Klaus STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit* (José Antonio Montilla Marcos) 352

cuando es la Comunidad Autónoma quien impugna el acto, la vía contencioso administrativa no es operativa, sino la vía del conflicto de competencia: tal vez ahí radique la especialidad de éste con respecto a aquélla.

12. Estas terceras Jornadas terminan con un debate en el que se plantean, entre otros temas interesantes, la dificultad del mantenimiento de la exclusividad del Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de los conflictos de competencia y la idea de prevalencia de la justicia constitucional, como medio de resolver la dicotomía entre exclusividad y alternatividad.

* * * * *

Queda acreditada, tras la lectura de las tres monografías comentadas, la dificultad de abstraer un concepto unitario de sentencia constitucional, ni en cuanto a sus presupuestos, ni en cuanto a su contenido o efectos. Tan sólo son perceptibles nexos de conexión entre el amparo, los procesos de constitucionalidad de las leyes y los conflictos de competencia en cuanto al órgano competente para resolverlos y en cuanto al Cuerpo normativo en el que se integran las normas objeto de tutela en cada caso –la Constitución–. Pero la diversidad de cauces tutelares ante el alto Tribunal son una muestra más de la propia diversidad de las reglas y preceptos contenidos en nuestra Norma Fundamental. A pesar de la existencia, en todo caso, de dicha tarea tutelar, es diferente el grado e intensidad de la misma en cada proceso constitucional, de manera que en ocasiones prevalece el interés subjetivo del ciudadano cuyo derecho fundamental ha sido vulnerado sobre el interés nomofiláctico o protector de la norma (así pasa en el recurso de amparo) y en ocasiones prevalece el interés objetivo protector de la norma, por encima y al margen de concretos actos vulneradores (así, en los procesos sobre constitucionalidad de las leyes e incluso, como se pone de manifiesto en la tercera Ponencia, en los conflictos de competencia). Eso afecta, desde luego, a los pronunciamientos de cada sentencia y a la eficacia de cosa juzgada en cada caso, en ocasiones, discutida, en otras con extensión *ultra partes*. Sirva este resumen para invitar a la lectura detenida de las obras comentadas, en las cuales, con mayor extensión y detalle, se exponen los argumentos de los miembros de la ALTC a propósito del multívoco y siempre interesante mundo de la sentencia constitucional.

JESÚS MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense

KLAUS STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit,* Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1997, 367 pp.

1. Tras cincuenta años de vigencia de la Constitución alemana y un señero desarrollo doctrinal, que ha convertido a algunos de sus autores actuales, como ocurrió con los de entreguerras, en punto de referencia para la doctrina iusconstitucionalista de todo el mundo –K. Hesse o P. Häberle son ejemplos notorios–, sorprende constatar que la relación entre el Tribunal Constitucional y la oposición parlamentaria no ha sido analizada de forma sistemática. Ciertamente, se advierte una preocupación cons-

tante por la relación entre el Tribunal Constitucional y los restantes poderes del Estado, especialmente el legislador democrático. A distintas perspectivas de esta cuestión se han dedicado dos reuniones de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público después de la segunda guerra mundial: la de 1952, bajo el título «Los límites de la jurisdicción constitucional», con ponencias de E. Kaufmann y M. Drath y la de 1981, «La jurisdicción constitucional en el reparto de las funciones del Estado», con intervenciones de K. Korinek, J. P. Muller y K. Schlaich, y tampoco pueden olvidarse las aportaciones, entre otros, de E. Benda, por ejemplo, «Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes» (Döv, 1979), Scheuner, en «Verfassungsgerichtbarkeit und Gesetzgebung» (Döv, 1980) o K. Hesse, «Funktionelle Grenzen der Verfassungerichtsbarkeit, in Recht als Prozess und Gefüge» *(Festschrift für Hans Huber,* 1981). Incluso, acercándonos más frontalmente al objeto de esta obra, se ha atendido permanentemente, en un debate indefinidamente vivo, a la difícil delimitación de lo político y lo jurídico en la justicia constitucional. Jalones imprescindibles para acercarse a esa polémica son los trabajos de Leibholz, «Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht», (DVBl. 1974); Häberle, *Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenchaft* (1980); Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgericht* (1980); K. Stern, *Verfasungsgerichtbarkeit im sozialen Rechtstaat* (1980) o el más reciente de Häussler, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (1994). Lo que no encontramos en la amplia bibliografía germana sobre la jurisdicción constitucional es un estudio jurídico, por tanto, teórico y empírico a un tiempo, en el que, por un lado, se analice la fundamentación teórica de la relación entre oposición parlamentaria y Tribunal Constitucional en la jurisdicción constitucional actual y, por otro, se describa con detalle la práctica de esa imbricación en los distintos procesos constitucionales que la permiten. El conocido trabajo de Ch. Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber* (1980) no cumple esta función puesto que, más allá de su metodología, exclusivamente politológica, no contiene una descripción completa sino la aportación de los datos que sustentan su tesis: la propuesta de suprimir el proceso de control abstracto de normas *(abstrakte Normenkontrolle)* por la «politización» del órgano constitucional que provoca. Ciertamente, debemos adelantar ya que el libro de Klaus Stüwe, con origen en su trabajo doctoral, defendido en 1996 en la Universidad católica de Eichstätt, tampoco cubre completamente esta carencia. Si atendemos a los dos objetivos apuntados y tamizamos a su través la obra que reseñamos se observa una nítida descompensación entre la construcción teórica y el estudio empírico. El autor repasa con detalle todas las posibilidades de relación del Tribunal Constitucional y la oposición parlamentaria y relata, incluso, los casos más simbólicos producidos desde el nacimiento del Tribunal en 1951 a 1995. Ese acercamiento multilateral y exhaustivo es especialmente pertinente puesto que, pese a no estar legitimada formalmente la oposición parlamentaria para acudir al Tribunal Constitucional, por su conocido «déficit de institucionalización formal», existen distintas vías directas, aparte de las indirectas, que permiten a sus integrantes cuestionar ante este órgano constitucional actuaciones del gobierno y la mayoría parlamentaria. Sin embargo, los aspectos teóricos asoman más desvaídos, tanto cuantitativamente, pues sólo se le dedica una de las seis partes en que se divide el libro, como cualitativamente, en cuanto únicamente se yuxtaponen las tesis más conocidas en la doctrina alemana sobre oposición y jurisdicción constitucional para concluir destacando, como presupuesto de la descripción posterior, la importancia del Tribunal Constitucional Federal en el control de la mayoría por la oposición.

El análisis de la instrumentalización de determinados procesos constitucionales por la oposición parlamentaria constituye, en fin, el objeto del trabajo. No se pretende desentrañar el sentido de esa legitimación procesal, sino que, aceptando desde el inicio que se trata de un cauce de control para la minoría, que, derrotada en sede parlamentaria, traslada el conflicto al Tribunal Constitucional, ahora con argumentos jurídico-constitucionales, pretende examinar los motivos, las condiciones del marco institucional, los resultados y la eficacia política de esta instrumentalización. El jurista español puede conocer por medio de su lectura el nacimiento y desarrollo de los conflictos resueltos finalmente por el Tribunal Constitucional que han marcado la vida política alemana. Para el alemán, al que se supone conocedor de estos asuntos, como a cualquier español le resultan próximos los avatares políticos y constitucionales del caso Rumasa o el conflicto del aborto, lo interesante es la descripción sistemática de las situaciones en las que la posición política de la oposición ha sido conducida, por una u otra vía, al Tribunal Constitucional Federal. Constituye el material de partida, trabajadamente elaborado y presentado en diversos planos confluyentes (desde su ubicación procesal, al relato político o a la esquematización estadística de procesos y porcentaje de éxito) para cualquier discusión futura, recurrente, como se apuntaba antes, en la doctrina alemana, sobre la politización de la jurisdicción constitucional ocasionada por la legitimación procesal de los miembros de la oposición.

2. El trabajo se inicia con una aproximación teórica para comprobar que el control es una función compartida por oposición parlamentaria y jurisdicción constitucional: ambas son instituciones controladoras en el reparto de funciones del Estado.

Repasa, en primer lugar, las características, funciones (crítica, control y alternativa) y posición institucional de la oposición en Alemania, guiado por los trabajos clásicos de Schneider u Oberreuter y el más reciente de Haberland, para centrarse, a continuación, en las posibilidades de control de la oposición en el *Bundestag*. Distingue aquí entre controles derivados de los derechos de las minorías, controles federativos y controles públicos. Los primeros son importantes, sobre todo, cuando tales derechos son «absolutos», esto es, no dependen de la mayoría. En esta categoría incluye, por ejemplo, la convocatoria anticipada del *Bundestag* a petición de un tercio de sus miembros (art. 39 III CA) o la obligación de constituir una comisión de investigación a solicitud de una cuarta parte de los parlamentarios (art. 44 I CA). Son más eficaces que los derechos «relativos», como la iniciativa legislativa o la moción de censura, que sí dependen de la voluntad de la mayoría o, incluso, la exigencia de mayorías cualificadas para la reforma constitucional o el nombramiento de jueces constitucionales que, por su carácter pasivo-negativo, no constituyen un auténtico derecho de control, presente sólo si «con el derecho de los pocos se genera una obligación para los muchos» (pág. 40). Con la expresión controles federativos se refiere Stüwe al control político que puede ejercer el *Bundesrat* sobre las decisiones del *Bundestag* puesto que aproximadamente la mitad de las leyes, según los datos que aporta, precisan la aprobación de la cámara territorial. El resultado puede ser un bloqueo político, que deberá ser resuelto con uan solución de compromiso en la comisión de mediación, permitiendo el juego de ambas cámaras. Este control sólo se hace efectivo, obviamente, cuando la mayoría política en el órgano de representación de los *Länder*, formado, como se sabe, por representantes de los gobiernos de éstos, es distinta al gobierno federal y a la mayoría parlamentaria. Por ello, minimiza esta incidencia al calificar de «excepcional» tal situación (pág. 43). Esa afirmación, clásica en la doctrina alemana pues solo se

había producido desde 1949 en el período 1969-1982, puede ser matizada en la actualidad cuando lo «excepcional» parece estar convirtiéndose en «normal». Si de 1991 a 1998 «cohabitaron» un gobierno federal cristiano-demócrata con un *Bundesrat* socialdemócrata, el ascenso al poder del SPD, en coalición con los verdes, en 1998, fue seguido, casi inmediatamente, tras las elecciones al *Landtag* de Hesse, de un cambio de mayoría en el *Bundesrat*, reforzado tras otras elecciones regionales. Se mantiene, por tanto, la «cohabitación», ahora en sentido inverso, y, con ello, la eficacia de los «controles federativos». Finalmente, acota un denominado «control público» en cuanto entiende que la «comunicación con la opinión pública abre a la oposición una potencial oportunidad de eficacia». Para ello no sirve sólo el parlamento sino cualquier medio moderno de comunicación, útil para trasladar a la opinión pública los fallos del gobierno y sus propuestas alternativas. El resultado de esta situación es que en muchos casos no es la oposición la que abastece de información a los medios sino, al contrario, el control parlamentario es sólo la continuación del «control publicado». La conclusión, tras el repaso a los cauces de control de la oposición es su escasa eficacia, con la excepción sobresaliente de la instrumentalización del *Bundesrat* cuando ésta sea posible. Por ello, se afirma la debilidad del control político parlamentario en una forma de gobierno en la que la división de poderes no responde a la triada clásica sino que se configura como una dialéctica gobierno-mayoría parlamentaria, por un lado y minoría u oposición parlamentaria, por el otro.

En segundo lugar, para afrontar un asunto con una ingente bibliografía cual es la función de control del Tribunal Constitucional Federal opta por recorrer terrenos ya trillados previamente en la doctrina. Así, se introduce, de forma necesariamente somera, en los aspectos nucleares de la justicia constitucional: posición, funciones, forma de control, parámetro de control, o su carácter jurídico-político. Respecto a su posición constitucional entiende Stüwe que no debe su cualidad de órgano constitucional a sus extensas competencias, sino que desde el principio debe dotarse de este carácter para poder ejercer competencias; por tanto, se trata de una condición previa, más que de una consecuencia de la actividad controladora (pág. 58). Sobre sus funciones, acoge la clasificación de Von Brunneck como a) garantía de los derechos (a través de la *Verfassungsbeschwerde*); b) garantía de las competencias de las instituciones estatales (a través de conflicto de órganos –*Organstreit*– y de los conflictos federativos –*Bund-Länder-Streit*–); c) interpretación y concretización de la Constitución (a través del control abstracto y concreto de normas) y d) protección de la Constitución contra su destrucción desde el interior (con la prohibición de partidos y la pérdida de derechos fundamentales por su abuso). Pero Stüwe traslada esas funciones a la idea de control, bien sea del ejecutivo, del legislativo o del judicial, y concluye que todas las actuaciones estatales están sometidas al control del Tribunal Constitucional. Por ello, su función controladora es una garantía de la separación de poderes en un sistema de gobierno parlamentario caracterizado por el control de la minoría sobre la mayoría. En tercer lugar, en relación a la forma del control jurídico-constitucional, asume las conocidas construcciones del control de resultado (Schneider) y la ausencia de libertad creativa del Tribunal Constitucional (Grimm). Con el mismo método, sintetizador de concepciones conocidas, aborda también los aspectos más inasibles, a saber, los límites de la jurisdicción constitucional frente a los restantes poderes del Estado y el carácter político de su control. En el primer sentido, rechaza la aplicación a Alemania de la doctrina americana de la «political question» y parte de la perspectiva «jurídico-funcional» de Ehmke, pero tras interrelacionarla con las tesis de la «validez funcional» de las

decisiones de los órganos del Estado y el «control de evidencia» (Schneider), la matiza desde la interpretación de Von Brunneck y Hesse, que atienden al contenido material de los asuntos a decidir, de forma que el control será intensivo en materia de derechos fundamentales, medio cuando se refiera a los principios democráticos del Estado de Derecho y muy limitado en la conformación del ordenamiento social y económico. Resulta de todo ello un amplio margen de apreciación política para los órganos políticos, derivado de las funciones que la Constitución les asigna (Schlaich) y activado a través de técnicas como la «interpretación conforme», con el referente último de la «presunción de legitimidad» en la actuación del legislador democrático. En segundo lugar, la «politicidad» de la jurisdicción constitucional es afrontada desde las construcciones clásicas de Stern, Leibholz y Häberle, citadas al inicio, para acoger finalmente la posición del profesor de Bayreuth cuando señala que la cuestión no es determinar si el Tribunal Constitucional se mueve en el campo de tensión del derecho y la política, lo que resulta obvio, sino atender a como se debe observar sus funciones en la división de poderes. Por ello, su intervención en el proceso político es inevitable y la forma de evitar su inmisión en el ámbito de libre formación creativa de los órganos políticos es la «autolimitación judicial» *(richterlichen Selbstbeschränkung)* (págs. 70-74).

Resulta de lo anterior que, aunque oposición y Tribunal Constitucional ejercen la función controladora, ambas formas de control divergen completamente en su configuración, su eficacia o su parámetro. En el primer sentido, las competencias del Tribunal Constitucional derivan de la Constitución y la ley que desarrolla este órgano constitucional y las de la oposición son formalizadas sólo como derechos de las minorías, que no conllevan, además, facultades de sanción. En el segundo, el Tribunal Constitucional posee medios eficaces de control, reforzado por la fuerza de ley de las sentencias, mientras que la oposición no puede adoptar medidas de control de eficacia inmediata. Finalmente, también el parámetro es distinto. El Tribunal mide la actuación de los otros órganos en relación a las normas constitucionales, la oposición, por el contrario, puede orientar su control atendiendo a parámetros políticos como, por ejemplo, las promesas electorales. Entonces ¿qué sentido tiene dedicar la parte teórica de la investigación a analizar como ejercen el «control» ambos institutos? Ciertamente, más que advertir un «paralelismo de lugares de interés», como señala el propio Stüwe (pág. 76), lo que se desprende de estas páginas es una sucesión temporal de oposición parlamentaria y Tribunal Constitucional en el ejercicio del control, pese a su diferente caracterización, y, en cierto sentido, también una complementación. Sucesión puesto que el rasgo más original e interesante de este acercamiento es su desembocadura en el control como función del Tribunal Constitucional que asegura la división de poderes ante la debilidad del previo control político-parlamentario. Complementación porque la oposición parlamentaria puede ejercer el control por si misma en cualquier tiempo, pero dependerá de terceros la capacidad de sanción. Frente a ello, el Tribunal Constitucional ejerce un control con eficacia jurídica inmediata pero necesita a su vez de un tercero para su iniciación. De ahí, y no de la identidad del control que ejercen, resulta la relación casi inevitable entre ambos cuando el derecho procesal constitucional abre la posibilidad de que la oposición actúe como iniciador del proceso constitucional. Por ello, para Stüwe, la oposición es un iniciador «natural» del control constitucional y el Tribunal un instrumento de control «natural» de la oposición (pág. 77).

De la construcción teórica deriva una explicación político-instrumental de la legitimación de la minoría parlamentaria ante el Tribunal Constitucional: advertida la

debilidad de la oposición parlamentaria, se utiliza el control jurisdiccional, si así se prevé en el derecho procesal constitucional. Sin embargo, no se aporta una justificación dogmática a la presencia de la minoría parlamentaria en el sistema de jurisdicción constitucional, más allá de su vinculación a la forma de gobierno, articulada en torno a la dialéctica mayoría-minoría. Ni existe una justificación subjetiva, como proponía Kelsen al vincularla a la protección de las minorías en el marco del principio democrático de mayoría-minoría o puede deducirse hoy, desde los presupuestos actuales del Estado constitucional, por su vinculación a la concepción pluralista de la democracia; ni tampoco una justificación objetiva, como garantía de la legitimidad política de la ley, en el sentido expuesto por J. Jiménez Campo en España («El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español») o D'Orazio, en Italia *(Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi)*. Únicamente destaca su importancia política en el proceso de control con el resultado benéfico de la clarificación de dudas constitucionales. La consecuencia de esta configuración es, a nuestro juicio, que su aceptación y, en consecuencia, su reconocimiento y mantenimiento en la regulación positiva, dependerá del uso que haga la oposición y su incidencia política en el ejercicio de la forma de gobierno. Por ello, resulta lógico que se dedique la mayor parte del libro a relatar la práctica de estos cauces procesales.

3. La descripción es calidoscópica, esto es, son observados todos aquellos ámbitos en los que se produce una interrelación de ambos institutos. Así, se considera la jurisprudencia constitucional que ha incidido en la configuración del estatus, derechos u obligaciones de la oposición parlamentaria pues «la oposición no sólo es desencadenante de la actuación jurídico-constitucional sino también destinataria» (pág. 81) o, en la tercera parte, la intervención de la oposición parlamentaria en la elaboración de las normas que rigen el funcionamiento del Tribunal Constitucional y su influencia en el procedimiento de elección de los jueces del Tribunal Constitucional. Pero, tras esa aproximación a aspectos colaterales al objeto central, justificada sólo en el afán de exhaustividad que guía toda la obra, comienza la parte más valiosa del libro que comentamos pues se describen con detalle las posibilidades que el derecho positivo ofrece a la oposición para trasladar al Tribunal Constitucional su conflicto con la mayoría y el uso que ha hecho de ellas. La importancia radica en que desmonta empíricamente una idea que ha ido extendiéndose en la doctrina alemana, a saber, que «la jurisprudencia constitucional vive en buena parte del impulso de la oposición política» (Schneider), premisa, además, de los episódicos debates políticos sobre el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, de las propuestas de supresión planteadas en la doctrina (Landfried).

Se analizan los distintos cauces procesales que, de forma directa o indirecta, tienen abiertos los integrantes de la oposición. Así, junto al control abstracto de normas, destaca la amplia legitimación para el conflicto de órganos (art. 93.I.1 CA). Es éste un conflicto constitucional, por tanto contradictorio, en el que el Tribunal Constitucional Federal debe decidir sobre la extensión «de los derechos y obligaciones» de un supremo órgano de la Federación o de «otros interesados dotados de derechos propios». La primera referencia legitimadora incluye al Presidente Federal, al Gobierno, *Bundestag* o *Bundesrat* pero lo importante es que la segunda ha habilitado a parlamentarios individuales, pues el art. 38.I CA les garantiza un estatus constitucional; grupos parlamentarios, «partes del Bundestag» según el art. 63 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; o incluso partidos políticos, cuyo estatus constitucional viene establecido en el art. 21 CA, en cuanto «cooperan a la formación de la voluntad política del pueblo». En la práctica

han sido precisamente los parlamentarios individuales, grupos parlamentarios y partidos de la oposición quienes han hecho uso de este conflicto para la defensa de sus intereses porque, como ha reconocido el Tribunal Constituciona en numerosas sentencias (por todas, BVerfGE 90, 286), en una afirmación que Stüwe matiza, es un «procedimiento para la protección de las minorías». Así, de los 57 conflictos de órganos resueltos hasta 1995, 48 fueron planteados por demandantes pertenecientes a la oposición. Sin embargo, no todas las vías mencionadas para iniciar el conflicto orgánico permiten efectivamente su «instrumentalización política». La jurisprudencia constitucional ha restringido la legitimación de parlamentarios individuales y partidos políticos. Los primeros han planteado, de forma autónoma, sólo 7 quejas. En cualquier caso, el Tribunal entiende que es un instrumento para la defensa de los propios derechos individuales y no pueden vehicular por este procedimiento «su punto de vista político». Con este procedimiento ha rechazado, por ejemplo, la queja contra el tratado de reunificación (BVerfGE 82, 316). Algo similar sucede con los partidos políticos, el sujeto legitimado que más conflictos orgánicos ha iniciado: 27 quejas, todas por partidos de la oposición, de las cuales 19 proceden de partidos extraparlamentarios, que consiguen situarse por esta vía en el mismo rango procesal que los grandes partidos o el Gobierno federal. En este caso, la restricción efectuada por la jurisprudencia constitucional se refiere al momento en que puede solicitarse la protección jurídica, limitado al período previo a la constitución del órgano parlamentario o posterior a su disolución. Aunque la mayoría de estas quejas han sido exitosas, a diferencia de lo que ha ocurrido con las presentadas por diputados individuales, puede deducirse de lo dicho que tampoco constituyen un cauce útil para el ejercicio del control por la oposición, salvo para los pequeños partidos extraparlamentarios que cuentan con una simbólica posibilidad de participación institucional. En verdad, la instrumentalización política controladora del conflicto de órganos se genera fundamentalmente a través de las quejas planteadas por los grupos parlamentarios, en cuanto, como «partes del Bundestag», pueden hacer valer no sólo sus propios derechos sino también los de «todo» el órgano parlamentario. Esta legitimación amplia abre la senda de su utilización política pues faculta a un solo grupo parlamentario para iniciar el control constitucional de la actuación de la mayoría. Concretamente, una presunta vulneración de la reserva de ley o la no utilización del procedimiento de reforma constitucional, previa a una decisión contraria a su formulación vigente, pueden llegar al Tribunal Constitucional por este cauce. Así, ha conocido, en el primer sentido, el Convenio de Petersberger (BVerfGE 1,351), el convenio portuario de Kehl (BVerfGE 2, 347) o el establecimiento de misiles Pershing II (BVerfGE 68, 1) o, en el segundo, las misiones de soldados alemanes en el extranjero, sin previa modificación del precepto constitucional que, según la oposición, las impedía (BVerfGE 90, 286). Sin embargo, el número de conflictos orgánicos planteados por grupos parlamentarios ha sido también reducido: solo 18, en el período analizado por Stüwe, de los que 3 proceden del grupo de la coalición de gobierno y 4 se refieren a cuestiones internas del propio Parlamento. En conclusión, resulta de estos datos la escasa utilización «política» del procedimiento. Más allá de la voluntad «autocontenida» de los demandantes, el Tribunal Constitucional lo ha impedido, por un lado, mediante una interpretación restrictiva de la legitimación de diputados individuales y partidos políticos y, por otro, desenmascarando en sus sentencias los «trucos jurídicos» utilizados por los demandantes para acceder al Tribunal. Así, por ejemplo, en la sentencia sobre el establecimiento de misiles Pershing II, fruto de un conflicto orgánico planteado coetáneamente por ocho parlamentarios de los Verdes y el

grupo parlamentario, indica el Tribunal, sobre los primeros, que no se trataba de la defensa de sus propios derechos como parlamentarios, y, respecto a la queja del grupo, que este proceso no es un instrumento para objetar políticamente las decisiones del ejecutivo sino para comprobar su constitucionalidad.

También en el control abstracto de normas, el otro proceso constitucional que permite a la oposición, bien directamente, a través de un tercio de los miembros del *Bundestag*, bien indirectamente, a través del gobierno de un *Land* de su mismo signo político, acceder al Tribunal Constitucional, muestra Stüwe que los sujetos legitimados se han «autolimitado», pese a la apariencia provocada por la trascendencia política de algunos de estos conflictos. Sólo el principal partido de oposición, que en un sistema político tendencialmente bipartidista ha contado casi siempre con un tercio de los miembros del órgano parlamentario o, en su defecto, se ha ayudado de otros pequeños partidos, como ocurrió en la segunda legislatura, tiene la oportunidad de plantear el control constitucional de las decisiones legislativas con la hipotética consecuencia de su anulación. El derecho a la demanda se convierte, por ello, en un instrumento importante para el control de la mayoría por parte de la oposición, demandante «natural» en este proceso. Ciñéndonos al cauce procesal que legitima directamente a los parlamentarios del principal grupo de la oposición, Stüwe rechaza su naturaleza de cauce de protección de las minorías. Se trata, a su juicio, de «comprobar la compatibilidad de una norma con el derecho superior en un procedimiento objetivo» con la función «no de proteger sino de controlar» (pág. 179). Es por ello un instrumento de control de la oposición a través del cual se asegura el orden constitucional (pág. 180). Sin embargo, este proceso no ha conducido a una judicialización de la vida política. Hasta 1996, se habían dictado 99 sentencias con origen en un procedimiento de control abstracto de normas y de ellas solo 18 proceden del interior del *Bundestag*, de las cuales únicamente 11, en los 45 años analizados, fueron planteadas por la oposición frente a una ley federal (9) o de un *Land* de su mismo signo político (2). Las siete restantes, o bien se dirigen contra leyes de *Länder* por parlamentarios que pertenecen a la mayoría o, en un caso, fue incoada por parlamentarios de la mayoría contra una ley en cuya aprobación se les había dado libertad de voto (BVerfGE 88, 203). No parece, a partir de estos datos, que la oposición, siempre legitimada para la demanda, salvo en el breve período de gran coalición CDU-SPD (1966-1969), haya abusado de este procedimiento. No significa esto, en todo caso, restar importancia a la índole política del proceso porque siempre se han recurrido leyes con un gran valor simbólico en materias polémicas como política exterior (Estatuto del Sarre. BVerfGE 4, 157); aborto (BVerfGE 39, 1), regulación del servicio social sustitutorio (BVerfGE, 69, 1), energía atómica (BVerfGE, 89, 327), etc. Es indudable que existe una motivación política en el planteamiento del proceso pero, señala Stüwe, es «legítima y necesaria si la contraposición de gobierno y oposición incluye también dudas sobre la constitucionalidad de la actuación de la mayoría» (pág. 183). Por ello, un abuso existiría, en la concepción sucesiva del control defendida por nuestro autor, si «la oposición no disputara previamente con el gobierno en el ámbito político sino solo, y de manera permanente, ante el Tribunal Constitucional». A la vista del escaso número de casos ésto no ha ocurrido hasta la actualidad. Pero, además, piensa Stüwe que tampoco sucederá en el futuro puesto que «como ningún demandante quiere ser vencido, no llevará al Tribunal Constitucional nada más que aquellos casos sobre los que tenga ciertas posibilidades de éxito». Con la derrota, la oposición pierde credibilidad ante la opinión pública (pág. 184).

Si cotejamos la experiencia alemana con lo acaecido en España, resulta evidente que el número de demandas de este tipo

es mayor aquí, aunque, por un lado, tampoco es excesivo en comparación a otros procesos constitucionales y, por otro, en la mayoría de los casos se trata de conflictos de competencias tramitados en la forma de recursos de inconstitucionalidad en virtud del art. 67 LOTC. No obstante, la diferencia más significativa con nuestro modelo es la existencia de un proceso como el conflicto orgánico que ofrece una segunda posibilidad, aun con sus limitaciones, para el control del legislativo y del ejecutivo, no ya al primer partido de la oposición, sino a pequeños grupos parlamentarios o incluso a partidos políticos extraparlamentarios. La existencia de este proceso tiene dos consecuencias importantes para el sistema de jurisdicción constitucional: primero, permite que el control lo ejerzan también las minorías «tendencialmente permanentes» y no sólo la minoría política ocasional o coyuntural en la distinción de Pizzorusso, (*Minoranze e maggioranze*); además, en segundo lugar, aunque Stüwe identifica conflicto orgánico y control abstracto en cuanto instrumentos de control de la oposición parlamentaria, como se ha visto, presupuesto teórico de su investigación, en el caso del conflicto orgánico se adiciona a la garantía objetiva del ordenamiento constitucional la defensa de intereses jurídicos subjetivos en nombre propio (partidos políticos o diputados individuales) y también en representación (grupos parlamentarios). De esto resulta, cuando menos, que no es trasladable a los sistemas con un único cauce para el control jurídico-constitucional de la mayoría, la caracterización estrictamente objetiva del control abstracto de normas manejada en Alemania.

4. Finalmente, en las dos últimas partes del trabajo se profundiza en los rasgos pergeñados, abordándose desde dos perspectivas diversas: por un lado, describiendo detalladamente los conflictos políticos más señeros que han llegado al Tribunal Constitucional, en las dos fases del proceso de control, esto es, el debate político-parlamentario y el jurídico-constitucional; por otro, se analizan estadísticamente tanto los procesos abiertos por la oposición como el porcentaje de éxito obtenido por ésta, diferente según los procedimientos e, incluso, según los recurrentes, pero, en general, relativamente bajo.

Del relato de los conflictos más conocidos, acaso excesivamente subjetivo, hemos acotado dos ideas interesantes. En primer lugar, la comprobación palmaria de un aserto habitual en la doctrina alemana: el especial respeto del Tribunal Constitucional por las actuaciones del ejecutivo y el legislativo en el ámbito de la política exterior (Schneider, Piazzolo). Allí deben situarse los conflictos que se cuentan bajo los epígrafes de política exterior, alemana y de defensa. Conflictos de política exterior son los ocasionados por el convenio de Petersberger de 1949 o el convenio portuario de Kehl de 1951, pero también los que se presentan en el texto como de política alemana (Estatuto del Sarre, referido a las relaciones franco-alemanas, y el Tratado básico de relaciones con Alemania del Este) o de defensa (el conflicto sobre el Tratado EVG, de defensa europea, y el producido en torno a las misiones de soldados alemanes en el extranjero). En la sentencia sobre el Estatuto del Sarre exponía con nitidez que a partir del principio de «autolimitación judicial» y el «amplio ámbito de actuación política» de los órganos políticos, se rechaza un «rigorismo judicial que provoque el inmovilismo político» (pág. 224). La línea interpretativa del Tribunal Constitucional fue tenida en cuenta por la oposición, que, muy activa en el rechazo de estas políticas gubernamentales y en su traslado al Tribunal Constitucional durante sus primeros años de funcionamiento, ha dejado de cuestionar esas actuaciones, tras los sucesivos fracasos, sobre todos los grandes partidos, con las señeras excepciones del Tratado básico, por el gobierno conservador de Baviera (1973), o las misiones de soldados alemanes en el extranjero por los socialdemócratas (1992).

El segundo rasgo destacable, a veces expresado por Stüwe y otras implícito, es el escaso éxito de los intentos «conscientes» de politizar la decisión del Tribunal Constitucional por parte de los actores políticos. Así, la recusación de un juez constitucional en el conflicto sobre el Tratado básico por el gobierno bávaro alegando que este juez se había manifestado públicamente a favor de la *Ostpolitik* de Brandt, esconde la intención de romper el aparente equilibrio entre jueces que creían favorables y desfavorables a su pretensión en la sala competente del Tribunal. Sin embargo, pese a que la recusación fue finalmente aceptada, la demanda del gobierno de Baviera resultó formalmente rechazada, aunque en una sentencia interpretativa. Pero, acaso los ejemplos más nítidos de lo que se apunta se produjeron tempranamente en el conflicto sobre el Tratado de rearme alemán en el marco de la defensa europea. En el debate «jurídico-constitucional» se advierten estrategias políticas tanto de la oposición como del gobierno. La oposición plantea sorprendentemente un control abstracto de normas en lugar de un conflicto de órganos cuando no se había aprobado todavía la ley del tratado porque confía más en la sala competente para resolver ese proceso (pág. 237); ante esto, el gobierno Adenauer presiona al Presidente Federal para que solicite un dictamen jurídico al pleno del Tribunal, posibilidad prevista entonces en la Ley del Tribunal Constitucional, para apartar a la «sala roja» de la decisión jurídico-constitucional sobre el asunto e, incluso, temiendo el contenido del dictamen o una nueva demanda de control de normas cuando la ley fuera promulgada, paraliza la tramitación de la ley, pide al Presidente Federal que retire su solicitud de dictamen y sus parlamentarios plantean un conflicto orgánico contra los parlamentarios del SPD, competencia de la sala que creeen afín, argumentado que la afirmación de que la firma del tratado requiere la previa reforma constitucional supone la lesión de un derecho del *Bundestag*. El Tribunal Constitucional desmonta estos intentos de manipulación. La sala presuntamente «amiga» rechaza tanto la demanda de control de normas planteada por el SPD, pues este control sólo es posible frente a leyes vigentes, como el insólito conflicto orgánico del grupo parlamentario del gobierno federal. Ninguna de las dos salas responde como los demandantes habían esperado, desde la consideración exclusiva de la tendencia política de sus componentes.

5. En fin, como conclusión al exhaustivo análisis de los distintos procesos constitucionales susceptibles de instrumentalización por la oposición parlamentaria, Stüwe rechaza las propuestas de limitar o eliminar las posibilidades de actuación de la oposición ante el Tribunal Constitucional, particularmente notorias en relación al control abstracto de normas. Por un lado, entiende que no se puede hablar de abuso por los escasos procedimientos iniciados, por otro, se le restaría a la oposición el medio más eficaz de control sobre la mayoría parlamentaria. Esto provocaría, a su juicio, un clima «neurótico e histérico en la relación gobierno-oposición y obligaría a ésta a utilizar trucos procesales para acudir al Tribunal Constitucional» (pág. 337). Además, los intentos de desarrollar una estrategia política en el seno de este órgano constitucional han tenido escaso éxito, en buena medida por la actitud rigurosa del propio Tribunal desde sus primeros años de funcionamiento.

El cumplimiento de las normas constitucionales se garantiza de manera más fácil cuando va unido a un determinado fin político y este interés político en controlar los límites de la mayoría lo tiene especialmente la oposición. Por ello, plantear las dudas constitucionales ante el Tribunal Constitucional no era sólo un derecho sino también una obligación para la oposición parlamentaria (BVerfGE 2, 143 –178–). No obstante, su utilización permanente como «instrumento de lucha política» por la opo-

sición y su inevitable intervención en el debate político puede provocar la pérdida del prestigio y autoridad del Tribunal y el debilitamiento de la democracia parlamentaria. Desde este presupuesto, la aportación básica de este trabajo a la extensa bibliografía alemana sobre jurisdicción constitucional es la demostración empírica de que tanto por la «autolimitación política» de la oposición parlamentaria en la *llamada* al Tribunal Constitucional como por la «autolimitación judicial» de éste en la resolución de cuestiones políticas, la inevitable «judicialización de la política» que conllevan estos procesos constitucionales, incoados por la oposición parlamentaria, no ha provocado en Alemania, más allá de situaciones puntuales, una «politización de la justicia constitucional».

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS
Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada.

MARCOS GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control,* Madrid: McGraw-Hill, 1997. IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid: McGraw-Hill, 1997. JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión,* Madrid: Civitas, 1998.

1. El tema capital de las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional se proyecta directamente sobre la problemática de la llamada inconstitucionalidad por omisión, cuestión teórica y práctica de crucial importancia donde las distintas aportaciones dejan ver, por mucho que pretenda ocultarse, la concepción previa de la Constitución que se sostiene.

Por lo general, el tratamiento doctrinal de las omisiones legislativas es abordado por quienes pretenden potenciar la función de la Constitución más claramente relacionada con las obligaciones de legislar, esto es, la denominada función programática (en términos de I. De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel, Barcelona, 1987, p. 41 y ss.), conectada a su vez, sobre todo, con el Estado social y con los derechos de prestación derivados de este elemento central de nuestra forma de Estado (por todos, J.J. Gomes Canotilho, *Constituçao dirigente e vinculaçao do legislador,* Coimbra editora, Coimbra, 1982). Dicho sea de entrada y con la mayor claridad: para nosotros es ésta la forma más adecuada de enfocar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, institución seguramente insustituible (pese al escepticismo que normalmente la acompaña: por todos, J.L. Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales,* CEC, Madrid, 1988, pp. 83-84) en la necesaria adecuación de la actividad legislativa al principio del Estado social, a todas luces minusvalorado por nuestra *praxis* política y por la mayoría de nuestra doctrina. Que de un mayor peso de la institución de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro Derecho constitucional se deriven consecuencias (que en todo caso no deberían exagerarse) para el modelo de relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, en la línea de dotar de un mayor protagonismo al segundo, es algo muy a tener en cuenta pero en todo caso accesorio o derivado del problema principal que es, insistimos, el del Estado social. Pretender eludir este problema con argumentos procesales fundados en una