

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Sibylle Kessal-Wulf* (Alemania)

El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho**

RESUMEN

En este artículo se plantean cuestiones fundamentales sobre el papel del parlamento en un Estado democrático, así como su relación con el Tribunal Constitucional Alemán. En este contexto, se analiza la relación del parlamento, como órgano de decisiones políticas, con el control del Tribunal Constitucional sobre sus funciones y competencias. Igualmente, se evidencia cómo estas interrelaciones son básicas para garantizar la democracia en un Estado de derecho.

Palabras clave: justicia constitucional, Tribunal Constitucional Alemán, Estado de derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel wirft einige grundlegende Fragen zur Rolle des Parlaments im demokratischen Staat sowie über sein Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht auf. In diesem Kontext wird das Verhältnis des Parlaments, also des mit den politischen Entscheidungen betrauten Organs, zur Kontrolle seiner Funktionen und Kompetenzen durch das Verfassungsgericht analysiert. Zugleich wird dargelegt, inwiefern dieses Zusammenspiel von grundlegender Bedeutung für den Erhalt der Demokratie im Rechtsstaat ist.

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Bundesverfassungsgericht, Rechtsstaat.

* Jueza del Tribunal Constitucional Alemán, segundo Senado. Abogada de la Universidad de Kiel, Alemania, donde también terminó su doctorado. Ha publicado varios libros y artículos sobre diferentes temas constitucionales, jurídicos y éticos.
skessal-wulf@bundesverfassungsgericht.de

** Ponencia presentada en el XXIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Brasilia (Brasil), del 1 al 3 de julio de 2017.

SUMMARY

This article poses fundamental questions about the role of the parliament in a democratic State, as well as about its relationship with the German Constitutional Court. In this context, the article analyzes the relationship of the parliament, as a political decision-making body, with the Constitutional Court's review of its functions and jurisdiction. The article also shows how these interrelationships are basic for guaranteeing democracy based on the rule of law.

Key words: Constitutional justice, German Constitutional Court, rule of law.

Introducción

“El Parlamento es el centro de la democracia”. Esta sentencia constituye el eje central de una contribución de Paul Kirchhof, profesor de Derecho Público y antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal, a una publicación.¹ Su artículo incluye la siguiente afirmación:² “Las constituciones modernas regulan instituciones, procedimientos y efectos vinculantes sustantivos, con la finalidad de aprovechar al máximo el conocimiento disponible en una sociedad para el ejercicio del poder y de prevenir, en lo posible, los actos arbitrarios”.

Los efectos vinculantes sustantivos sobre el ejercicio del poder –es decir, del poder del Estado–, a los que Paul Kirchhof se refiere, se manifiestan sobre todo en los derechos humanos. Las mencionadas disposiciones institucionales y procedimentales, en cambio, deben garantizar que todas las decisiones del Estado estén sustentadas por la voluntad del pueblo. Al respecto el artículo 20, apartado 2 de nuestra Ley Fundamental (Constitución alemana) establece expresamente: “Todo poder del Estado emana del pueblo”.

Dado que la República Federal de Alemania ha adoptado el régimen de la democracia *representativa*, la generación de la voluntad política del pueblo se procesa a través de una representación electa cuyo cometido es la toma de decisiones autorresponsables. Por tanto, el Parlamento se define como el “*centro de la toma de decisiones* de la democracia”.

Sin embargo, al constituirse el Parlamento en el centro de la democracia, ¿qué lugar le corresponde a la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho, y qué funciones cumple? Este es un tema que está en debate desde los inicios de la justicia constitucional. Quienes asistieron hace dos años al encuentro de jueces constitucionales en Costa Rica recordarán el comienzo de mi ponencia de aquel entonces: “*Gouvernement des juges* – el gobierno de los jueces”.

¹ Paul Kirchhof, “Das Parlament als Mitte der Demokratie”, en Peter M. Huber, Mucharl Brenner y Markus Möstl (eds.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2004, pp. 237 ss.

² *Ibid.*, p. 240 (n. 2).

Este fue el título de un libro³ publicado por el jurista francés Édouard Lambert en 1921, que se dedicó al análisis crítico de las tendencias observadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. La publicación trataba del control constitucional excesivo de la legislación y la función de “legislador subrogante” asumida por el tribunal constitucional en ese proceso, con el resultado –citando a [E.-W.] Böckenförde, catedrático de teoría del Estado, filósofo del derecho y antiguo juez constitucional– de una “transición del Estado parlamentario al Estado orientado por la jurisprudencia constitucional”⁴.

En este contexto, el presidente del Tribunal Constitucional Federal, Voßkuhle, habla incluso de una tensión “natural” entre la política y la justicia constitucional,⁵ y ex presidente del Parlamento alemán, Lammert, publicó un artículo periodístico⁶ en el cual acusó al Tribunal Constitucional Federal de actuar con “celo judicial excesivo” y de manifestar una “pretensión decisoria” que, a su entender, en ocasiones alcanza niveles problemáticos.

A continuación trataremos de dilucidar las siguientes preguntas: ¿Acaso (ya) no se debe entender el Parlamento como el “centro de la toma de decisiones de la democracia”, sino al Tribunal Constitucional, en tanto espacio en el que “el poder judicial actúa con confianza”? ¿Realmente se ha producido una “desparlamentarización” de la actividad legislativa bajo la “autoridad sobresaliente” del Tribunal Constitucional que define y, en última instancia, restringe el margen de acción de la política –y por ende también del Parlamento– a partir de sus interpretaciones vinculantes de la Constitución? ¿Es válida la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”, y realmente se debe temer a los jueces constitucionales por su papel de “legisladores subrogantes”? ¿Se han desplazado, por tanto, las decisiones fundamentales desde el centro de la democracia hacia otros actores?

1. La justicia constitucional

Veamos en primer lugar el papel que la Ley Fundamental alemana asigna a la justicia constitucional; sobre esta base podremos buscar una respuesta a la pregunta de cómo encontrar el camino hacia una justicia constitucional sólida y eficiente.

³ Édouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁴ E.-W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1989, pp. 61 ss.; *idem*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 402.

⁵ Con mayor detalle sobre el tema, Andreas Voßkuhle, en von Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 93 nm. 35 ss.

⁶ Cfr. Norbert Lammert, en “Lammert fordert Zurückhaltung”, *FAZ*, 10 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-lammert-fordert-zurueckhaltung-15009324.html>.

Para estar a la altura de las expectativas puestas en la justicia constitucional, esta debe cumplir las siguientes condiciones: (i) actuación “de igual a igual” con los otros órganos constitucionales; (ii) atribuciones jurídico-constitucionales claras; y (iii) una comprensión cierta de las funciones de la justicia constitucional en la estructura institucional a nivel nacional e internacional. Cabe agregar, a su vez, (iv) unas normas claramente perfiladas para el control sustantivo de la legislación aprobada por el Parlamento. Por último, (v) se debe asegurar la implementación de las decisiones del Tribunal Constitucional.

1.1. La justicia constitucional en Alemania

El Tribunal Constitucional Federal es un órgano constitucional, al igual que el Parlamento alemán (*Bundestag*), el Consejo Federal (*Bundesrat*), el Gobierno y el presidente. Este estatus refleja el hecho de que el Tribunal Constitucional debe ser efectivamente independiente para poder cumplir las funciones asignadas, y que solo de esta manera sus decisiones logran la debida aceptación. La limitación del poder estatal por un tribunal autónomo con rango constitucional, que precisamente por esta razón está en condiciones de enfrentarse a los demás órganos constitucionales “de igual a igual”, es un elemento relevante, constitutivo e imprescindible del Estado de derecho.

Sobre esta base, el relacionamiento entre los órganos constitucionales nacionales se debe caracterizar por el respeto mutuo. No obstante, algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal pueden ser objeto de críticas, sobre todo desde la política. Se trata de una consecuencia inevitable, casi lógica, del ejercicio de la función de control del Tribunal Constitucional que refleja la relación de tensión ya mencionada entre la política, por un lado, y la justicia constitucional, por el otro. Una institución como el Tribunal Constitucional Federal debe vivir con los cuestionamientos –ellos son expresión de un diálogo jurídico-constitucional crítico, aunque siempre centrado en los hechos– y reflexionar sobre ellos, cuando corresponda.

1.2. Anclas legales para el funcionamiento efectivo

El artículo 93 de la Constitución establece los cometidos del Tribunal Constitucional Federal a nivel nacional, que pueden ser resumidos en una frase: es el garante del respeto de la Ley Fundamental en la República Federal de Alemania. Así, como institución expresamente mencionada y destacada en la Ley Fundamental, vela por el cumplimiento de las normas formales y sustantivas de la Constitución.

Esto vale sobre todo para la implementación de los derechos fundamentales de los ciudadanos; uno de sus ejes lo constituye el recurso de amparo constitucional individual, un recurso a disposición de todos los ciudadanos que consideran que sus derechos fundamentales fueron vulnerados por el poder público. Este acceso al Tribunal Constitucional –según Häberle, el “camino real” entre las opciones

disponibles—,⁷ se complementa con el recurso de amparo contra disposiciones normativas, de modo que todos los ciudadanos tienen la posibilidad —si se cumplen determinados requisitos formales estrictos— de solicitar el examen jurídico-constitucional de lo actuado en el “centro de la toma de decisiones de la democracia”: el Parlamento.

El Tribunal Constitucional Federal interviene, además, en la solución de las controversias entre otros órganos constitucionales en torno a sus respectivos derechos y obligaciones (conflictos entre organismos estatales), así como en las controversias relacionadas con el funcionamiento del sistema federal; es decir, entre la federación y los estados federados, los *Länder*. Actúa, asimismo, a partir de la acción de inconstitucionalidad abstracta (a solicitud del Gobierno federal, un gobierno estatal o un cuarto de los integrantes del *Bundestag*) y la acción de inconstitucionalidad concreta (a pedido de un tribunal de instancia).

En este contexto, cabe consignar muy especialmente la importancia del derecho en general, y del derecho constitucional, más específicamente. En el moderno Estado democrático de derecho, los actos de todos los poderes del Estado deben estar *subordinados al derecho*. Esta concepción del Estado de derecho está muy marcada en la Ley Fundamental. Además, Immanuel Kant ya caracterizó de manera muy acertada la relación existente entre el derecho y la política⁸: “el derecho jamás ha de adaptarse a la política, pero la política siempre al derecho”.

En otras palabras, la sociedad debe vivir con la existencia de intereses múltiples —a veces antagónicos— y su influencia sobre la política. La tarea primordial de la Constitución y, por ende, también del Tribunal Constitucional, en tanto guardianes de la Constitución, consiste en asegurar que los grupos políticos no instrumentalicen el derecho —sobre todo, el derecho constitucional— para su respectivo beneficio.

De manera especial, las *definiciones basadas en valores inamovibles* del artículo 79, apartado 3 de la Ley Fundamental imponen límites absolutos a todos los actos del Estado. Así, los fundamentos de nuestra nación, consagrados en la llamada “cláusula de eternidad” —Estado de derecho, democracia, dignidad humana y principio federal—, no pueden ser suprimidos, ni siquiera por una enmienda constitucional.

Esto, que podríamos llamar la “domesticación” del poder (político) con la ayuda del derecho, significa que ningún intento de pasar por encima del derecho en nombre de una supuesta “falta de alternativas” —que se debería a determinadas condiciones políticas y económicas o se generaría a partir de la tan mentada “fuerza sugestiva de los hechos”—, puede ser aceptado sin oposición y debe ser resistido.

Por último, tanto la eficacia como la efectividad de la justicia constitucional están intrínsecamente relacionadas con el posicionamiento y la actitud profesional

⁷ Peter Häberle, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 45, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1997, pp. 89, 112.

⁸ Cfr. Gustav Hartenstein (ed.), *Immanuel Kant's Sämtliche Werke*, Leipzig, L. Voss, 1876, p. 311.

de los jueces constitucionales. James Madison, más adelante el cuarto presidente de Estados Unidos de América, acuñó la frase: “En los órganos colectivos jamás cesa la pasión por arrebatarse el cetro a la razón”.⁹ Estas palabras, pronunciadas por un integrante del Tribunal Constitucional Federal en el contexto del tema de esta conferencia, adquieren carácter de broma. Sin embargo, la cita –con una formulación sin duda exagerada– encierra múltiples significados, por lo que no se debía obviar. Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal y sus dos cámaras dan sobradas muestras de pasión: pasión por el derecho y la justicia. Aunque siempre antepone la razón a la pasión, y de esta forma se beneficia de la heterogeneidad y la independencia material y personal de sus integrantes.

De esta manera se fortalece la confianza duradera en la jurisprudencia constitucional, orientada exclusivamente por el derecho y libre de influencias políticas, y se asegura sobre todo la aceptación tan importante de las decisiones que ya cuenta con un sólido respaldo en la población, es decir en el “pueblo del Estado”.

En Alemania, los jueces constitucionales se eligen mediante un proceso con legitimación democrática (el *Bundestag* aporta la mitad de los votos, el *Bundesrat* la otra y el derecho de propuesta corresponde a los partidos políticos). A su vez, no pueden ser reelectos, por lo que durante su mandato pueden tomar sus decisiones con total libertad e independencia. Ellos hablan incluso de su “ingratitude debida” hacia la fuerza política que los propuso para el cargo. Al respecto hay que diferenciar con mucha precisión: sin lugar a dudas, y casi inevitablemente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal adquiere una dimensión política, porque sus decisiones se refieren a antecedentes propios de la esfera política –sin ir más lejos, los actos legislativos del Parlamento, donde la mayoría política de turno tiene un peso dominante–, y porque el impacto y los efectos de sus decisiones alcanzan dicha esfera.

Pensemos al respecto en las decisiones de nulidad legislativa, la delimitación de las competencias entre los órganos constitucionales, la protección de los derechos de las minorías parlamentarias o la interpretación y estructuración de algunos principios jurídico-constitucionales, como por ejemplo, el principio del Estado social. El derecho constitucional es, necesariamente, un “derecho político”; pero las decisiones de los jueces constitucionales no son “políticas” en el sentido de otorgar un trato preferencial a determinadas tendencias políticas.

En este contexto, la ya mencionada diversidad en la composición de las dos cámaras del Tribunal Constitucional Federal, con jueces procedentes de los tribunales federales superiores y otros integrantes (según el art. 94 de la Ley Fundamental, doctores de Derecho Público, abogados o antiguos políticos, entre otros), opera como el control de calidad más confiable de la jurisprudencia constitucional. Es el garante

⁹ James Madison, “The Federalist No. 55”, *The Federalist Papers*, 1788. Disponible en: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-55>.

de que los casos sean juzgados desde todos los ángulos imaginables y partiendo de los horizontes de experiencia profesional y personal más diversos. La permanencia en el cargo durante 12 años previene asimismo la “fossilización” de la jurisprudencia constitucional y, por ende, también de la Constitución, porque continuamente los jueces nuevos, con experiencias profesionales y personales actualizadas, pueden aportar su visión “modernizada” de los casos y sus interpretaciones jurídico-constitucionales.

1.3. La justicia constitucional en el contexto europeo

El Tribunal Constitucional Federal se ha asegurado también un lugar en el entramado institucional internacional y no ha dejado de fortalecer especialmente las competencias y potestades, y la posición del *Bundestag* alemán (es decir, el parlamento nacional) y de sus integrantes a través de sus sentencias. Tomemos el ejemplo de Europa y el proceso de integración europea para explicar lo expuesto. En todo momento, el Tribunal Constitucional Federal se ha esforzado y continúa trabajando por garantizar la legitimidad democrática del poder soberano y con él, la capacidad de actuar de las instituciones nacionales en el marco de ese proceso y durante la superación de crisis en el seno de la Unión Europea.

Si bien nuestra Constitución tiene una estructura “amigable con la integración” (art. 23 de la Ley Fundamental) –es decir, orientada a la realización de la Europa unificada–, prohíbe el traspaso de poderes con consecuencias imprevisibles a los órganos de la unión u a otras naciones. Por tanto, “no se deben crear mecanismos legales del derecho internacional por los que se asuma implícitamente la responsabilidad para las decisiones de otros Estados”.¹⁰ En otras palabras, el *Bundestag* alemán no debe entrar en relaciones de dependencia –casi automáticas– de la voluntad de terceros, que lo despojarían de sus potestades de decisión y sus posibilidades de estructuración, y socavarían en última instancia el derecho a voto de la población alemana conforme al artículo 38 de la Ley Fundamental su autodeterminación democrática.

Paralelamente, el Tribunal Constitucional Federal presta especial atención al fortalecimiento del Parlamento, al asegurar que los procesos democráticos al interior del “centro de la toma de decisiones” funcionen adecuadamente. Se ocupa sobre todo de los mecanismos que garanticen una oposición eficaz. La organización y el ejercicio de la oposición política son elementos constitutivos de todo régimen democrático liberal.¹¹ El control parlamentario del Gobierno no le cabe al Parlamento en su conjunto, sino también, específicamente, a los diputados y las bancadas que *no* apoyan al Gobierno.

¹⁰ Cfr. por ejemplo, *Decisiones del Tribunal Constitucional Federal* (BVerfGE, por su sigla en alemán) 129, 124, 180; BVerfG, Sentencia del segundo Senado del 07 de septiembre 2011-2 BvR 987/10.

¹¹ BVerfG, Sentencia del segundo senado del 30 de junio de 2009-2 BvE 2/08.

En tanto oposición parlamentaria, son los adversarios naturales del Gobierno y de la mayoría que lo respalda.¹² La oposición parlamentaria dispone de esas potestades de control, no solamente por su propio bien, sino sobre todo por el bien del Estado democrático y organizado sobre la base de la separación de poderes, para ejercer el control público del Gobierno, que cuenta con el respaldo de la mayoría, y de sus órganos ejecutivos.

1.4. Los deberes del Tribunal Constitucional Federal

Más allá de esta función, el Tribunal Constitucional Federal debe ejercer también el control del propio “centro de la toma de decisiones”. Más específicamente, debe verificar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento y solucionar las controversias en torno a las competencias del “centro de la toma de decisiones” y los otros órganos constitucionales.

El Tribunal Constitucional Federal actúa exclusivamente *a petición*. Así, no existe derecho de iniciativa alguno que lo habilite a pronunciarse sobre cuestiones jurídico-constitucionales. Por esta razón, el Tribunal jamás se manifiesta “en abstracto”; es decir, sin referencia a un proceso concreto, sino que examina exclusivamente los antecedentes puntuales que son sometidos para su decisión en el marco de una causa prevista por el Código del proceso constitucional (respetando los requisitos formales previstos para esos casos). Esto es así, en especial con el recurso de amparo, la acción de inconstitucionalidad y el conflicto entre organismos estatales. Se trata de un mecanismo de gran eficacia para prevenir posibles excesos en el ejercicio de la función de la justicia constitucional. Si bien la misma está facultada para cumplir la función de guardiana de la Constitución y velar por el cumplimiento de las normas jurídico-constitucionales en el marco del sistema de separación de poderes, no está autorizada a transgredir las potestades inmediatas que la Constitución le ha conferido y a excederse en sus funciones por actuar de oficio.

La Constitución es el estándar de control –en realidad, el único– para las normas importantes y los actos de poder soberano que deben ser examinados. De aquí otra razón importante sobre por qué el Tribunal Constitucional Federal está en condiciones de cumplir su cometido primordial de preservar la Ley Fundamental y asegurar su supremacía. La tan mentada afirmación, “El Tribunal Constitucional no es una instancia de revisión suprema” debe ser entendida desde esta perspectiva.¹³

De modo que, por principio, no se involucra jamás en el desarrollo de una causa, la aplicación y la interpretación del derecho común, el examen de los hechos y la valoración de las pruebas. Lo anterior, pues estas áreas forman parte de las competencias de los juzgados. Interviene, en su lugar, solo cuando se produce una

¹² BVerfG, Sentencia del 3 de mayo de 2016-2 BvE 4/14, NVwZ 2016, 922, núm. 87.

¹³ Cfr. por ejemplo, BVerfGE, 53, 30, 53: el Tribunal Constitucional Federal debe cuidarse de ser percibido como “instancia suprema”.

vulneración específica del derecho constitucional: cuando el fundamento jurídico de las decisiones es ilegal. En otras palabras, cuando el manejo del derecho común resulta manifiestamente arbitrario, si de otra forma no se puede asegurar la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, cuando determinados derechos procesales son menoscabados –por ejemplo, el derecho al juez o el derecho de audiencia–, o cuando se exceden los límites de la evolución del derecho jurisprudencial.

Con respecto al examen de la legislación, el Tribunal Constitucional tiene la competencia exclusiva de recusación: el monopolio de decretar la inconstitucionalidad de una norma. Así, antes de aplicar el derecho, los juzgados verifican la conformidad constitucional de las normas que a su criterio resulten relevantes para resolver los casos en cuestión. De establecer la conformidad pueden aplicar dichas normas; en cambio, si están convencidos de su inconstitucionalidad, deben remitir la cuestión al Tribunal Constitucional Federal.

Este ejerce el derecho de decisión en última instancia y, por ende, de interpretación vinculante de la Constitución. Así lo exige el respeto al legislador que estableció la norma en cuestión en un proceso democráticamente legitimado. No le compete a los juzgados de la causa declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino únicamente al Tribunal Constitucional (a su vez, un órgano constitucional) a través de un *actus contrarius*.

El Tribunal Constitucional Federal otorga un amplio margen de decisión y estructuración al legislador cuando se trata de decidir qué disposición legal resulta necesaria, políticamente practicable, socialmente razonable y factible, y cuál será la opción más justa entre todas las posibilidades. Únicamente el legislador decide de qué manera debe cumplir las tareas que le fueron encomendadas. Dispone de un amplio margen de acción –en su calidad de centro de la toma de decisiones democráticas– que contrasta con un control jurídico-constitucional prudente.

Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal no reemplaza la competencia del legislador con la suya, ni sustituye una decisión justificable de este con otra de su autoría; incluso cuando esta podría ser igualmente justificable reconoce de manera expresa la prerrogativa de apreciación del legislador y el margen de tolerancia de su pronóstico. Igualmente prudente se presenta el control jurídico-constitucional, aunque su alcance no puede ser definido de forma abstracta. Así, el Tribunal Constitucional Federal recién interviene en los casos relacionados con el cumplimiento del deber de protección, cuando resulta *evidente* que el legislador no lo está haciendo.

La Constitución, si bien formula la *protección* como objetivo, se abstiene de establecer los detalles de su formulación, que recae exclusivamente en la responsabilidad del legislador. De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal solo puede decretar la vulneración del deber de protección en los casos en que se omitió tomar las precauciones de protección, en que las disposiciones y medidas resultan evidentemente inadecuadas o notoriamente insuficientes para alcanzar el objetivo de protección establecido, o si su alcance queda muy lejos de dicho objetivo.

Con respeto al precepto general de igualdad ante la ley del artículo 3, apartado 1 de la Ley Fundamental, que obliga al legislador a tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, en cambio, se aplica un estándar jurídico-constitucional para la evaluación que se orienta por el principio de la proporcionalidad y que, dependiendo del asunto por regular y sus características diferenciales, va desde la simple prohibición del trato arbitrario hasta la vinculación estricta de los requisitos de proporcionalidad. Gracias a esta diferenciación de los estándares de control, se asegura que el Tribunal Constitucional interviene siempre en la medida de lo necesario y, al mismo tiempo, con el debido cuidado para corregir al legislador.

Ahora bien, no quisiera dejar de referirme a los llamados “trasplantes”¹⁴ en el sentido más amplio, sobre todo la incorporación sin tensiones ni conflictos de acuerdos del derecho internacional al sistema constitucional (nacional) preexistente.

Tomemos como ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así como el Tribunal Constitucional Federal es el garante de la Ley Fundamental, el TEDH lo es para el CEDH. Por lo general, esta “doble” protección de los derechos humanos y fundamentales a nivel nacional y supranacional opera en consonancia, aunque en algunas ocasiones puede generar resultados discordantes. Para iniciar una causa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se debe haber agotado la vía judicial a nivel nacional, incluido el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De esta manera, el TEDH tiene la posibilidad de examinar las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y de objetar como incompatibles con el Convenio, incluso aquellos actos soberanos cuya conformidad con la Ley Fundamental fue anteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional Federal. En algunas ocasiones esto ha acontecido en el pasado reciente.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional Federal clasificó al Convenio como una simple ayuda de interpretación sin rango constitucional, para “la definición de los contenidos y el alcance de los derechos fundamentales [nacionales] y los principios del Estado de derecho”.¹⁵ Esta visión se apoyaba en el carácter jurídico formal del Convenio, porque desde la perspectiva de nuestra Ley Fundamental, las disposiciones del derecho internacional cuya incorporación al derecho nacional se realiza –como en el caso del Convenio– a través de una ley aprobatoria del *Bundestag* alemán, tienen la categoría de una ley (federal) común y, por tanto, subordinada a la Constitución.¹⁶

¹⁴ Cfr. al respeto Roberto Gargarella, “Verfassungsgebung in Lateinamerika einst und jetzt: Themen und Thesen”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 63, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2015, pp. 543, 550 ss.

¹⁵ BVerfGE, 74, 358, 370.

¹⁶ BVerfGE, 128, 326, 367, con referencias adicionales.

En una decisión de principio (*Görgülü*)¹⁷ del año 2004, que hacía referencia a la apertura del orden jurídico alemán al derecho internacional, el Tribunal Constitucional Federal modificó esta jurisprudencia, por lo menos para el ámbito del CEDH. Concretamente se trataba de lo siguiente: la decisión se originó en un litigio sobre la custodia de un hijo natural entre su padre biológico y sus padres de acogida, a cuyo cuidado el niño fue entregado pocos días después de nacer. A juicio del TEDH, la negación del derecho de contacto y de la custodia del padre de un hijo natural por los juzgados de familia alemanes, constituía una violación del derecho del padre al respeto de su vida familiar (art. 8, apartado 1 del CEDH), por lo que dio lugar a su recurso de amparo.¹⁸

Seguidamente, el juzgado de familia competente de Alemania de segunda instancia se negó nuevamente a dictar una sentencia cautelar que permitiera el contacto del padre con el niño, aduciendo que el carácter vinculante de la decisión del TEDH alcanzaría solamente a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, sin incluir sus órganos de jurisprudencia. Otro recurso de amparo constitucional del padre, repudiando la implementación deficiente de la sentencia por los juzgados de familia, fue exitoso.

El Tribunal Constitucional Federal fundamentó su decisión en la violación del derecho fundamental del padre conforme al artículo 6 de la Ley Fundamental, en conjunción con la vulneración del principio del Estado de derecho. Así, indicó que el juzgado de familia no había respetado plenamente la decisión del TEDH que constataba la violación del Convenio, dado que –y este es el elemento novedoso– los tribunales nacionales tenían la obligación, más allá del principio constitucionalmente fundado de la apertura al derecho internacional, de tomarlo en cuenta para la aplicación e interpretación del derecho común.¹⁹

De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal fortalece el Convenio al integrarlo al principio de subordinación de la justicia a la ley, de conformidad con el artículo 20, apartado 3 de la Ley Fundamental, y lo eleva, por lo menos indirectamente, al rango de estándar jurídico-constitucional en los términos de interpretación y concreción desarrollados por el TEDH. Por tanto, su vulneración puede ser reprendida por la vía del recurso de amparo constitucional contra actos soberanos alemanes, con referencia al principio de Estado de derecho, y en conjunción con el derecho fundamental en cuestión.

Esta jurisprudencia se ha profundizado aún más. Así, en virtud de las diferencias jurisprudenciales entre el Tribunal Constitucional Federal y el TEDH en torno a la valoración de la detención por seguridad retrospectiva a continuación del cumplimiento de una pena, que el derecho penal alemán prevé para delincuentes reincidentes que cometieron delitos gravísimos, en 2011 el Tribunal Constitucional dictó

¹⁷ BVerfGE, 111, 307 ss.

¹⁸ Sentencia del 26 de febrero de 2004, TEDH, núm. 74969/01.

¹⁹ BVerfGE, 111, 307, 323 s.

otra sentencia en la materia. En esta última, incluso concede, en atención a los principios establecidos en la “resolución *Görgülü*”, que la fuerza de cosa juzgada de sus propias decisiones es susceptible de revisión en la medida que una decisión *posterior* del TEDH aporte aspectos novedosos a la interpretación de la Ley Fundamental.²⁰

1.5. Mecanismos para fortalecer la jurisdicción del Tribunal

Por último, el Tribunal Constitucional Federal no puede ser un “tigre desdentado”. Sus decisiones tienen que ser respetadas sin restricción y deben ser debidamente puestas en práctica.

En general, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tienen una importancia y un alcance considerables para las áreas del régimen legal nacional al que hacen referencia. Esto vale aun más cuando llega a la conclusión de que la norma legal bajo revisión es *nula* o, por lo menos, resulta *incompatible* con la Constitución.

Permítanme explicar brevemente este concepto de primordial importancia para la justicia constitucional alemana. Según nuestra doctrina jurídica, toda norma que riñe con la normativa superior (especialmente, las leyes comunes con respecto a la Ley Fundamental) se considera, por principio, *nula ex tunc*, es decir, desde el comienzo. Por tanto, la decisión del Tribunal Constitucional Federal que declara la nulidad de la norma no tiene carácter constitutivo. Por el contrario, se trata de una declaración que no va más allá de la eliminación de la apariencia de validez jurídica de la norma en cuestión.

Esos efectos jurídicos tan rigurosos pueden causar dificultades a la hora de la implementación, sobre todo en el caso de normas legales aprobadas con cierta anterioridad, que desde entonces han servido en numerosos casos de base para la actuación del Estado en su área de aplicación, y que dejarían de existir con retroactividad. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional Federal estableció tempranamente unos efectos jurídicos adicionales, menos incisivos (cfr. los párrafos 31, apartado 2, y 79, apartado 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGG, por su sigla en alemán). De conformidad con ellos, el Tribunal puede limitarse a determinar la simple *incompatibilidad* de la norma con la Ley Fundamental. Su ventaja radica en los efectos de la decisión hacia el futuro (*ex nunc*), por lo cual la norma en cuestión no debe ser aplicada *de ahora en adelante* (la llamada suspensión de la aplicación), y en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional Federal combine su declaración de incompatibilidad con las disposiciones transitorias necesarias.

Para evitar que la nulidad o incompatibilidad quede en la esfera del pronunciamiento, y para asegurar que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal ocupen el lugar que les corresponde en la práctica jurídica, la Ley del Tribunal

²⁰ BVerfGE, 128, 326, 365.

Constitucional Federal (BVerfGG, una ley común) dispone los instrumentos necesarios para su cumplimiento.²¹

Las decisiones sobre el fondo que pronuncia el Tribunal Constitucional Federal –tanto las disposiciones de la decisión adoptada como su fundamentación– tienen carácter vinculante para los órganos constitucionales de la federación y de los estados federados, así como también para los tribunales y organismos administrativos de la República Federal de Alemania. Por tanto, los poderes públicos no solo deben cumplir las decisiones a nivel de la aplicación de la ley, sino que deben esforzarse en general por crear un estado de conformidad constitucional en los términos del Tribunal Constitucional Federal.

En las decisiones sobre el fondo que se dictan en algunos procesos específicos (sobre todo la acción de inconstitucionalidad abstracta y concreta, pero también el recurso de inconstitucionalidad conforme al párrafo 95, apartado 3 BVerfGG), y en los que se decide sobre la conformidad constitucional de una ley, las disposiciones de la decisión como tales tienen fuerza de ley. Por razones de seguridad y transparencia jurídica, la fórmula de la decisión debe ser publicada en el boletín oficial.

Otra disposición sobre la implementación de las decisiones jurídico-constitucionales autoriza (pero no obliga) al Tribunal Constitucional Federal a establecer de oficio, en la decisión del caso o posteriormente a través de una resolución separada, qué organismo debe ejecutar la decisión –por ejemplo, puede encargar la implementación a una autoridad idónea– y cómo se debe ejecutar. Desde siempre, este Tribunal ha interpretado esta disposición en el sentido amplio de la concesión de “todas las competencias necesarias para la implementación de sus decisiones”.

Al actuar como autoridad ejecutante, reclama para sí el derecho de dar las instrucciones necesarias que aseguren la vigencia de sus decisiones sobre el fondo. Debe tenerse presente que la misión del Tribunal Constitucional Federal no se agota en el examen jurídico-constitucional y la posible desestimación de las normas que le son sometidas. Por su categoría de órgano constitucional le cabe especialmente la responsabilidad de asegurar la vinculación del Poder Legislativo a la Constitución, y la efectiva realización de la jurisprudencia constitucional en la aplicación práctica del derecho.

2. Conclusiones

Lo expuesto fueron apenas algunos comentarios sobre el papel de la justicia constitucional, su lugar en el entramado de las instituciones nacionales e internacionales, y el “gobierno de los jueces” en el derecho constitucional nacional y supranacional.

²¹ En esencia se trata de tres disposiciones coordinadas entre sí. Con referencia a los párrafos 31, 35 y 79 BVerfGG, se habla de un conjunto de regulaciones unificado.

De todas maneras, permítaseme una breve conclusión. El Tribunal Constitucional Federal no solo reconoce expresamente al Parlamento como el “centro de la toma de decisiones de la democracia”, sino que lo protege contra el traspaso de competencias hacia niveles supranacionales –que excede el marco de nuestra Constitución– y vela por el fortalecimiento de los procesos democráticos, también en el seno del Parlamento. Si bien la justicia constitucional no puede reclamar para sí el lugar de “centro de las decisiones” (¡ni quiere hacerlo!), no deja de ser el garante insustituible del funcionamiento sin rispideces ni interferencias del Estado democrático de derecho. Esto refleja, en última instancia, la finalidad de todas las constituciones modernas de establecer un régimen jurídico estable y de asegurar su permanencia, gracias a la justicia constitucional.

Bibliografía

- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlín, Duncker-Humblot, 1981.
- _____, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, Munich, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1989.
- GARGARELLA, Roberto, “Verfassungsgebung in Lateinamerika einst und jetzt: Themen und Thesen”, en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 63, 2015, pp. 543-568.
- HÄBERLE, Peter, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Neue Folge Band 45, 1997.
- HARTENSTEIN, Gustav (ed.), *Immanuel Kant, sämtliche Werke*, Leipzig, L. Voss, 1876.
- KIRCHHOF, Paul, “Das Parlament als Mitte der Demokratie”, en Peter M. HUBER, Mucharl BRENNER y Markus MÖSTL (eds.), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2004, p. 237-262.
- LAMBERT, Édouard, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.
- LAMMERT, Norbert, en “Lammert fordert Zurückhaltung”, FAZ, 10 de mayo de 2017. Disponible en: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-lammert-fordert-zurueckhaltung-15009324.html>.
- MADISON, James, “The Federalist No. 55”, *The Federalist Papers*, 1788. Disponible en: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-55>.
- VOSSKUHLE, Andreas, “Kommentar Art. 93”, en Hermann v. MANGOLDT, Friedrich KLEIN und STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz: GG Band 3*, München, C.H. Beck, 2017, Rn. 35 ff.
- _____, en VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, artículo 93 nm. 35 ss.