafo 90, párrafo 2 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

<sup>10</sup> Art. 93, párrafo 1, numeral 4b de la ley fundamental.

tenido una resultante en la *integración* de estos tribunales. La Corte Constitucional Federal —que se compone de dos salas con ocho jueces cada una— se integra con jueces ordinarios.<sup>11</sup> Las cortes constitucionales de las entidades federativas, que se componen respectivamente de una única sala, se integran con jueces extraordinarios: éstos son, en principio, jueces de otros tribunales, catedráticos universitarios de derecho o abogados; en Baden-Württemberg, un tercio de los jueces constitucionales son no-juristas con experiencia política.<sup>12</sup>

### III

El fundamento por el cual la ley fundamental ha introducido un amplio control de toda la actividad del poder público mediante cortes constitucionales y cortes administrativas no es ajeno a las experiencias con la dictadura nacional-socialista. El desprecio total por los derechos de libertad, el terror y la inhumanidad de aquel régimen hicieron necesario echar de entrada un cerrojo a todo futuro abuso del poder público. Al respecto, se opinó que la legislación no debe considerarse como una excepción, puesto que un legislador democrático tampoco está eximido de subordinar criterios jurídicos a objetivos políticos. El miembro de una cámara de diputados está políticamente comprometido; debe estar políticamente comprometido pero, por ello mismo, tendrá tendencia a descuidar los criterios jurídicos, cuando éstos se opongan a la realización de sus fines políticos.

Un ejemplo de hasta dónde el compromiso político puede hacernos jurídicamente ciegos, está constituido por los procedimientos de revisión electoral. Cuando una elección parlamentaria es impugnada por presuntas violaciones contra los preceptos electorales, en la República Federal decide inicialmente al respecto la Cámara Baja; sólo contra esta decisión puede recurrirse ante la corte constitucional competente, federal o estatal.<sup>13</sup> Se trata, en dichas revisiones electorales en parlamentos, de determinar la pertenencia de una curul de diputados entre dos partidos; ella corresponde a uno o a otro partido... ¡es una cuestión de puro derecho!; la experiencia nos muestra que usualmente todos los diputados de un partido son favorables al criterio que favorece al candidato de su propio partido, y recíprocamente, como si se tratara de de-

<sup>11</sup> Parágrafo 2, párrafo 2, y parágrafo 3, párrafo 4 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

<sup>12</sup> Art. 68, parágrafo 3 de la Constitución estatal de Baden-Württemberg del 11 de noviembre de 1953.

<sup>13</sup> Art. 41 de la ley fundamental.

cidir qué es lo perjudicial o lo beneficioso al propio partido. Esto nos muestra que no se está decidiendo jurídicamente sino políticamente. Un tribunal se encuentra ante estas cuestiones indudablemente en una actitud más objetiva y neutral, puesto que no está directamente interesado en el desenlace del litigio.

#### IV

De todas las atribuciones que corresponden a las cortes constitucionales, la más relevante es políticamente la decisión sobre la *constitucionalidad de las leyes*. Tanto la declaración de legitimidad como la de nulidad de una ley se refieren en general a un gran número de casos. La interpretación de la Constitución que tiene lugar en una de estas decisiones desborda muy frecuentemente en su alcance al caso planeado. En los desarrollos que siguen voy a limitarme exclusivamente a la actividad de las cortes constitucionales en esta materia. Hablaré primeramente de la Corte Constitucional Federal, incluyendo sólo ocasionalmente referencias a las cortes constitucionales de las entidades federativas.

Existen distintos caminos a través de los cuales puede ser cuestionada ante la Corte Constitucional Federal la constitucionalidad de una ley. Así, pueden cuestionarla los *órganos federales supremos* (el presidente de la Federación, la Cámara Baja, la Cámara Alta, el gobierno federal); pero también *mayorías o minorías* de la Cámara Baja, *fracciones* de los partidos políticos y también estos *partidos por sí mismos*, así como las *entidades federativas*. Además, *todo tribunal* que se encuentra con una ley que considera inconstitucional y a la que no quiere por ende aplicar, debe plantear la cuestión ante la Corte Constitucional Federal. En otras palabras, cada tribunal puede responder afirmativamente a la cuestión de la compatibilidad de una ley con la Constitución, pero no puede responder definitivamente por la negativa. Finalmente, cada *ciudadano* puede iniciar una acción constitucional contra una ley limitativa de sus derechos de libertad —sea que la ley se impugne a un acto administrativo o a una decisión jurisdiccional que se dan en dicha ley—.

Tales son no todos pero sí los principales casos, en los cuales la Corte Constitucional tiene que decidir respecto de la constitucionalidad de una ley. A diferencia de la *Supreme Court* de Estados Unidos, la Corte Constitucional Federal no decide incidentalmente (para el caso concreto) sobre la legitimidad o nulidad de la ley cuestionada, sino que su

declaratoria de nulidad tiene fuerza de ley.<sup>14</sup> Igualmente, también a diferencia de la práctica usual en las decisiones de la *Supreme Court*, la decisión anulatoria opera no *ex nunc*, sino en principio *ex tunc*, es decir que se deja constancia de que la ley contraria a la Constitución era nula desde el principio.<sup>15</sup> A este respecto, en verdad, pueden hacerse recientemente algunas restricciones, a las que me referiré más adelante.

## V

Se plantea la cuestión de si el peligro de un abuso de poder del legislador que se pretende combatir con estas amplias competencias de la Corte Constitucional, no podría convertirse en un peligro mucho mayor. ¿No existe el peligro de que la Corte Constitucional, en lugar de controlar la aplicación de la Constitución, se convierta en la dueña de la Constitución? ¿No lleva forzosamente, semejante concentración de facultades de la Corte Constitucional, al tan justificadamente temido gobierno de los jueces [*gouvernement des juges*]? ¿No sería atinado lo que un jurista tan competente como el ex *Chief Justice* de la *Supreme Court* Hughes dijera una vez: "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is"?<sup>16</sup>

Semejantes temores son escuchados también en Alemania, especialmente en ocasión de la crítica contra algunas decisiones de la Corte Constitucional Federal. Sería demasiado fácil pretender debilitar estas sospechas con la afirmación de que el juez constitucional, en la interpretación de la aplicación de la Constitución —como cualquier otro juez—, utiliza únicamente el derecho existente respecto de un determinado hecho. En primer lugar porque las decisiones de los tribunales constitucionales tienen un alcance mucho mayor —en particular, muy a menudo, muy alto significado político— que las decisiones de otros tribunales. Ante todo, tiene empero la Corte Constitucional un ámbito mucho mayor en la interpretación de la norma que aplica, a diferencia de lo que sucede habitualmente en el caso de los otros tribunales. Una Constitución no contiene ninguna regulación individualizada detallada, sino que se caracteriza por muy amplias cláusulas generales y por conceptos axiológicos carentes de contenido. El ámbito para el intérprete y con ello su poder para una decisión autónoma son por ello particu-

<sup>14</sup> Parágrafo 31, párrafo 2 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

<sup>15</sup> Parágrafo 78 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

<sup>16</sup> Citado según Edward Corvin, *The Constitution and what it means today*, Princeton, 1948, p. XIII.

larmente grandes. Conceptos como "igualdad", "dignidad de la persona humana", "libre desarrollo de la personalidad", "Estado de derecho", "Estado social", "bien común" —todos ellos conceptos de la ley fundamental que pueden ser utilizados como escala para el juzgamiento de la constitucionalidad de una ley— permiten interpretaciones diferentes.<sup>17</sup> Si una determinada regulación legislativa es compatible, no es con estos conceptos acuñados por los preceptos constitucionales, no es algo que se pueda frecuentemente determinar en forma unívoca. Aquí podrán darse distintos puntos de vista, de los cuales no puede decirse a menudo que el uno sea verdadero y el otro falso; más bien, tanto uno como otro puntos de vista parecen defendibles. Las cortes constitucionales *tienen que* decidir, sin embargo, sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una ley con semejantes preceptos, cuando son llamadas a hacerlo. ¿No existe pues el peligro de que las valoraciones políticas parlamentarias o de la mayoría parlamentaria, cuando la promulgación de una ley, sean relegadas por la Corte Constitucional bajo el pretexto jurídico de la compatibilidad o de la incompatibilidad con una regla constitucional, y que, de esta manera, valoraciones políticas propias del tribunal sean colocadas en lugar de las valoraciones que fundaron la decisión de la Cámara Baja?

En este contexto me parece muy tedioso adoptar posición en la discusión teórica de si el derecho constitucional es un derecho "político" o solamente un derecho "para cuestiones políticas" (Triepel). Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley. ¿Se conjugará el peligro de que el juez, de esta manera, se coloque en el lugar de conformación política para el cual está autorizado el legislador?

Anticipándonos al resultado en el caso de la República Federal de Alemania: tanto la opinión pública como la crítica jurídica científica están casi unánimemente de acuerdo en el sentido de que las Cortes Constitucionales respetan por lo general la primacía política del legislador y no se han adjudicado la soberanía sobre la Constitución. Esto no excluye que algunas decisiones sean sometidas a críticas vehementes

<sup>17</sup> V. por ej., los arts. 1, 2, 3, 14, 20 y 28 de la ley fundamental.

y frecuentemente fundadas, y que tales decisiones en algunos pocos casos rebasan realmente y en forma inadmisibles las fronteras impuestas al tribunal invadiendo las competencias del legislador. Pero estos son casos excepcionales que, según parecer casi unánime, no afectan el balance general: las ventajas de un control efectivo de la legislación, que por primera vez nos han traído la plena eficacia de la Constitución, superan ampliamente los inconvenientes de algunas raras transgresiones. Por lo menos es esta la opinión abrumadoramente mayoritaria.

Se considera como extraordinariamente importante la función pacificadora que cumplen las Cortes Constitucionales en los conflictos de las fuerzas políticas; numerosas y violentas luchas de opinión entre gobierno y oposición, como entre Federación y entidades federativas, pierden su acritud mediante decisiones de la Corte Constitucional Federal. Las Cortes Constitucionales, tanto de la Federación como de las entidades federativas, se han ganado un alto prestigio. Su autoridad es hoy indiscutida, a pesar de que alguna sentencia aislada levante alguna vez acentuadas protestas. Las sentencias son acatadas sin excepción, también por el legislador. De ello se ocupa ya la presión de la opinión pública.

No fue así al principio. En los primeros tiempos de su actividad la Corte Constitucional Federal se vio expuesta a violentos ataques, también por parte del gobierno y de la Cámara Baja. La Corte ha necesitado conquistar su actual posición, con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre derecho y política. Los angloamericanos acostumbran aquí hablar de la "autorreserva judicial" (*judicial self-restraint*). Respecto de semejante reserva —que por cierto también es en general respetada por la *Supreme Court*— puede en verdad tener su justificación formal la enunciada frase del Chief Justice Hughes: Puesto que los jueces constitucionales poseen el privilegio de una interpretación obligatoria de la Constitución, de que son servidores y no señores de ella, de que por ello están autorizados a desarrollar el sentido de la ley fundamental pero no a cambiarlo, entonces la soberanía de la Constitución permanece inalterable: el principio fundamental del "gobierno de la ley, no gobierno de los hombres" (*rule of law, not rule of men*) vale igualmente aquí. Semejante reserva judicial plantea naturalmente elevadas exigencias a la capacidad de los jueces. Por ello corresponde especial significación a su selección. Volveré más adelante sobre este particular.

## VI

En qué manera y con qué métodos las Cortes Constitucionales alemanas han manejado la autolimitación de sus facultades de control ante el legislador es algo que no puede ser indicado aquí exhaustivamente, sino solamente respecto de algunos puntos escogidos.

Primero. Las cortes constitucionales parten de la base de que las leyes son *en caso de duda conformes a la Constitución*. Siguen en particular el principio desarrollado por el derecho angloamericano de la "interpretación conforme a la Constitución".<sup>18</sup> Cuando una ley permite numerosas interpretaciones, de las cuales únicamente una interpretación muy precisa es conciliable con la Constitución, debe interpretarse la ley en esta última forma. Ello debe ser así inclusive cuando esta interpretación pudiera parecer muy lejana, de no tenerse en cuenta la Constitución.

Segundo. *Las ideas respecto a los fines políticos* que tuvo el legislador no tienen que ser controladas por las cortes constitucionales ni en su exactitud ni en su oportunidad. En particular no les corresponde decidir si la regulación concreta es la más adecuada a los fines o la más sensata.<sup>19</sup> Es ésta una frontera de la facultad de control que no siempre es comprendida por quienes acuden ante la Corte Constitucional. Parecerían creer a menudo que la Corte Constitucional sea en alguna medida un areópago, un "Consejo de los sabios" que debería corregir los (reales o supuestos) errores políticos del Parlamento. Las Cortes Constitucionales se han enfrentado con énfasis contra estas pretensiones.

Tercero. El legislador fundamenta sus decisiones en determinadas *valoraciones*. Contradictoriamente suele darle la preferencia a unas respecto de otras. Cuando, por ejemplo, el legislador resuelve ensanchar las circunscripciones municipales mediante la unión de varios municipios, se dan distintos puntos de vista correspondientes a diferentes intereses: para algunos favorables a semejante medida, para otros contrarios. En favor de semejante unión podría argumentarse, por ejemplo, la posibilidad de una administración más racional aplicada a comunas más grandes, y la de emplear especialistas más calificados, así como la de planificar en un espacio mayor. Contra tal medida se argumentaría con los perjuicios de una menor inmediatividad entre el ciudadano y su administración, y una mayor burocratización del procedimiento. Cuan-

<sup>18</sup> V. por ej., en el repertorio de decisiones de la Corte Constitucional Federal (BVerfGE) 19,5; 36,271.

<sup>19</sup> Corte Constitucional estatal de Baden-Württemberg, en la *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1975, p. 1205.

do el legislador, al sopesar las ventajas e inconvenientes, da la primacía a uno u otro de los puntos de vista, no puede la Corte en principio corregirlo, a no ser que no se exponga ninguna motivación comprensible para esta decisión. Las Cortes Constitucionales lo formulan habitualmente en esta forma:

En la medida en que el legislador, con su decisión, adopta valoraciones y formula reflexiones políticas, la Corte Constitucional puede objetarlas únicamente cuando son indudablemente refutables o manifiestamente equivocadas, o cuando contradicen el ordenamiento de valores conforme al Derecho Constitucional.<sup>20</sup>

Cuarto. Igualmente se comporta la Corte Constitucional con los *pronósticos* que coloca el legislador como fundamento de sus regulaciones. Las esperanzas del legislador relativas a un desarrollo futuro, en particular con referencia a las consecuencias de una ley aprobada, están siempre impregnadas de cierta inseguridad. A diferencia del científico de la naturaleza, el legislador no puede hacer experimentos, o sólo puede hacerlos muy limitadamente, antes de realizar su propósito. Así asume un cierto riesgo, el de que sus esperanzas se cumplan. La Corte Constitucional está obligada a aceptar siempre los pronósticos del legislador, cuando éstos no están manifiestamente equivocados.<sup>21</sup>

Así sucedió, por ejemplo, en la reforma comunal en Baden-Württemberg donde se discutió si la reforma no llevaría a un debilitamiento de la calidad administrativa. La Corte Constitucional de la entidad federativa no se dejó llevar a ninguna investigación del punto: sostuvo que el éxito, esperado por el legislador, de todas maneras no era ajeno a lo posible y, por ello, era legítimo incluirlo en las reflexiones del legislador.

Quinto. Las cortes constitucionales se consideran, guardando las proporciones, no sólo facultadas sino hasta obligadas a incluir las posibles *consecuencias* de sus decisiones en sus reflexiones. Por ello examinan si un resultado posible en su decisión no sería claramente injusto, si no podría traer un perjuicio para el bien público, o si no perjudicaría intereses legítimos de algunos ciudadanos. Esto no debe naturalmente entenderse como si los tribunales partieran de los presuntos resultados de su decisión, y con el objetivo de un resultado deseado, se sobrepuisieran a la Constitución y a la ley. Pero un resultado injusto o, por cualquier circunstancia, sospechoso, es generalmente —¡no siempre!—

<sup>20</sup> BVerfGE 24,406.

<sup>21</sup> BVerfGE 30,263.

también un resultado jurídicamente falso. Por lo menos, tiene que ser una señal de alarma que induzca al juez a una nueva verificación del sospechoso resultado al que llega; muy frecuentemente podrá entonces comprobar que otra interpretación del derecho es posible, la cual es más conforme con la Constitución, y que, de esta manera, logra también llegar a un resultado satisfactorio.<sup>22</sup>

Este orden de ideas fundamenta en particular una nueva jurisprudencia de las cortes constitucionales alemanas, que ciertamente se aleja de la letra de la ley, pero corresponde al sentido de la Constitución mejor que durante las judicaturas anteriores. Los desarrollos siguientes se ocuparán de ello.

Sexto. Ya he mencionado que en derecho alemán, a diferencia del derecho angloamericano, las leyes inconstitucionales son, en principio, *nulas ex tunc*. Esta regla rigió antes en forma ilimitada, e incluso la ley fundamental la presupone.<sup>23</sup> Se vio empero ahora que la nulidad *ex tunc* llevaba en muchos casos a consecuencias sumamente insatisfactorias. Un ejemplo: cuando una ley prevé prestaciones a diversos grupos de personas, pero no contempla a otros grupos de personas violando así el imperativo constitucional de igualdad, una declaratoria de nulidad tendría por consecuencia que no se podría cumplir ninguna prestación. Otro ejemplo: si se declarara nula una ley que mediante la unión de varias municipalidades ha forjado un nuevo municipio, esto significaría que el nuevo municipio carece de un origen eficaz en derecho: no existe. En consecuencia, subsisten en verdad las antiguas municipalidades pero dado que los órganos de estas municipalidades en principio ya no existen, tampoco podrían las antiguas municipalidades ejecutar actividad alguna. La declaratoria de nulidad de la ley tendría entonces, como resultado, una completa incapacidad de acción de la administración.

Para evitar semejantes consecuencias, las cortes constitucionales han prescindido frecuentemente de declarar a las leyes contrarias a la Constitución y con ello de declararlas nulas, aun cuando en verdad así debieran haberlo hecho. A menudo recurriendo a construcciones frecuentemente poco convincentes han tratado de fundamentar que, y por qué,

<sup>22</sup> Cfr. detalladamente Otto Bachof, "Der Verfassungsrichter Zwischen Recht und Politik", *Summun ius, summa iniuria*, Tübingen: Mohr, 1963, pp. 41-57 (hay traducción castellana, "El juez constitucional entre derecho y política" por León Cortiñas-Peláez, en *Universitas*, ed. española, t. IV, pp. 125-140, Stuttgart, 1966, y en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967, t. XVIII, pp. 245-262). Una versión ampliada, en la obra colectiva dirigida por Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, pp. 285-303.

<sup>23</sup> V. art. 100, párrafo 1 de la ley fundamental.

una ley "actualmente todavía no es" contraria a la Constitución, pero en el futuro se volverá inconstitucional, si el legislador no encuentra rápidamente una regulación diferente.<sup>24</sup> Posteriormente las cortes evolucionaron hasta declarar que la ley impugnada es en verdad contraria a la Constitución, pero que la inconstitucionalidad no tiene empero siempre en todos los casos la consecuencia de la nulidad. Más aún, que la Corte está facultada para determinar que una ley, aunque contraria a la Constitución, todavía sigue vigente por determinado lapso de tiempo, para dar al legislador la posibilidad de superar la violación de la Constitución.<sup>25</sup>

Semejante decisión era muy difícil de conciliar con el texto entonces vigente de la Ley orgánica de la Corte Constitucional Federal, puesto que ésta preceptuada en forma unívoca que una ley contraria a la Constitución debería "ser declarada nula". Las cortes constitucionales, a pesar de esta contradicción con el tenor de la ley, se consideraron facultadas para limitarse a una mera comprobación de inconstitucionalidad, y para negarse a la consecuencia de la nulidad. Lo fundaron porque, de lo contrario, se contradeciría el sentido de la Constitución, mediante una sentencia que acarrearía una situación generadora de males mayores que la vigencia transitoria de una ley inconstitucional. Aunque las cortes constitucionales se arrogaron en este caso el derecho de corregir al legislador, estas decisiones apenas fueron criticadas. Por el contrario, el legislador legalizó posteriormente esta jurisprudencia mediante una modificación de la Ley orgánica de la Corte Constitucional Federal.<sup>26</sup>

Séptimo. Las cortes constitucionales avanzaron entonces un paso más. En casos en los cuales la inconstitucionalidad de una ley fue considerada como excesiva, apareciendo como insoportable inclusive la vigencia solamente transitoria de ella, las cortes la han declarado nula pero simultáneamente y hasta la promulgación de una nueva ley que fuere conforme a la Constitución, adoptaron una regulación transitoria. En cierta medida pues, actuaron como legislador sustituto.<sup>27</sup>

Mirado formalmente, las cortes han asumido, en estos casos y provisoriamente, función legislativa de hecho. Se han limitado empero a

<sup>24</sup> V., por ej., BVerfGE 16-142; 16,187 ss.; 26,139.

<sup>25</sup> V., por ej., BVerfGE 33-347; 34,44; 40,227; 40,329. También las Cortes Constitucionales de las entidades federativas proceden así: v. por ej., Baden-Württemberg, *NJW*, 1976, pág. 2205 = *ESVGH* 26,129.

<sup>26</sup> Modificación de los parágrafos 31 y 79 de la Ley de la Corte Constitucional Federal por la Ley del 21 de diciembre de 1970.

<sup>27</sup> Por ej. BVerfGE 39,1 (2 ss.); Baden-Württemberg, *ESVGH* 26,129 (hasta ahora no impresa en *NJW*, 1976, p. 2205).

*lo imprescindiblemente necesario*, y han dado este paso precisamente para dejar abierto al legislador el camino hacia una regulación propia y definitiva. Querían evitarle, al legislador, en particular, el tener que encontrar la nueva y válida regulación bajo una desproporcionada presión de tiempo. Las cortes, en estas regulaciones sustitutivas y transitorias, se han mantenido, por lo demás, en lo posible, estrechamente apegadas a la regulación tenida por nula, y solamente la han corregido en la medida absolutamente indispensable para remover la violación de la Constitución.

Precisamente la "legislación sustitutiva" mencionada en el último lugar es un ejemplo interesante de que, si bien las cortes constitucionales en ocasiones asumen transitoriamente funciones del legislador, esto no lo hacen para ganarle de mano al legislador, sino precisamente para lo contrario, para salvaguardarle la necesaria libertad de movimiento requerida para una regulación definitiva.<sup>28</sup>

## VII

Puede pues decirse que las cortes constitucionales han trazado en general correctamente las fronteras entre derecho y política; pero esto naturalmente no carece de excepciones.

Por ejemplo, ha encontrado más crítica que aprobación una sentencia de la Corte Constitucional Federal del 25 de febrero de 1975, que declaró nula a una ley de 1974. Esta ley atenuaba decisivamente y hasta eliminaba la punibilidad de la interrupción del embarazo.

La Corte encontró que la nueva regulación atentaba contra la protección de la vida consagrada en el artículo 2, párrafo 2 de la ley fundamental. Ahora bien, puede en verdad estarse de acuerdo con la Corte, en que aquel precepto constitucional contiene la protección no sólo de la vida ya nacida, sino también de la vida aún no nacida. Pero aquí se plantean cuestiones que no pueden contestarse directamente a partir de la Constitución y para cuya decisión el legislador necesita tener por lo tanto un más amplio "campo de juego". Así, si esta protección se brinda mejor mediante medidas punitivas o de otra manera (por ejemplo, mediante asesoramiento, asistencia social, etcétera); si esta protección debe establecerse inmediatamente después de la concepción o solamente doce semanas después de la concepción; si y qué motivos hacen excepcionalmente legítima una interrupción del embarazo (indicación

<sup>28</sup> Detalladamente para este desarrollo: Otto Bachof, "Der Richter als Gesetzgeber?", *Tradition und Fortschritt im Recht*, Tübingen, Mohr, 1977, pp. 177-192.

médica, indicación eugenésica, indicación criminológica, indicación social, etcétera).

En este "campo de juego" ha intervenido la Corte. La crítica se nos presenta por lo tanto como justificada: aquí no puedo entrar en detalles.<sup>29</sup>

Por otra parte, ya se ha visto muchas veces que la crítica en modo alguno carece de influencia sobre la Corte. Tanto la crítica de la opinión pública como la crítica de la ciencia jurídica han llevado en diversas formas a la Corte a una modificación de su jurisprudencia. Junto a la crítica exterior actúa también con un papel importante la crítica emanada de las propias filas: desde 1970 se ha introducido, según el modelo angloamericano, la práctica de los votos discordes (*dissenting opinion*), que contribuye esencialmente al autocontrol de la Corte. De estas discordias se hace uso frecuentemente.

## VIII

Una condición esencial para que las cortes constitucionales mantengan cuidadosamente su competencia, y no rebasen sus facultades, radica en la correcta *selección de los jueces*.

Ante todo es válido preocuparse de que los jueces sean designados con criterio profesional y no como consecuencia de sus ideas políticas reales o supuestas. Esto no siempre se ha logrado en la República Federal de Alemania. Veamos la experiencia de la Corte Constitucional Federal.

La Corte se integra con dos salas. El presidente de la Corte preside la Primera Sala, el vicepresidente de la Corte preside la Segunda Sala. Precisamente los presidentes de ambas salas han sido hasta hoy escogidos siguiendo la perspectiva de los partidos políticos. Entre ambos grandes partidos —los demócratas cristianos y socialcristianos (siglas CDU/CSU) por una parte y los socialdemócratas (sigla SPD) por otra parte— existe un acuerdo según el cual si un cargo es ocupado por un partido, el otro cargo corresponde al otro grupo. Esto no quiere decir que quienes hasta hoy han sido presidentes hayan carecido de calificación profesional; pero lo decisivo en última instancia fue su afiliación partidaria. También respecto de los restantes jueces, quienes en verdad no pertenecen en parte a ningún partido político aunque, sin embargo, se les tenga frecuentemente como simpatizantes de una u otra orientación política, ésta es tenida en cuenta cuando la elección.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> BVerfGE 39,1.

<sup>30</sup> Parágrafo 30, párrafo 2, de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

Para impedir que la Corte sea integrada en forma políticamente unilateral y que la mayoría gubernamental aproveche su supremacía para provocar semejante integración, tiene la Corte Constitucional Federal una regulación precisa. La mitad de los jueces es elegida por la Cámara de Diputados, la otra mitad por el Consejo Federal, y respectivamente por una mayoría de dos tercios de los sufragios determinantes.<sup>31</sup> Como ninguno de los grandes partidos dispone de los dos tercios de los sufragios y ni remotamente los tendría, se hace necesaria una transacción. La mayoría necesita tener en cuenta a la minoría.

Naturalmente ha tenido esta regulación frecuentemente el inconveniente de que candidatos particularmente capaces y destacados sean resistidos y no electos, mientras que sea más fácil la convergencia en favor de candidatos de transacción menos calificados. A pesar de ello la integración de la Corte ha sido hasta hoy siempre relativamente buena aunque por supuesto nunca verdaderamente óptima. Las especulaciones de los políticos en el sentido de que jueces elegidos en función de criterios políticos tenderían a sentenciar siguiendo puntos de vista políticos, particularmente unilaterales en favor de los partidos políticos que los propusieran, se han revelado hasta ahora siempre como especulaciones equivocadas. Al respecto existen algunos ejemplos ruidosos.

Otra regulación de la selección de los jueces se da, por ejemplo, en el estado de Baden-Württemberg. Ahí la legislatura estatal elige a los jueces constitucionales por *mayoría simple*.<sup>32</sup> Dado que en Baden-Württemberg existe desde hace mucho tiempo la mayoría absoluta de un partido, a éste le sería entonces posible llenar todos los cargos judiciales con candidatos de su propia dirección política. Esto no ha sucedido desde entonces y tampoco debe temerse que pueda suceder. Existe más bien un acuerdo de caballeros (*gentlemen-agreement*) entre los partidos representados en la legislatura estatal, según el cual la provisión de los cargos opera mediante propuesta rotativa. En una situación políticamente tensa rompió una vez el partido de la mayoría este convenio, y en una segunda elección de dos jueces, impuso en peleada votación únicamente a aquellos de su propia propuesta. La Corte señaló entonces el peligro de semejantes procedimientos e intervino ante la legislatura para evitar su repetición. Realmente la fracción del partido aludido comprendió también que su proceder era equivocado, y en la siguiente elección dejó consecuentemente más plazas judiciales a los otros partidos, corrigiendo así su comportamiento. Este aconteci-

<sup>31</sup> Art. 94, parágrafo 1 de la ley fundamental; y parágrafos 5-7 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

<sup>32</sup> *Supra*, nota 12.

miento muestra que la correcta comprensión de las reglas no escritas de la democracia es frecuentemente más importante, y puede lograr más, que lo que lograrían preceptos escritos.

Esta comprobación vale naturalmente no sólo para un acontecimiento como el que vengo de esbozar. Vale en general para el comportamiento de todos los que participan en el ejercicio del poder público, en el Parlamento, en el gobierno, en la administración, en las cortes constitucionales y en los restantes tribunales. En última instancia vale para cada ciudadano en un Estado democrático. Sólo cuando cada socio domina y maneja limpiamente las reglas de la democracia, es posible que funcione la combinación de los diversos titulares del poder entre sí y respecto de las fuerzas sociales.

Sólo entonces también puede hacerle justicia la jurisdicción constitucional a su misión de control. Esta se efectúa necesariamente, ciertamente con eficacia y energía, pero simultáneamente con inteligencia autocrítica, dentro de las para ella inmanentes fronteras. En las del tenso campo entre derecho y política, que la jurisdicción constitucional nunca podrá suprimir, y en el cual tiene empero un importante papel de mediación a jugar.

Otto BACHOF