

DEFENSA CONSTITUCIONAL POR MEDIO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Por HANS JOACHIM FALLER

I

Para acotar el tema parece conveniente, en primer lugar, circunscribir con precisión el concepto de la «defensa constitucional», tal como se lo utilizará en este trabajo.

Entendemos por defensa constitucional, en general, la suma de las instituciones y medidas mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y su ordenamiento fundamental frente a peligros que lo amenazan *desde dentro*. Para ello, las instituciones puestas al servicio de la defensa constitucional pueden ser de tres clases: se distingue una defensa constitucional normativa, una ejecutiva y una jurisdiccional (1).

La defensa constitucional normativa está representada por todas aquellas disposiciones legales que a través de mandatos o prohibiciones han de garantizar la subsistencia del Estado y de su Constitución. A esta categoría corresponden, sobre todo, las previsiones penales contra intentos de sedición, o sea, especialmente las leyes penales contra la alta traición y violación de la Constitución (*Verfassungsverrat*).

Como defensa constitucional ejecutiva se designa a la implantación inmediata de medios materiales conducentes a asegurar la subsistencia del Estado, de su Constitución y de su paz interna.

Esas dos formas de la defensa constitucional serán aquí dejadas de lado.

(1) Para el concepto y las especies de la defensa constitucional, véase WILHELM MERK: *Verfassungsschutz*, Stuttgart, 1935, págs. 24 y sigs.

Objeto de las siguientes consideraciones será más bien la llamada defensa constitucional jurisdiccional. A ésta pertenecen todas aquellas medidas tendentes a la defensa de la Constitución por los Tribunales. Cuando dicha defensa está encomendada, como tarea específica, a un tribunal especial, se habla de jurisdicción constitucional en sentido formal (2). A menudo se considera esta jurisdicción constitucional como una conquista del siglo xx. Ello es exacto en la medida en que sólo en este siglo se ha logrado imponer plenamente la idea de la jurisdicción constitucional, y no exclusivamente en la República Federal de Alemania. Puedo hacer referencia a la jurisdicción constitucional en Italia, Austria y Turquía, a la *jurisdicción del Tribunal Estatal* en Suiza, a los intentos de erigir un Tribunal Constitucional en Chipre. También Yugoslavia dispone de una jurisdicción constitucional (3).

Ya antes hubo, en el ámbito jurídico alemán, intentos de asignar a tribunales especiales la defensa de la Constitución. No expondremos aquí la historia de la jurisdicción constitucional; séame permitido, sin embargo, una breve e incidental referencia: la Constitución de 28 de marzo de 1849, sancionada en el curso de la revolución alemana de 1848-49 por la Asamblea Nacional reunida en la Iglesia de San Pablo, en Francfort del Meno (llamada «Constitución de la Iglesia de S. Pablo»), había previsto una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones (4). Según ella, había de crearse un Tribunal del Imperio como supremo tribunal alemán, al cual se encomendarían ante todo importantes facultades en lo concerniente al ordenamiento jurídico político-constitucional. Conocería de controversias constitucionales entre el Imperio (como Estado central) y los diversos Estados miembros; de quejas que formularan estos últimos contra el poder central por quebrantamientos constitucionales que produjera el Imperio mediante el dictado de leyes generales o a través de reglas de actuación (*Massregeln*) del Gobierno central, y a la inversa, también de quejas del poder imperial contra Estados particulares por violaciones de la Constitución.

Sería asimismo de competencia de este Tribunal del Imperio la decisión sobre determinadas controversias entre los supremos órganos imperiales, es

(2) HEINZ LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, Tubinga, 1968, pág. 9.

(3) Véase *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Länderbericht und Rechtsvergleichung*, publicación del Instituto Max Planck para el Derecho extranjero y público y para el Derecho internacional público (Heidelberg), Colonia-Berlin, 1962.

(4) HANS JOACHIM FALLER: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849*, en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, en homenaje a Willi Geiger, Tubinga, 1974, págs. 827 y sigs.

decir, entre el Parlamento (Cámara alta y Cámara baja) y el Gobierno, concernientes a la interpretación de la Constitución. También habían de someterse a la jurisdicción de este tribunal las controversias constitucionales internas que se produjesen en los Estados miembros.

Se había previsto, inclusive, una acción que hoy sería denominada «recurso de amparo constitucional». El ciudadano alemán individualmente podía interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución.

Por último, preveía la «Constitución de la Iglesia de S. Pablo» una acusación ministerial.

Según todo ello, el Tribunal Imperial instituido por dicha Constitución iba a funcionar como una verdadera Corte Estatal de Justicia, independiente y con extensas atribuciones relativas a la jurisdicción constitucional. Su competencia puede ser fácilmente comparada con la que, cien años más tarde, atribuiría la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania a su Tribunal Constitucional Federal. Pero la obra constitucional de la Asamblea Nacional de Francfort jamás cobró vigencia. Nunca fue creado un Tribunal Imperial como el allí previsto. La revolución alemana de 1848-49 tuvo un final trágico y quedó en mero episodio. Y en la vida política alemana del siglo XIX ya no desempeñó papel esencial alguno la idea de una jurisdicción constitucional (5). La idea de que un tribunal pudiese asumir una eficaz defensa de la Constitución permaneció ajena al pensamiento iusconstitucionalista de aquellos tiempos. Ni la Constitución imperial de Bismarck de 1871 ni su predecesora, la Constitución de la Liga Alemana del Norte de 1867, contenían una jurisdicción constitucional. El propio Bismarck expresó repetidamente la opinión de que los problemas constitucionales, en virtud de su importancia e influencia sobre la alta política, no deben ser decididos por la sentencia de un tribunal independiente, sino por las instancias políticas. El Tribunal Imperial erigido en 1879 en Leipzig fue exclusivamente un supremo tribunal para asuntos civiles y penales. La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 preveía solamente una jurisdicción constitucional limitada (6). Fue tan sólo la Ley Fundamental alemana la que volvió a

(5) ULRICH SCHEUNER: *Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20 Jahrhundert*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, edición de homenaje con motivo del 25 aniversario del Tribunal Constitucional Federal (en adelante se abrevia «ed. hom. TCF»), Tubinga, 1976, primer tomo, págs. 1 y 36 y sigs.

(6) SCHEUNER, *loc. cit.*, págs. 44 y sigs.; ERNST FRIESENHAHN: *Die Staatsgerichtsbarkeit*, en ANSCHÜTZ-THOMA: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Tubinga, 1932, tomo 2, parágrafo 98, págs. 523 y sigs.

recoger la idea de un supremo Tribunal Constitucional, con amplias atribuciones para la defensa de la Constitución, como aquella que ya vislumbraba el parlamento de la Iglesia de S. Pablo.

II

Para justipreciar el papel que desempeña la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania en la defensa de la Constitución, expon-dremos un breve panorama de las atribuciones que le han sido conferidas. Me limité a describir las facultades otorgadas al Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, tal como surgen de la Ley Fundamental (LF) y de la ley relativa a dicho Tribunal, de 12 de marzo de 1951, en la versión dada por la notificación de 3 de febrero de 1971 (LTCF). Mencionemos aún, para completar dicho panorama, que existen también tribunales constitucionales a altas cortes estatales (*Staatsgerichtshöfe*) en cada uno de los *Länder* (7).

Al Tribunal Constitucional Federal le ha sido conferida una tan considerable amplitud de funciones como jamás se le habían otorgado antes a ningún tribunal en la historia constitucional alemana. El Tribunal Constitucional debe interpretar el orden constitucional en pronunciamientos que tienen el carácter de obligatorios; debe garantizar la cooperación entre los diversos órganos estatales de la Federación y de los *Länder* según el espíritu de la Constitución; controlar que los poderes públicos permanezcan dentro de sus límites frente a cada ciudadano, y defender los fundamentos del orden democrático en un régimen de libertad contra los ataques de fuerzas anticonstitucionales (8).

El conjunto de competencias de ese Tribunal puede ser clasificado en cuatro grandes áreas de atribuciones:

1. Los denominados casos contenciosos de índole constitucional en sentido estricto.
2. El control normativo.
3. El recurso de amparo constitucional; y
4. La defensa del Estado en sentido estricto (9).

(7) Véase el desarrollo de lo expuesto en WOLFGANG HEYDE y PETER GIELEN: *Die Hüter der Verfassung, Verfassungsgerichte im Bund und in den Ländern*, Karlsruhe, 1973.

(8) Véase WINTRICH-LECHNER: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, en BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER: *Die Grundrechte*, tomo 3, 2.º semitomo, págs. 643 y sigs.

(9) Véase KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 10.ª ed. ampl., Heidelberg-Karlsruhe, 1977, págs. 265 y sigs.

Con la totalidad de estos cuatro grupos de atribuciones se persigue, en última instancia, la defensa constitucional.

1. En los denominados casos contenciosos de índole constitucional en sentido estricto pueden distinguirse, a su vez, dos áreas:

a) Los denominados conflictos entre la Federación y los *Länder*: trátase de diferencias de criterio entre la Federación y los *Länder* acerca de sus respectivos derechos y obligaciones constitucionales, especialmente en la aplicación del derecho federal por parte de los segundos y en el ejercicio de la supervisión federal (*Bundesaufsicht*) (art. 93, ap. 1, núm. 3, y art. 81, ap. 4, párrafo 2, LF; parágrs. 13, núm. 7, 68 y sigs. LTCF). En estos casos, es misión del Tribunal Constitucional Federal la de asegurar el mantenimiento del orden constitucional que unifica a la Federación y a los *Länder* en un solo Estado federal. En esta área se han ventilado hasta ahora ante el Tribunal Constitucional Federal relativamente pocos, aunque en parte muy importantes procesos (por ejemplo, la controversia acerca de la vigencia del Concordato Imperial de 1933 —resoluciones TCF 6, 309— (10); la concerniente a la autorización de un plebiscito sobre equipación con armamento atómico —resoluciones TCF 8, 122—; el conflicto acerca de la televisión —resoluciones TCF 12, 205—) (11).

b) También en el orden interno de la Federación, en cuanto ésta funciona como un Estado centralizado, debe el Tribunal Constitucional Federal resguardar el orden constitucional y ejercer el control de constitucionalidad sobre el proceso de formación de decisiones al nivel de los órganos federales supremos.

Decide sobre la interpretación de la Ley Fundamental en ocasión de conflictos acerca de la amplitud de derechos y obligaciones de un órgano federal supremo, o de otras partes intervinientes, cuando la propia Constitución o el reglamento interno de algún órgano federal les confiere derechos propios (art. 93, ap. 1, núm. 1, LF; parágrs. 13, núm. 5, 63 y sigs. LTCF —los llamados «conflictos interorgánicos»—) (12). El proceso de formación de decisiones de los supremos órganos federales se encuentra exhaustivamente normativizado por las atribuciones de competencia contenida en la Ley Fundamental y en las disposiciones constitucionales materiales. Tanto la coope-

(10) Resoluciones TCF = Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal, tomos 1 a 47.

(11) WALTER LEISSNER: *Der Bund-Länderstreit vor dem Bundesverfassungsgericht*, en «ed. hom. TCF», primero tomo, págs. 260 y sigs.

(12) DIETER LORENZ: *Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht*, en «ed. hom. TCF», primer tomo, págs. 225 y sigs.

ración entre los órganos federales supremos, cuanto la delimitación de sus respectivas esferas de decisión, están sujetas a reglas jurídicas por cuya observancia debe velar el Tribunal Constitucional Federal. Debe observarse aquí que el Tribunal Constitucional Federal ha reconocido también a los partidos políticos como partes procesalmente admisibles en los conflictos interórganos, legitimados para reclamar por vía de querrela orgánica contra toda lesión de su *status* jurídico constitucionalmente establecido (resoluciones TCF 20, 18 [22] con otras referencias).

Con motivo de querrelas orgánicas se han producido importantes resoluciones del Tribunal Constitucional Federal: por ejemplo, las concernientes a las fianzas de los partidos y a la restitución de costos de las campañas electorales (confróntese resoluciones TCF 20,119; 20, 134; 24, 300), a las actividades públicas del Gobierno federal durante la campaña electoral de 1976 (resoluciones TCF 44,125), a las atribuciones de emergencia concedidas al Ministro Federal de Finanzas por el artículo 112 LF en los casos de violaciones presupuestarias (resoluciones TCF 45, 1).

c) Por último, corresponde al Tribunal Constitucional Federal decidir también en otros tipos de conflictos de derecho público entre la Federación y los *Länder*, entre varios *Länder* o los surgidos en el interior de alguno de estos últimos, en la medida en que no se encuentre disponible otra vía jurídica (art. 93, ap. 1, núm. 4, LF; parágrs. 13, núm. 8, 71 y sigs. LTCF).

2. Otra importante garantía de preservación del orden constitucional es la atribución conferida al Tribunal Constitucional Federal de declarar con efectos *erga omnes*, la nulidad de normas inconstitucionales. Este objetivo está servido principalmente por el control normativo y, en medida más restringida, también por la acción de amparo. En el proceso del control normativo (13), una disposición jurídica de menor nivel es examinada a la luz de una norma de mayor rango, para decidir acerca de la validez de la primera. Cuando se afirma que el control normativo corresponde al Tribunal Constitucional Federal, ello no es del todo exacto. La comprobación de si una disposición jurídica es compatible con una norma de mayor rango, corresponde a todo juez que haya de aplicar una ley. Solamente le está reservada al Tribunal Constitucional Federal (o al Tribunal Constitucional de un *Land*, en cuanto se trate de compatibilizar normas con el derecho constitucional interno) la atribución de declarar nula una norma. Esto ha sido

(13) Véanse las detalladas explicaciones a los párrafos 76 y sigs. y párrafos 80 y sigs. de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (LTCF), en MAUNZ-SCHMIDT - BLEIBTREU - KLEIN - ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, Munich, actualizado a 1978.

dispuesto así con el fin de asegurar la coherencia del orden jurídico y la defensa de la actividad legislativa.

La distinción, usual en la República Federal de Alemania, entre control normativo «abstracto» y «concreto», jurídicamente no muy precisa, establece una diferencia entre quiénes están facultados para plantear la cuestión de constitucionalidad.

Cuando existan discrepancias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal o material del derecho federal o del derecho de un *Land* con la Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho de un *Land* con otro tipo de derecho federal, el artículo 93, apartado 1, núm. 2, LF y los párrafos 13, núm. 6, 76 y sigs. LTCF acuerdan el derecho de requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal, a solicitud del Gobierno federal, del Gobierno de un *Land* o de un tercio de los miembros del *Bundestag* (Congreso). Esto constituye el denominado control normativo abstracto (14).

Cierto es que tales solicitudes fueron escasas. Así y todo, en tales procedimientos el Tribunal Constitucional Federal emitió resoluciones de amplias consecuencias, tales como las referentes a la actividad de las radioemisoras (resoluciones TCF 31, 314), al Tratado Fundamental con la República Democrática Alemana (resoluciones TCF 36, 1) y a la interrupción del embargo (resoluciones TCF 31, 1).

Pero es en la aplicación de la ley por los juzgados y tribunales donde surgen principalmente las dudas sobre la constitucionalidad de las leyes. Cuando un tribunal considera que una ley dictada con posterioridad a la Ley Fundamental, y de cuya validez dependa el fallo, es contraria a la Constitución, debe adoptar el procedimiento estatuido por el artículo 100, apartado 1, LF, y los párrafos 13, núm. 11, 80 y sigs. de la LTCF, que mandan suspender el trámite de la causa y requerir la resolución del Tribunal Constitucional Federal. Esto lleva al procedimiento de control normativo concreto (15). Hasta fines de 1977 se han ventilado ante el Tribunal Constitucional Federal un total de 1.640 causas de control normativo. Numerosas resoluciones de importancia han sido dictadas a requerimiento de juzgados y tribunales, tales como las referidas a la constitucionalidad de la pena privativa de libertad a perpetuidad (resolución TCF 45, 187) o a la educación sexual en las escuelas (resolución TCF 47, 46).

(14) HARTMUT SÖHN: *Die abstrakte Normenkontrolle*, en «ed. hom. TCF», primer tomo, págs. 292 y sigs.

(15) KARL AUGUST BETTERMANN: *Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen*, en «ed. hom. TCF», primer tomo, págs. 323 y sigs.

3. En el recurso de amparo constitucional o *Verfassungsbeschwerde* (16) prevale, sin embargo, el punto de vista de la protección de los derechos individuales. Pero al mismo tiempo fue factor determinante la idea según la cual todos los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la federación y de los *Länder* estuviesen sometidos a un supremo y único control jurisdiccional que supervisase su «adecuación a la Constitución». De ahí que el recurso de amparo también contribuya, en no escasa medida, a la defensa objetiva de la Constitución. Los ciudadanos, a título personal, han hecho amplio uso de este remedio jurídico: hasta fines de 1977 han sido presentados ante el Tribunal Constitucional Federal más de 36.000 recursos de amparo, de los cuales solamente unos 400 (el 1,11 por 100) obtuvieron resolución favorable.

Aunque estas tres clases de procedimientos persiguen primariamente objetivos muy diversos, pueden, sin embargo, ser comprendidos desde un punto de vista superior común: el de la defensa de la Constitución. Para hacer efectiva esta función específica, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal poseen fuerza obligatoria general. Ellas obligan a los órganos constitucionales de la federación y de los *Länder*, así como a todos los tribunales y autoridades (parágr. 31, ap. 1, LTCF). Además, ciertas resoluciones que se dictan sobre todo en el proceso de control normativo poseen incluso fuerza de ley (parágr. 31, ap. 2, LTCF). Ellas poseen, pues, una eficacia mucho más amplia que las sentencias de los demás tribunales.

4. También le han sido conferidas al Tribunal Constitucional Federal atribuciones en defensa del Estado y de su ordenamiento básico, las que ofrecen puntos de contacto con la defensa ejecutiva de la Constitución.

a) Según el artículo 21, apartado 2, LF, párrafos 13, núm. 2, 43 y siguientes LTCF, el Tribunal Constitucional Federal puede declarar anticonstitucionales y prohibir partidos políticos que, teniendo en cuenta sus objetivos o la conducta de sus adherentes, procuren lesionar o destruir el ordenamiento libre y democrático fundamental. Esta atribución está reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional Federal. Hasta ahora han tenido lugar dos procesos de prohibición de partidos políticos, iniciados simultáneamente: uno, contra el Partido Socialista del Reich (*Sozialistische Reichspartei*), de extrema derecha (resoluciones del TCF 2, 1), y otro, contra el Partido Comunista de Alemania (*KPD*) (resoluciones del TCF 5, 85).

b) Por otra parte, según el artículo 18 LF, párrafos 13, núm. 1, 36

(16) Para más detalles, véase INGO VON MÜNCH: *Die Verfassungsbeschwerde als Instrument des Rechts und der Politik*, en esta misma REVISTA.

y sigs. LTCF, a instancia del *Bundestag*, del Gobierno Federal y del Gobierno de alguno de los *Länder*, el Tribunal Constitucional Federal puede asimismo disponer la pérdida o suspensión de determinados derechos fundamentales para aquellas personas que abusan de ellos en su lucha contra la libertad y la democracia (por ejemplo, la libertad de opinión o de expresión, la libertad de enseñar, la libertad de prensa, y análogas). Hasta ahora sólo se han iniciado dos procesos de esta índole.

Mencionemos aún, para completar la información, que los jueces federales y los jueces de los *Länder* que, en el ejercicio de sus funciones o fuera de ellas, atenten contra los principios de la Constitución o contra el orden constitucional de un *Land* (art. 98, aps. 2 y 5, LF) pueden ser sometidos a juicio de responsabilidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Lo mismo vale incluso para el presidente federal (art. 61 LF), cuando sea acusado por el *Bundestag* o por el *Bundesrat* de atentar dolosamente contra la Ley Fundamental (u otra ley federal). Hasta ahora no se han dado esos casos en la práctica.

III

El Tribunal Constitucional Federal ha sido llamado el guardián de la Constitución (17). Cuando observamos el amplio abanico de sus atribuciones, se plantea la pregunta de si esta forma de defensa constitucional por manos de la justicia es adecuada y suficiente para alejar los peligros que pueda correr la Constitución, y si está en condiciones de brindar una garantía jurídica confiable aún ante graves amenazas para la misma.

1. Hemos de tener en cuenta para ello, ante todo, las siguientes peculiaridades de la jurisdicción constitucional:

La actividad de los tribunales constitucionales —también la del Tribunal Constitucional Federal— no consiste en legislar ni en administrar, sino en juzgar (18). Incluso cuando el pronunciamiento del tribunal posea fuerza de

(17) Para el tema del «guardián de la Constitución», véase CARL SCHMITT: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung?*, en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, edición en homenaje de las Facultades de Derecho para el 50 aniversario del Tribunal del Reich (*Reichsgericht*), Berlín y Leipzig, 1929, tomo 1, págs. 154 y sigs., y HANS KELSEN: *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Berlín-Grunewald, 1931.

(18) Véase ERNST FRIESENHAHN: *Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna el 19 de enero de 1954, impresa en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n. e., tomo 73, cuaderno 2, págs. 129 y sigs.

ley, tratase de un acto de jurisdicción y no de un acto legislativo. De esto surgen límites inmanentes para toda actividad jurisdiccional de ámbito constitucional. Sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional escrita o no escrita. Con esto se toca un punto neurálgico de la jurisdicción constitucional. Tanto en el pasado como en el presente se ha reprochado a menudo a los tribunales constitucionales que sus sentencias sean decisiones políticas (19). Sin embargo, éstas no le competen al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no es una instancia política. Si se convirtiera en una instancia política cuyas decisiones respondiesen a razones de conveniencia política, ello significaría el fin de la jurisdicción constitucional. Por significativas que sean las consecuencias políticas de sus fallos, las decisiones del Tribunal Constitucional son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política. El primer presidente del Tribunal Constitucional Federal, Höpker Aschoff, expresó esto alguna vez con las siguientes palabras: «No es tarea del Tribunal Constitucional Federal la de decidir sobre las luchas políticas, sino tan sólo la de controlar que en dichas luchas se respeten las normas de la Ley Fundamental, obligatorias para todos y que posibilitan el orden del conjunto». «... También los jueces del Tribunal Constitucional Federal son servidores del Derecho y están obligados a acatar las leyes» (20).

Claro es que la materia política no está, en principio, exenta de toda regulación normativa. Sólo se habrán alcanzado las fronteras de la jurisdicción constitucional allí donde falte la regulación jurídica, allí donde el juez constitucional, sin respaldo en la Constitución, tuviese que decidir libremente y con ello crear derecho por sí mismo, en lugar de interpretar una norma que le ha sido dada (21). En otras palabras: los límites de la jurisdicción constitucional están allí donde comienza el libre ámbito de decisión política del legislador o del Gobierno. Va de suyo que estos límites resultan fluidos y a veces difíciles de reconocer. De ahí que corresponda al Tribunal Constitucional la responsabilidad de sopesar cuidadosamente y actuar con restrictiva prudencia, pues el principio de eficacia estatal requiere que no se pongan

(19) JANS-JOCHEN VOGEL, DÖV, 1978, págs. 665 [666], observa el peligro de un «paulatino, pero perceptible desplazamiento de los límites entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional Federal, en perjuicio del primero».

(20) Discurso en la inauguración del Tribunal Constitucional Federal el 28 de septiembre de 1951, en *Das Bundesverfassungsgericht*, editado por el Tribunal Constitucional Federal, Karlsruhe, 1963, págs. 1-2 y pág. 3.

(21) Véase JOSEF WINTRICH: *Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, homenaje a Hans Nawiaski, Munich, 1956, págs. 191 [200 y sig.].

trabas a la libre actuación de legisladores y gobernantes dentro del espacio político discrecional que les pertenece.

La interpretación de la Constitución y la fijación de su sentido son las tareas específicas de todo Tribunal Constitucional. Ello incluye también, necesariamente, un elemento creador de derecho, que por lo demás es propio de la esencia de toda actividad jurisdiccional. También la Constitución se encuentra sometida al cambio. El Tribunal Constitucional está llamado, en el más alto grado, a participar, con sus decisiones jurisdiccionales, en la evolución de la Constitución. Ese componente de creación jurídica posee un significado muy especial para la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ya que numerosas cláusulas constitucionales poseen solamente un carácter programático o direccional que debe ser concretizado a través de la doctrina jurisprudencial de los tribunales constitucionales (22).

2. La situación del Tribunal Constitucional Federal como un auténtico tribunal de justicia, el carácter de sus decisiones como auténticos actos de reconocimiento intelectual del Derecho y la estructuración del procedimiento ante la jurisdicción constitucional como un verdadero procedimiento tribunalicio, son hechos que comportan algunas dificultades concernientes a la efectividad de la defensa constitucional y que no deben ser ignoradas, tales como:

a) Al ser un tribunal de justicia, el Tribunal Constitucional Federal nunca puede actuar por su propia iniciativa cuando se encuentra amenazada la Constitución. Tal posibilidad no ha sido contemplada en la Ley Fundamental ni en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Existe, sí, la ordenanza o mandato provisional que el Tribunal Constitucional puede dictar de oficio, sin que le anteceda la correspondiente solicitud de una de las partes en el proceso o de algún otro interviniente en el mismo. La ordenanza (*einstweilige Anordnung*) no constituye, sin embargo, un instrumento idóneo para poner en marcha una efectiva defensa constitucional fuera de un proceso pendiente o próximo a ser iniciado (23). Según las disposiciones procedimentales de la LTCE, dicha ordenanza sólo puede ser dictada en el contexto de un proceso principal ya iniciado o al menos próximo a iniciarse, ya se trate de un caso contencioso de índole constitucional, de un proceso de control normativo, de un recurso de amparo constitucional o de un proceso de pri-

(22) Véase JOSEF WINTRICH: *Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung*, en *Verfassung und Verwaltung*, homenaje a Lafort, Munich, 1952, págs. 227 y sigs.

(23) Véase HANS-UWE ERICHSEN: *Die einstweilige Anordnung*, en «ed. hom. TCF», primer tomo, pág. 170.

vacación de derechos. No posee existencia autónoma; además, en todo caso sólo puede ser emitida con una validez temporal muy limitada, o sea, por tres meses (aunque con la posibilidad de su ampliación). No constituye, pues, un medio idóneo que permita convertir al Tribunal Constitucional Federal en un guardián de la Constitución que pueda entrar en acción aún sin que sea estimulado desde fuera. En esto se distinguen muy sustancialmente las atribuciones del Tribunal Constitucional de las posibilidades de intervención concedidas a una instancia política, la cual puede, en caso de peligro para la Constitución, ponerse en funcionamiento por propia iniciativa.

b) Otra dificultad reside en la lentitud del proceso judicial. Igual que en todo otro proceso judicial, también en el juicio entablado ante el Tribunal Constitucional Federal deben ser cumplidas determinadas reglas de procedimiento. Es necesario escuchar a las partes, en la mayoría de los casos órganos constitucionales; para dar intervención a las partes hay que fijar plazos, los cuales a menudo han de ser calculados con mucha generosidad en atención a los procedimientos y la organización internos de los ministerios; hay que requerir dictámenes periciales; en caso necesario debe tener lugar una audiencia oral, la que ha de ser minuciosamente preparada. Todo esto requiere tiempo. Agréguese a ello que el Tribunal Constitucional Federal, desde que comenzó a funcionar, estuvo por demás recargado de trabajo, lo que lleva a la dilación de los procesos. Como consecuencia de todo ello, el juicio de jurisdicción constitucional demanda un tiempo considerable que tal vez afecte de forma sustancial la eficacia de la defensa constitucional. El proceso de prohibición contra el Partido Comunista de Alemania (KPD), por ejemplo, duró desde 1951 hasta 1956. La querrela fue presentada el 22 de noviembre de 1951 y la sentencia fue dictada el 17 de agosto de 1956.

c) Solamente se hace posible una eficaz defensa de la Constitución cuando las decisiones del Tribunal Constitucional Federal son también efectivamente cumplidas. Ciertamente es que el propio Tribunal ejerce asimismo la ejecución de sus resoluciones, según lo prescribe el parágrafo 35 LTCF. El puede disponer a quién le corresponde ejecutar sus decisiones y reglar en cada caso la clase y el modo de la ejecución. Por consiguiente, puede ordenar la adopción de todas aquellas medidas que sean necesarias para imponer sus decisiones. Sin embargo, no dispone de medios propios de poder. Sólo puede encomendar a otras instituciones (Gobierno federal, gobiernos de los *Länder*, ministerios o autoridades) esas medidas de ejecución. Hasta ahora no se han presentado dificultades en este sentido. Téngase en cuenta, por lo demás, que los mandatos de ejecución emanados del Tribunal Constitucional se han ceñido siempre a límites muy estrechos y que no han suscitado nunca problemas serios (por ejemplo, fijación de un término para la convocatoria de un

acto electoral o un plebiscito, resoluciones TCF 1, 65; mandato al ministro del Interior para que ejecute una sentencia impeditiva, resoluciones TCF 2, 1 [77, 79]; 5, 85 [392 y sigts.]; suspensión de una consulta popular, resoluciones TCF 8, 42 [47]; prohibición de dar inmediato cumplimiento a medidas de expulsión, resoluciones TCF 35, 382 [383, 408]). No obstante, existen últimamente indicios de que disminuye la buena disposición a someterse lealmente al pronunciamiento del Tribunal. El Tribunal Constitucional Federal ha expresado, en relación con el problema de la ejecutoriedad, lo siguiente: «Dado que un Tribunal Constitucional solamente puede decidir conforme a Derecho, pero no puede poner en movimiento los medios de poder necesarios para obtener el cumplimiento de sus resoluciones, toda jurisdicción constitucional se funda sobre el supuesto de que las resoluciones del Tribunal sean acatadas» (resoluciones TCF, 79 [89]).

IV

Hay que tener presentes estas peculiaridades de la jurisdicción constitucional cuando se trate de responder a la pregunta de si el Tribunal Constitucional Federal, con las atribuciones anteriormente descritas, está en condiciones de aventar los peligros que amenacen a la Constitución y de proveer a la defensa que ella necesita.

Aquí aún hace falta analizar cuál es o puede ser la índole de dichos peligros. Podemos distinguir dos clases de peligros:

1. Peligros que resultan del carácter y de la estructura de la propia Constitución.
2. Peligros provenientes de los enemigos de la Constitución, resultantes de la situación política en la cual se encuentra el Estado.

Se ha hablado de peligros para la Constitución, condicionados por factores estructurales y por factores coyunturales (24).

1. Los siguientes ejemplos ilustrarán el significado que se asigna a los peligros condicionados por factores estructurales:

a) La República Federal de Alemania es una entidad estatal federalista; se compone de un Estado central y de cierto número de Estados miembros. Es de la esencia de una organización estatal federativa como la mencionada, que puedan surgir entre el Estado central y los Estados miembros, o

(24) Véase ERNST RUDOLF HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte 1789*, tomo 1, pág. 619.

de éstos entre sí, tensiones susceptibles de desembocar en conflictos. La posibilidad de tales conflictos intrafederales encuentra su fundamento en la naturaleza del propio Estado federal, y de ello pueden derivarse peligros para la Constitución en la medida en que ésta sea violada por el Estado central o por los Estados miembros. Es tarea de la jurisdicción constitucional, dentro de un Estado federativamente configurado, la de superar esos peligros y prevenir las crisis.

b) Igualmente reside en la naturaleza de toda organización estatal la posibilidad de que surjan conflictos entre los máximos órganos del Estado, por ejemplo, en lo atinente a las atribuciones que les han sido conferidas por la Constitución (funciones legislativas o necesidad de consentimiento para ciertas leyes, entre otras). También de esto pueden surgir peligros para la Constitución: existe la posibilidad de que un órgano viole la Constitución en detrimento de otro.

c) Finalmente, está también fundado en la esencia de todo Estado el peligro de que los derechos del individuo sean afectados por órganos estatales en forma anticonstitucional.

2. El otro conjunto de peligros comprende todos aquellos que emanan de los enemigos de la Constitución, esto es, de fuerzas políticas que intentan socavar y destruir a la Constitución desde dentro. Para un Estado de Derecho en libertad y democracia como lo es la República Federal de Alemania, pueden emerger peligros provenientes de fuerzas extremas con variadas direcciones.

3. La necesaria defensa de la Constitución también puede ser considerada desde otro punto de vista. Podemos distinguir entre la defensa de la Constitución en situaciones normales y en épocas de crisis. Es posible examinar si la jurisdicción constitucional resulta apta para asegurar la defensa de la Constitución en ambos casos.

V

En lo referente a los denominados peligros estructurales, y tras una experiencia de más de veinticinco años de jurisdicción constitucional en la República Federal, la cuestión acerca de si ella brinda una suficiente defensa de la Constitución tiene que ser respondida afirmativamente, al menos para las situaciones normales. Las tres facultades del Tribunal Constitucional Federal (su competencia para decidir controversias constitucionales en sen-

tido estricto, el control normativo y los recursos de índole constitucional) se han evidenciado, a mi entender, plenamente eficaces para remover los trastornos derivados de la propia estructura de un Estado de Derecho social, libre y democrático. En los últimos años, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho desaparecer en muchos casos, con sus pronunciamientos judiciales, cuestiones litigiosas que envenenaban la vida pública. En más de un aspecto, su acción ha sido integradora y pacificadora. Citaremos los siguientes ejemplos: la igualdad jurídica del hombre y de la mujer (25), la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales (26), la expresión concreta de las libertades de opinión y de prensa (27), la libre elección profesional y los numerosos problemas derivados de la misma (28), la igualdad de oportunidades para los partidos (29), el derecho a ser oído en justicia (30), el principio del juez natural o legal (31) y otros más. Con una de sus decisiones de mayor alcance político, la ya antes mencionada sentencia sobre la televisión del año 1961 (32), se ha dado rango constitucional al principio de la pluralidad en las empresas radiodifusoras, y con ello —podemos afirmarlo sin riesgo de exageración— se ha rendido un importante servicio a la democracia.

Me atrevo a avanzar un paso más y otorgar mi respuesta afirmativa también para las situaciones críticas. Cabe reconocer, sin embargo, que hasta ahora casi no se han producido en la República Federal de Alemania crisis constitucionales serias. De ahí que todavía falte una verdadera prueba crucial que verifique los efectos de la jurisdicción constitucional en tales casos. Así y todo, desde la creación del Tribunal Constitucional Federal se han producido algunas situaciones que pueden ser calificadas como críticas. Permítaseme escoger estas dos:

1.ª La controversia en torno del denominado *EVG-Vertrag* (creación de

(25) Véanse, entre otras, resoluciones TCF 3, 225; 6, 55; 10, 59; 15, 337; 17, 1; 21, 329; 26, 265; 37, 217.

(26) Resoluciones TCF 8, 210; 17, 280; 22, 163; 25, 167; 26, 206.

(27) Véanse, entre otras, resoluciones TCF 7, 198; 20, 162; 28, 191; 30, 336; 33, 1; 42, 133; 42, 163.

(28) Por ejemplo, resoluciones TCF 7, 377; 11, 30; 13, 97; 19, 330; 21, 261; 21, 173; 25, 236; 33, 125.

(29) Resoluciones TCF 1, 208; 3, 383; 6, 273; 7, 99; 8, 51; 14, 121; 20, 56; 20, 119; 21, 196; 24, 300.

(30) Cfr. las numerosas decisiones del Tribunal Constitucional Federal citadas en LEIBHOLZ-RINCK: *Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia, 1975, nota 1-17d al artículo 103 de la Ley Fundamental.

(31) Resoluciones TCF 17, 294; 18, 65; 18, 344; 19, 52; 20, 336; 21, 139; 22, 49.

(32) Resoluciones TCF 12, 205.

una Comunidad Europea de Defensa) en los años 1952-53. Este tratado preveía la formación de fuerzas militares integradas, para la defensa de los Estados signatarios, en las cuales habría de participar también la República Federal de Alemania. Esto implicaba el rearme alemán. Con ese motivo surgió una enérgica controversia entre el Gobierno y la oposición. En resumidas cuentas, la oposición sostenía que no era admisible el rearme sin una reforma de la Constitución, mientras que el Gobierno federal invocaba el derecho inherente a todo Estado de defenderse. El Tribunal Constitucional Federal se vio también arrastrado al centro de esta controversia altamente política y muy explosiva. En primer término, 144 diputados federales de la oposición (Partido Socialdemócrata de Alemania) interpusieron ante el Tribunal Constitucional Federal (Sala primera) una querrela preventiva de control normativo contra la ratificación legislativa de dichos tratados (33). Después de ello, el presidente federal requirió del pleno del Tribunal Constitucional Federal un dictamen referido a ese problema constitucional; y finalmente, por medio de una acción de conflicto constitucional, la mayoría parlamentaria (Unión Demócrata-Cristiana/Unión Social-Cristiana, Partido Liberal y Partido Alemán) intentó obtener una resolución ante la Sala segunda (34). A todo eso, la oposición anunció que presentaría una nueva solicitud de control normativo (en la cual de nuevo sería competente la Sala primera), una vez sancionadas por los cuerpos legislativos las leyes que ratificasen aquellos tratados. Es palmario que con esto se intentaba —utilizando la diversidad de Salas competentes— instrumentar al Tribunal para un oscuro juego político. A ello se opuso el pleno del Tribunal Constitucional Federal, resolviendo el 8 de diciembre de 1952 que los dictámenes del pleno acerca de determinadas cuestiones de índole constitucional serían vinculantes para ambas Salas del Tribunal, cuando se tratase de procesos declarativos (35). Esta resolución, que no podía invocar en su apoyo ningún fundamento legal positivo y que constituía un acto de libre creación jurisprudencial, fue enérgicamente atacada, en especial por el Gobierno federal entonces existente. Refiriéndose a ella, dijo el ministro federal de Justicia, Thomas Dehler: «El Tribunal Constitucional Federal se ha desviado en forma alarmante del camino del derecho y ha originado con ello una verdadera crisis.» También el canciller federal Adenauer declaró que la resolución era errónea. Sin embargo, esta situación crítica pudo ser superada. El presidente federal retiró su solicitud de dictamen. En 1953 los partidos gobernantes obtuvieron la ma-

(33) La demanda fue declarada inadmisibile: resoluciones TCF 1, 397.

(34) Las demandas fueron declaradas inadmisibles: resoluciones TCF 2, 143.

(35) Resoluciones TCF 2, 79.

yoría de los dos tercios en el *Bundestag* y pudieron así imponer una reforma de la Ley Fundamental que posibilitó la creación de la *Bundeswehr* (Fuerzas Armadas federales). La cuestión acerca de la constitucionalidad del *Tratado EVF* perdió más tarde su sentido, cuando Francia rehusó incorporarse al mismo.

2.^a También surgió una difícil situación para el Tribunal Constitucional Federal en el verano de 1973, con motivo del proceso de control normativo referente al Tratado Fundamental entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana. Durante este proceso, parecía por momentos que se estaba maniobrando con el Tribunal de una manera que menoscababa su autoridad; y también por momentos parecía que el Tribunal toleraba ese manejo en una medida mayor de la que pudiese ser compatible con su prestigio. Pero también aquí, en última instancia, pudo imponerse el Tribunal y fortalecer su posición (36).

En todo esto no hay que olvidar, por lo demás, que se trataba de controversias entre fuerzas políticas que comparten la plataforma común de un orden libre y democrático fundamental.

VI

Más difícil resulta evaluar la cuestión acerca de la eficacia que demostraría la jurisdicción constitucional cuando se tratase de repeler maniobras provenientes de los enemigos de la Constitución. Séame permitido insistir una vez más en los dos modos de proceder encaminados principalmente a luchar contra las fuerzas anticonstitucionales.

1. El proceso de prohibición de partidos, según el artículo 21, apartado 2, de la Ley Fundamental (37).

Para que se comprenda este proceso es preciso señalar lo siguiente:

Los constituyentes encontraron aquí esta dificultad: por un lado, tratábase de garantizar lo más ampliamente posible en la Ley Fundamental la libertad de los partidos, en su condición de factores esenciales de la vida política; por el otro lado, empero, había que proteger el orden fundamental de libertad y democracia contra partidos contrarios a la Constitución. Los constituyentes procuraron superar esta antinomia otorgando, de una parte,

(36) Véanse resoluciones TCF 36, 1.

(37) Véase MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Grundgesetz, Kommentar*, Munich, actualización al mes de junio de 1978, artículo 21, números marginales 99 a 132.

determinadas garantías constitucionales a los partidos políticos, y de la otra, creando la posibilidad de prohibir los partidos que se dedicasen a actividades anticonstitucionales. La competencia para decidir sobre la anticonstitucionalidad de un partido fue reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional Federal. El artículo 21 de la Ley Fundamental protege, pues, a los partidos de la intervención por parte de las autoridades administrativas. Como consecuencia de este llamado «privilegio de los partidos», las agrupaciones políticas enemigas de la democracia sólo pueden ser prohibidas por el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia de lo que ocurre con todas las demás asociaciones. Este monopolio prohibicionista del Tribunal Constitucional Federal tenía como finalidad la de ofrecer las necesarias garantías para que no pudiesen ser dispuestas prohibiciones abusivas de partidos. De ahí que la posición de los partidos contrarios al Estado se encuentre garantizada por la Ley Fundamental en una medida mucho mayor que la vigente en Estados cuyas Constituciones no reconocen un proceso formal encaminado a prohibirlos. Sólo mediante el fallo del Tribunal puede ser excluido un partido de la vida política. Hasta ese momento puede continuar sin restricciones su actividad dentro del marco de las leyes generales. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, no está tampoco permitido impedir *de facto* el accionar de los partidos, eludiendo el artículo 21, apartado 2, de la Ley Fundamental y el procedimiento allí previsto (por ejemplo, persiguiendo a sus funcionarios).

Como ya hemos dicho anteriormente, hasta ahora solamente han tenido lugar ante el Tribunal Constitucional Federal dos procesos de prohibición de partidos. Ambas demandas fueron entabladas ya en el año 1951, es decir, inmediatamente después de creado el Tribunal Constitucional Federal, y ambos procesos finalizaron con la comprobación de la anticonstitucionalidad de los partidos afectados. Desde entonces no se han entablado nuevos procesos de esa índole.

Se ha discutido la conveniencia y la eficacia del proceso de prohibición de partidos. Se alega que podría ser contraproducente arrojar a un partido anticonstitucional en la ilegalidad, y que sería más efectivo combatirlo con medidas políticas (38).

2. Otro procedimiento acusatorio para la protección del orden constitucional, el del artículo 18 de la Ley Fundamental, está muy discutido en su

(38) ABENDROTH-RIDDER-SCHÖNFELDT (editores): *KPD-Verbot oder mit Kommunisten leben?*, Hamburgo, 1968. Para este tema, cfr. también HERBERT BERNSTEIN-KONRAD ZWEIGERT: *Die Rehabilitierung einer aufgelösten Partei*, Recht und Staat, cuaderno 408-409, Tubinga, 1972.

aplicación y en sus efectos, y no ha sido hasta ahora casi utilizado. En los veintisiete años de experiencia del Tribunal Constitucional Federal se han registrado solamente dos de estos procesos. Ambos finalizaron con el rechazo de la pretensión deducida por el Gobierno federal, tendente a privar a determinadas personas, por un lapso que fijaría el Tribunal Constitucional Federal según el artículo 18 LF, de ciertos derechos fundamentales, como los de la libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de reunión y de asociación.

En uno de los casos tratábase del presidente del Partido Socialista del Reich (*Sozialistische Reichspartei*), agrupación de extrema derecha que había sido declarada anticonstitucional conforme al artículo 21, apartado 2, LF. Ese señor se había retirado completamente de la vida política tras la disolución de su partido. En tales condiciones, el Tribunal Constitucional Federal no consideró suficientemente fundada la demanda al momento de interponerse la misma (resoluciones TCF 11, 282).

En el otro caso se trataba de un periodista y de una empresa editora de periódicos, a quienes se acusaba de haber efectuado publicaciones de contenido nacionalsocialista, antisemita y racista dentro del país y fuera de él. También esta demanda fue considerada carente de suficientes fundamentos. Estimóse que no existía en el caso ningún peligro serio para la subsistencia del orden libre y democrático fundamental (resoluciones TCF 38, 23). Según el artículo 18 LF, la peligrosidad con vistas al futuro es decisiva para que pueda iniciarse la acción.

Por lo demás, este procedimiento suscita numerosas y difíciles cuestiones jurídicas, aún no aclaradas, respecto de su aplicación, así como de los efectos de eventuales sentencias condenatorias. Creemos que la aplicabilidad del artículo 18 LF va a ser también en lo futuro muy restringida (39).

3. Es posible que los mencionados instrumentos puestos a disposición del Tribunal Constitucional Federal sean suficientes para repeler ataques de enemigos de la Constitución en situaciones normales. Surgen dudas, empero, sobre la eficacia de dichos medios defensivos en casos seriamente críticos.

Esas dudas se ven reforzadas si echamos una mirada a la historia de la jurisdicción constitucional alemana. Da pábulo a la reflexión la experiencia de 1933, cuando se produjo la transformación de una democracia en una

(39) WALTER SEUFFERT: *Zum Verfahren nach Artikel 18 GG*, en *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, homenaje a Willi Geiger, Tubinga, 1974, páginas 797 y sigs.

dictadura a través de procedimientos formalmente legales propios de esa democracia, es decir, con ayuda de una ley de autorización (*Ermächtigungsgesetz*). Recuérdense que existió también en la República de Weimar una jurisdicción de índole constitucional; había un Tribunal de Estado para el *Reich* alemán, vinculado con el *Tribunal del Reich* de Leipzig, por más que no poseyese tan amplias facultades como las que hoy tiene el Tribunal Constitucional Federal. Ese Tribunal de Estado fue interpelado repetidas veces, de cara a los sucesos que, en definitiva, conducirían al derrumbamiento de la República de Weimar. El más famoso de los procesos constitucionales de aquella época fue un conflicto constitucional entre el *Land* de Prusia y el *Reich* en el año 1932 (40). El canciller Von Papen había conseguido que el presidente del *Reich* firmara una disposición de emergencia, a tenor del artículo 48 de la Constitución de Weimar, según la cual quedaba depuesto el Gobierno prusiano de Braun/Severing y era reemplazado por un interventor del *Reich* (*Reichskommissar*) en Prusia. Esta última, representada por su anterior Gobierno, elevó contra esa medida una queja ante el Tribunal de Estado. Después de un voluminoso proceso se dictó finalmente un fallo salomónico, que exteriormente daba en cierto modo la razón a ambas partes, pero que en realidad confirmaba la intervención del poder del *Reich*. El Tribunal de Estado reconocía que la disposición presidencial poseía validez jurídica, de conformidad con la Constitución, es decir, que el envío del interventor del *Reich* estaba acorde con la Constitución, pero que también los anteriores ministros prusianos gozaban aún de algunos derechos, por ejemplo, el de emitir su voto en la Cámara alta (*Reichsrat*), lo cual, sin embargo, significaba bien poca cosa. De todos modos, este fallo no pudo detener el fatal curso de los acontecimientos. Aún en febrero de 1933, cuando la toma del poder por Hitler ya estaba en plena marcha, interpuso Prusia una nueva queja contra el *Reich* ante el Tribunal de Estado. Es que el 5 de febrero de 1933 Hitler se había hecho otorgar por el presidente del *Reich* otra disposición de emergencia, mediante la cual, entre otras medidas, se privaba definitivamente al gabinete prusiano de todas sus funciones. También contra esto volvió a elevar Prusia su queja ante el Tribunal de Estado, pero todos los esfuerzos del gabinete prusiano, tendente a lograr un fallo antes del 5 de marzo de 1933 —día de las nuevas elecciones al Parlamento—, fracasaron. Después de las elecciones, los miembros del gabinete prusiano dimisionaron de sus cargos y el proceso de queja constitucional no llegó a su término.

(40) Véase *Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, versión taquigráfica del proceso ante el Tribunal de Estado de Leipzig, del 10 al 14 y del 17 de octubre de 1932, Berlín, 1933.

4. La así ejemplificada debilidad de la jurisdicción constitucional se funda en su propia estructura. El concepto de la jurisdicción constitucional se basa en la primacía de la idea de Derecho sobre el poder del Estado. Su punto de partida es la concepción de que también la acción política se encuentra subordinada a la egregia idea del Derecho; que esta idea le traza sus obligaciones y sus límites. De ahí que entre los fundamentos de la jurisdicción constitucional se encuentre el de que las fuerzas políticas en conflicto respeten una plataforma común de convicciones básicas, expresadas en la Constitución, y los valores fundamentales allí establecidos. Sólo sobre este supuesto puede tener lugar la lucha entre las fuerzas políticas, con sujeción a las reglas de juego de una leal competencia, de la manera establecida para el caso por el procedimiento ante la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional queda descartada cuando en la realidad constitucional no se da el consenso acerca de los valores básicos de la Constitución. Globalmente considerado, el sistema de la jurisdicción constitucional sólo puede funcionar cuando las fuerzas políticas están dispuestas a someterse al fallo de los jueces y a aceptarlo lealmente (41).

VII

Resumiré como sigue los resultados de estas reflexiones:

Dentro del sistema político de la República Federal de Alemania, la jurisdicción constitucional representa un factor estabilizador y compensatorio. Verdad es que frena en cierto grado la dinámica de las fuerzas políticas, ya que el Tribunal Constitucional está sujeto por los valores básicos de la Constitución. Pero al mismo tiempo constituye la jurisdicción constitucional un instrumento idóneo para que esas fuerzas políticas queden sometidas a la Constitución. Tampoco debe perderse de vista el hecho de que la jurisdicción constitucional —a través de la concretización de los principios constitucionales— abre la posibilidad de incorporar las modificaciones de la realidad social, evitando así riesgosas acumulaciones de tensiones sociales contenidas. Precisamente es allí donde reside también una importante función referida a la defensa de la Constitución. La jurisdicción constitucional puede actuar como filtro compensador entre fuerzas divergentes que se mueven en el escenario social. Sin embargo, el presupuesto de su funcionamiento está dado —quisiera enfatizarlo una vez más— por el hecho de que las fuerzas

(41) Véase JOSEF WINTRICH: *Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pág. 202.

políticas rivalizantes se encuentren afirmadas sobre el terreno de las convicciones básicas expuestas en la Constitución y de los valores fundamentales allí establecidos.

En cambio, no suponemos que la jurisdicción constitucional pueda brindar una defensa eficaz contra un golpe revolucionario. En este contexto da lo mismo que las fuerzas anticonstitucionales ataquen al ordenamiento básico del Estado mediante la acción directa o lo intenten con otros medios. Si el legislador pretende imponer su voluntad, está en sus manos reformar la ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal o duplicar el número de los magistrados, colocando en los nuevos cargos a personalidades complacientes; puede también (si fuese necesario, a través de una reforma constitucional y contando con la imprescindible mayoría calificada) restringir las atribuciones del Tribunal o suprimirlo totalmente. En última instancia, sólo puede existir una eficaz defensa de la Constitución contra los ataques revolucionarios cuando todos los ciudadanos del Estado asuman su responsabilidad en la preservación del orden fundado en la libre convivencia. Esto supone, empero, que el ciudadano reconozca el valor de su Constitución y que esté dispuesto a colaborar en defensa de ella. De un ciudadano que desconozca los valores básicos de la Constitución, no comprenda el funcionamiento correlacionado de los órganos constitucionales y no se sienta comprometido con el orden fundado en la libre convivencia, no puede esperarse que en las contiendas políticas actúe a favor del mantenimiento de una Constitución libre y democrática. Cuanto mayor sea la indiferencia del ciudadano de cara a la Constitución y a los valores fundamentales que la sustentan, tanto mayor puede ser la tendencia a buscar soluciones autoritarias y a acatar consignas extremistas cuando aparezcan dificultades, crisis y futuros desafíos. Ciertamente es que la jurisdicción constitucional representa un valioso instrumento para la defensa de la Constitución; sin embargo, en razón de su propia estructura no es lo suficientemente apta para proteger el libre orden constitucional, en situaciones extremadamente críticas, contra los enemigos de ese orden. La defensa del orden constitucional, en tales situaciones, sólo está asegurada cuando la Constitución ha echado raíces en el pueblo y cuando éste la acepta con todos sus derechos y sus obligaciones. El destino político de un Estado fundado en la libertad se encuentra, en definitiva, en manos del pueblo. Un Tribunal Constitucional no puede ser él solo guardián de la Constitución, más bien tienen que ser guardianes de la Constitución todos los ciudadanos del Estado.

(Traducción de CARLOS E. HALLER.)