

CONTROL ABSTRACTO DE NORMAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN SOBRE EL TRATADO DE LISBOA

Christian TOMUSCHAT

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La sentencia sobre el Tratado de Lisboa del Tribunal Constitucional Federal Alemán.* III. *Control abstracto de normas. Algunas reflexiones generales.* IV. *Observaciones concluyentes.*

I. INTRODUCCIÓN

Cualquier corte constitucional está facultada para hacer respetar las normas y principios consagrados en la Constitución, resguardándolos contra violaciones provenientes no sólo del poder ejecutivo, sino también del legislativo. No fue antes del siglo XX que emergió la idea de que la protección judicial también debería garantizarse en contra de los actos de los órganos parlamentarios. Resulta razonable que tal control pueda provocar tensiones. Francia tenía una larga tradición de aborrecer un *gouvernement des juges*. Todavía siguiendo esta línea, la Constitución holandesa de 1983 (artículo 120) prohíbe a los jueces que conozcan sobre la constitucionalidad de las leyes y los tratados internacionales. Pero esta reticencia ha perdido progresivamente su apoyo en las sociedades democráticas modernas. En particular, los Estados de Europa central y del este se apresuraron a establecer cortes constitucionales luego de haberse liberado ellos mismos de las sofocantes restricciones dictatoriales como consecuencia de la caída de los régimes socialistas en 1989/1990.

La constitucionalidad de las leyes parlamentarias puede ser evaluada bajo diferentes procedimientos. En muchos países, los ciudadanos tienen el derecho de presentar un recurso de amparo constitucional cuando sienten que sus derechos fundamentales, protegidos por la Constitución, han sido violados. En Alemania, por ejemplo, este tipo de recurso de amparo ha emergido como la pieza central del sistema de la jurisdicción constitucional. En otros países, la principal modalidad de control está plasmada en el llamado control “concreto” o “incidental” de normas, donde los tribunales pueden remitir las leyes que consideran afectadas por defectos constitucionales a la corte constitucional competente. En Italia, ésta es la principal forma de control de constitucionalidad. La tercera modalidad, el control abstracto de normas, permite a ciertos determinados actores someter una ley a valoración independientemente de cualquier acto específico de aplicación, inmediatamente después de que la ley ha entrado en vigencia o, bajo específicas circunstancias, incluso antes de esta fecha. Uno podría llamar a ésta tercera configuración como la culminación del sistema de jurisdicción constitucional, puesto que conlleva a una confrontación puramente normativa entre dos normas jurídicas distintas en diferentes niveles de jerarquía, dejando fuera de consideración cualquier circunstancia de hecho específica.

Es obvio que el control abstracto de normas sólo puede tener lugar cuando una corte constitucional única ha sido establecida con el objeto de velar por una interpretación y aplicación adecuada de la Constitución. Donde, por otra parte, el control constitucional de actos legislativos es más o menos un producto de la tarea de cada juez de aplicar la ley según su graduación jerárquica, estando la Constitución ubicada en la cúspide de esa jerarquía y consecuentemente gozando de primacía, tal control *principaliter* está excluido. El control abstracto, que no está vinculado a una controversia legal específica, conduce necesariamente a una valoración general donde la respuesta debe ser categóricamente si o no: o la norma en cuestión es compatible con la Constitución, o no lo es. Tal decisión debe ser confiada a un solo juez; no puede estar en la esfera de decisión de todos y cada uno de los jueces en un determinado país de tomar esa decisión por sí mismos. En consecuencia, el control abstracto de las normas es desconocido en los Estados Unidos, donde la decisión en *Marbury vs. Madison*¹ surgió de un famoso proceso donde el demandante (*Marbury*)

¹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

invocó una ley (*Judiciary Act*) considerada por la Corte Suprema como incompatible con la Constitución. Lo mismo ocurre en todos los otros países que han optado por un sistema difuso de control de constitucionalidad.² Sin embargo, especialmente en Europa central y del este, el control abstracto ha ocupado un lugar central. Obviamente, cada una de las nuevas cortes constitucionales merecería un cuidadoso estudio separado en cuanto al desempeño en el tratamiento de las diferentes modalidades procesales puestas a su disposición.

II. LA SENTENCIA SOBRE EL TRATADO DE LISBOA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante: Tribunal o Corte) del 30 de junio del 2009³ muestra de una forma paradigmática las potencialidades, pero también las debilidades inherentes al control abstracto de normas. La sentencia puso fin a la amarga disputa sobre la conformidad del Tratado de Lisboa con la Ley Fundamental (LF) alemana. Representantes políticos tanto de la extrema derecha y la izquierda del espectro político habían cuestionado el Tratado, arguyendo esencialmente que era incompatible con el principio democrático, que conducía a una pérdida de la estatalidad de la República Federal Alemania y que también violaba los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes. Por su sentencia del 30 de junio del 2009, el Tribunal rechazó estos cuestionamientos, requiriendo únicamente que la Ley de implementación que lo acompaña (“*Begleitgesetz*”)⁴ debía ser reelaborada, para darles más poderes a los órganos parlamentarios alemanes en casos

² Para una visión general véase Christian Tomuschat, “Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”, en: Peter Badura & Horst Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (Vol. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001) 245, 251 y 252; Wojciech Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht: Springer, 2008) 1-13.

³ Afortunadamente, una traducción en inglés fue proporcionada inmediatamente junto con el texto original en alemán: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

⁴ Ley sobre extensión y fortalecimiento de los derechos de la Cámara Federal y del Consejo Federal en asuntos de la Unión Europea (Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union).

de extensión o reforzamiento de las competencias de la Unión. Esto es, se decidió que era inconstitucional la “*Begleitgesetz*”. El Tribunal consideró que cualquier aumento en las competencias de la Unión debía ser validado por una ley parlamentaria, pues la voz determinante de la representación alemana en el Consejo en los casos de decisión por unanimidad necesitaba una legitimidad democrática necesaria que no podía serle conferida por un miembro del Poder Ejecutivo.

Aparte de este bienvenido resultado, las razones dadas por el Tribunal indican un alto grado de escepticismo frente al proceso de integración Europeo. El Tribunal niega el carácter democrático del sistema institucional de la Unión. En particular, sostiene que el principio democrático de igualdad de derecho al voto no se acaba en las urnas. Este requiere que la igualdad se vea también reflejada en la composición del órgano electo, es decir, en el Parlamento Europeo.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal sostiene que el Parlamento Europeo no puede ser reconocido como una verdadera institución democrática dado que pequeños países como Luxemburgo y Malta disfrutan de una representación mucho mejor con un número más alto de diputados *per capita* que Francia y Alemania. Consecuentemente, el Tribunal llega a la conclusión que el proceso de integración europeo continúa recibiendo su legitimidad democrática primeramente de los parlamentos de los Estados miembros. Pero advierte que hasta ahora han sido alcanzados los límites externos permitidos por la cláusula de integración de la LF, artículo 23 (1). Cualquier reforzamiento significativo de la Unión Europea susceptible de arriesgar la estatalidad de Alemania requeriría un nuevo, cualitativamente diferente fundamento constitucional, involucrando el *pouvoir constituant* del pueblo alemán.

El marco de esta ponencia no da lugar a realizar un estudio detallado de las decisiones del Tribunal. Nos limitamos en este momento a enfatizar los rasgos principales de esa sentencia en la medida en que ellos sean relevantes para el tema bajo discusión. Primero, el Tratado de Lisboa fue examinado anticipadamente a su entrada en vigor, antes de que cualquier acto de aplicación haya tenido lugar. Segundo, el Tribunal revisó el Tratado en su totalidad, cualquiera de sus disposiciones que posiblemente pudieran alegarse como violatorias de las reglas sustantivas y principios de la LF, yendo mucho más allá de las críticas dirigidas contra el carácter democrático de la Unión. Así, el Tribunal jugó un rol central en

la evaluación de los beneficios del Tratado y sus posibles deficiencias. Su examen detallado se acerca a establecer una hoja de balance general político. El Tribunal asumió funciones similares a aquellas de un órgano parlamentario involucrado en predecir las consecuencias que probablemente conllevará el Tratado.

1. La admisibilidad de los recursos de amparo constitucional

Desde un punto de vista procesal, deben hacerse dos objeciones principales contra la sentencia del Tratado de Lisboa. La primera de las cuestiones que merece una cuidadosa atención es la determinación que los recursos de amparo constitucional fueran admisibles. La segunda, es la elección del parámetro de control. El Tribunal se movió lejos de los derechos individuales que abrirían las puertas de entrada a los procedimientos, pero observó desde el inicio de su examen de la admisibilidad del caso pendiente ante ella que podrá recurrir al principio democrático y al principio del Estado social alemán y que, adicionalmente, consideraría si la estatalidad de Alemania estaba en peligro.

El título de esta contribución es el “control abstracto de normas”, pero los procedimientos fueron iniciados por un recurso de amparo constitucional. Esta yuxtaposición parecería indicar una abierta contradicción. Pero éste no es el caso. Nuestra tesis principal es que el Tribunal transformó la acción constitucional que tenía que resolver hacia una vía de control abstracto de las normas. De conformidad con el procedimiento que regula los recursos de amparo constitucional, cualquier persona puede alegar que uno de sus derechos fundamentales u otros derechos con estatus similar han sido violados. En este caso, los recursos de amparo constitucional presentados por los demandantes argumentaron que les habían sido violados sus derechos consagrados en el artículo 38 de la LF. Según esta disposición, cualquier ciudadano alemán tiene el derecho a elegir y a ser elegido para el *Bundestag* alemán. Claramente, el Tratado de Lisboa no pretende modificar el sistema electoral alemán.

Sin embargo, en una famosa decisión anterior, la sentencia sobre el Tratado de Maastricht,⁵ el Tribunal por primera vez sostuvo que el artículo 38 de la LF no se limitaba sólo a garantizar el derecho a voto en

⁵ Fallo del 12 de octubre de 1993, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 89, 155; traducción en inglés: 33 *ILM* 388 (1994).

elecciones para el Bundestag y a presentarse como candidato, sino que iba más allá de cualquier concepción puramente “formal” de esa disposición. Leído a la luz del principio democrático, el artículo 38 de la LF confería a cada ciudadano un derecho a elegir un Bundestag que tuviera poderes sustanciales de decisión. Un cuerpo parlamentario privado de la mayor parte de sus competencias, reducido a una entidad vacía sin ningún poder real, no satisfacía los requerimientos democráticos tal y como se establecen en la LF.⁶

Esta fue y aún sigue siendo una interpretación audaz del artículo 38 de la LF, que nadie había previsto con anterioridad. Dicha interpretación cambia completamente la esencia del recurso de amparo constitucional. Cuando se emprende el camino abierto por el Tribunal, un ciudadano no reivindica específicamente los derechos que la LF le ha conferido a él/ella, sino asciende a la defensa del orden constitucional en general. En términos concretos, la jurisprudencia del Tribunal significa que cualquier otorgamiento de competencias supranacionales a una organización internacional, o incluso el método tradicional de suscribir un tratado por medio del cual sean establecidas obligaciones internacionales de tipo tradicional, puede ser cuestionado por los ciudadanos que estén insatisfechos por la decisión política subyacente a tal instrumento. Así, por ejemplo, la adhesión a las Naciones Unidas formaría parte de la esfera o alcance del recurso de amparo individual, argumentando su autor que los poderes del Consejo de Seguridad constituyen una intervención inaceptable en la autoridad gubernamental alemana. Igualmente, el proceso de resolución de disputas dentro del sistema de la OMC podría también estimarse como demasiado amplio en cuanto Alemania tiene que aceptar la naturaleza vinculante de los resultados de los organismos de resolución de controversias de la OMC. Desde ahora, ninguna determinación importante en materia de política exterior parece inmune a los recursos que emanen de los ciudadanos que estimen que Alemania está dirigiéndose en un camino equivocado.

Los demandados en el caso del Tratado de Lisboa, tanto el gobierno federal como el Bundestag, argumentaron que no debería el Tribunal continuar en esta línea de razonamiento. La extensión del alcance del recurso constitucional de una forma tan expansiva equivaldría a la introducción de una *actio popularis* que es ajena al sistema legal alemán. Al efecto, tanto el artículo 19 (4) de la LF, que prevé que toda persona

⁶ Paras. 175, 210, 246.

cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial, como el artículo 93 (1) cláusula 4 de la LF, que regula la competencia del Tribunal sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales, ambas normas especifican que cualquier actor debe demostrar una violación personal e individual de sus derechos. Este requerimiento —que por supuesto no es fácil de satisfacer cuando el objeto de un recurso judicial es una ley— enseña de manera convincente que el amparo constitucional sirve para proteger los intereses específicos de un individuo agraviado pero no lo eleva a un nivel de contralor general. Sin embargo, como emergió de manera inequívoca durante la audiencia, al Tribunal no le gustó que sus resoluciones anteriores fueran cuestionadas. Los jueces manifestaron sin ambigüedad que el precedente Maastricht debía ser respetado como sacro.

Completamente en línea con el objetivo legal del recurso constitucional, la Corte ha sostenido constantemente que un reclamante debe estar afectado de manera personal, directa y actual (*selbst, unmittelbar und gegenwärtig*).⁷ Estos tres criterios sirven para limitar los amparos constitucionales a instancias en donde la existencia de agravios actuales y tangibles puede ser demostrada de manera concreta. En el caso del Tratado de Lisboa, se requiere de gran habilidad para afirmar que un caso *prima facie* puede establecerse en ese sentido. El razonamiento tendría que probar que en una situación en donde todos los ciudadanos alemanes, sin excepción, están similarmente interesados, todos están “personalmente” afectados. La mayoría de los argumentos del Tribunal se centran en posibles desarrollos futuros. Escenarios que son imaginados, que no tienen nada que ver con las circunstancias presentes al día de hoy. Finalmente, muchos pasos intermedios tendrán que ser necesarios antes que cualquiera de las amenazas tomadas en cuenta por el Tribunal puedan ser capaces de materializarse. Bastante interesante resulta que el Tribunal no trata directamente el tema.⁸ Ningún esfuerzo se hace para demostrar que los tres criterios relevantes hayan sido cumplidos. El Tribunal cree que la invocación del artículo 38 de la LF en sí mismo proporciona suficiente base para los recursos. No reconoce que el agravio sufrido “en común con la gente en general” tiene específicas características que lo establecen en una cla-

⁷ Véase párrafo 171.

⁸ Parras. 171-175.

se propia, donde el reconocimiento de la aptitud procesal para demandar realmente cambia el sistema de control constitucional completamente.⁹

Es cierto que en el caso de un tratado internacional la situación legal tiene aspectos que lo distinguen profundamente de los casos rutinarios. Una vez un tratado internacional ha sido debidamente ratificado, el principio de *pacta sunt servanda* previene objeciones *ex post*.¹⁰ Habiéndose unido al club, uno debe soportar las consecuencias de esa decisión. A pesar de que el Tratado de Lisboa expresamente permite retirarse de la Unión (artículo 50), tal movida dramática se volvería políticamente justificada únicamente bajo circunstancias extremas, a un costo tanto para los ciudadanos como para la economía. Para todos los efectos prácticos, el tratado configurará el destino de todos los ciudadanos europeos por lo menos por una década.

La comprensión de que en la ausencia de cualquier otro actor con intención de cuestionar el Tratado, los amparos frente a ella le proporcionaron la única oportunidad para hacer un pronunciamiento legal, era probablemente la razón de mayor peso que llevó a la Corte a aceptar la admisibilidad de esos recursos de amparo. La Corte como protectora de la LF deseaba decir la palabra determinante en la pretendida restructuración constitucional profunda. Sin embargo, se debe repetir que bajo la LF el ciudadano individual no ha sido elevado al rango de encargado de garantizar la legalidad constitucional perfecta. El amparo constitucional es, esencial y primeramente, diseñado para proteger sus derechos y libertades personales. Examinar leyes que provienen directamente fuera de la maquinaria legislativa es una tarea particularmente delicada.

La LF ha creado un procedimiento especial para ese objetivo, es decir el “control abstracto de normas” (artículo 93 (1) cláusula 2). A algunos actores en altas posiciones se les confiere el derecho a presentar este recurso: el gobierno federal, un gobierno regional, o un tercio de los miembros del Bundestag. Ellos gozan del amplio derecho de someter a

⁹ La Corte Suprema de los Estados Unidos sostiene que las demandas de contribuyentes de impuestos son inadmisibles porque los contribuyentes de impuestos únicamente pueden alegar que sufren de una forma indefinida y con la gente en general, véase *Frothingham vs. Mellon*, 262 U.S. 447, 488 (1923); *DaimlerChrysler v. Cuno*, 547 U.S. 332 (2006).

¹⁰ Pero véase dudas surgidas en relación con el carácter absoluto de *pacta sunt servanda* en Tomuschat, Christian, “*Pacta sunt servada*”, *Peace in Liberty. Festschrift für Michael Bothe*, Baden-Baden, Nomos & Dike, 2008, pp. 1047-1065.

la evaluación judicial cualquier promulgación de ley luego de su entrada en vigencia. Cuando un tratado internacional es cuestionado, el proceso puede ser iniciado inclusive luego de la clausura de los procedimientos parlamentarios, antes de la firma del acta por el Presidente Federal y su promulgación en la *Gaceta Federal*, precisamente por el efecto vinculante que la ratificación internacional conlleva. El ciudadano individual, sin embargo, carece de la capacidad para llevar a la acción un procedimiento de control abstracto de normas. El no está dentro de los supuestos del artículo 93 (1) cláusula 2 como uno de los sujetos autorizados para iniciar tal procedimiento.

En el caso bajo análisis, ninguno de los actores privilegiados había decidido acudirse a la Corte bajo el artículo 93 (1) cláusula 2 de la LF. Como en el caso del Tratado de Maastrich, la Corte vio esta pasividad implícitamente como una falla del cumplimiento de sus deberes constitucionales. Por lo tanto, el Tribunal reconoció al ciudadano individual, curiosamente representado primordialmente por algunos miembros del *Bundestag* que ejercieron sus derechos como cualquier ciudadano, como *defensor legalitatis*. A primera vista, esto puede parecer una gloriosa idea. Donde las instituciones gubernamentales fallan en actuar, el ciudadano ordinario entra al escenario y rectifica lo que ha funcionado mal.

2. *El parámetro legal utilizado por el Tribunal Federal Constitucional*

Como ya se indicó, el segundo punto que merece atención más detenida, vinculado al primero, es la amplitud del control ejercido por la Corte. No invoca sola y específicamente el artículo 38 de la LF, la base para su competencia en razón de la materia, pero acude a todas y cada una de las normas de la LF, siguiendo las múltiples alegaciones de los demandantes. Por lo tanto, el Tribunal procede exactamente de la misma manera en que lo haría si hubiese tenido que proceder en un caso de control abstracto de normas. Es cierto que ya en una fase bastante temprana de su jurisprudencia comenzó incluyendo principios constitucionales objetivos, generales en el arsenal de parámetros legales a considerarse los amparos constitucionales.¹¹ Pero esto se hizo en circunstancias diferentes. En las

¹¹ BVerfGE 33, 247, 259 (28 de junio 1972); 45, 63, 74 (7 junio de 1977); 81, 278, 290 (7 marzo de 1990).

sentencias que afirman el derecho del reclamante para invocar también principios objetivos de derecho constitucional, se trataba siempre de determinar si en un caso específico habían sido infringidos los derechos individuales. En esta conexión, una solución apropiada podría ser determinar si los fundamentos legales en los cuales el acto reclamado se basaba, estaban en completa conformidad con la LF. Pero es una cosa totalmente distinta usar el amparo constitucional como un “abridor de puertas” para poder subsecuentemente llevar a cabo un análisis exactamente como si hubiese sido iniciado un proceso de control abstracto.

La doctrina jurídica en Alemania generalmente ha acogido este salto cualitativo hacia adelante como un fortalecimiento del Estado de derecho, que ha sido saludado.¹² Sin embargo, nunca antes había tomado tal amplitud y profundidad el alcance del control efectuado por la Corte, como en el caso bajo estudio. En tales circunstancias, esta jurisprudencia puede aparecer más propensa a fortalecer los poderes de la Corte que los derechos del ciudadano agraviado.¹³

III. CONTROL ABSTRACTO DE NORMAS. ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

El derecho a iniciar un proceso constitucional dirigido directamente contra una ley es un bien preciado y al mismo tiempo extremadamente delicado. La legislación parlamentaria nunca satisface a todos. Permitir que cualquier persona descontenta cuestione una nueva ley frente a una corte constitucional, inmediatamente luego de su promulgación, equivale a una señal invitando a todos a hacer uso de esa oportunidad en la fecha

¹² Gusy, Christoph, “Die Verfassungsbeschwerde”, en Van Ooyen Robert Chr. y Möllers Martin H. W. (eds.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006), 201, pp. 211 y 212; Lechner, Hans y Zuck, Rüdiger, *Bundesverfassungsgerichtgesetz. Kommentar*, 5a. ed., München: C.H. Beck, 2006, § 90 números de margen 9-12; algo más cautelosos son Schlaich, Klaus y Korieth, Stephan, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7a. ed., München: C.H. Beck, 2007, 153, núms. de margen 272 y 273.

¹³ Véanse críticas por Ernst Benda & Eckart Klein, *Verfassungsprozessrecht* (2da ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2001) 167-173; Eckart Klein, “Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde”, 35 *Die Öffentliche Verwaltung* 797, 801-804 (1982); Wolfgang Kries, “Auf dem Weg in den verfassungsgerichtlichen Kirisdiktionstaat?”, en: *Festschrift für Klaus Stern* (München: Beck, 1997) 1135, 1173-4.

más temprana posible. Los procesos constitucionales son onerosos, no sólo para las partes en el litigio. Pueden probablemente socavar la certeza jurídica también en aquellos casos en los que no se disponga de una evidencia cierta que pueda apuntar hacia una incompatibilidad existente con la LF, y lo mismo vale para el orden constitucional de cualquier otro país. En particular, el proceso de control abstracto de normas incita a los reclamantes a especular, a imaginar los escenarios más implausibles. La situación es totalmente diferente cuando una ley ha sido puesta en práctica. Desde ese momento, una base firme de decisiones administrativas y/o resultados judiciales amarra la interpretación a un fondo de duras realidades que descartan las conjeturas altamente subjetivas. Se volverá más claro como las provisiones de la ley pueden ser interpretadas y aplicadas a los hechos actuales de la vida. En muchos países, doctrinas de interpretación de armonía con la Constitución¹⁴ o armonía con el derecho internacional ayudan a evitar cualquier conflicto abierto con normas de un nivel jerárquicamente superior. Y un factor humano debe también tomarse en cuenta. Cuando el polvo de las batallas parlamentarias se ha asentado, a cierta distancia de emociones y prejuicios, será normalmente mucho más fácil arribar a una evaluación objetiva de la posición legal. En contraste, el proceso de control abstracto acarrea el ambiente parlamentario cargado de tensiones derecho hacia los pasillos de la justicia.

Por esta razón, en la mayoría de los países la legislación ha sido generalmente muy cautelosa en permitir a los individuos atacar directamente a las leyes. Normalmente, como en Alemania, el círculo de actores adecuados ha sido cuidadosamente circunscrito. En Francia, el control de normas es posible sólo antes de la entrada en vigencia de la ley, bajo condiciones bastante similares a aquellas aplicables en Alemania a leyes que aprueban tratados internacionales.¹⁵ En Italia, las leyes no son absolutamente inmunes del control *principaliter*, pero pueden ser atacadas sólo en conexión con disputas entre el gobierno nacional y cualquiera de las regiones.¹⁶ España tiene un sistema que en gran parte se asemeja al régi-

¹⁴ Véase últimamente BVerfGE 122, 39, 60, 14 de octubre de 2008.

¹⁵ Artículo 61 (2) de la Constitución Francesa 1958 provee: "...Actos del Parlamento puede ser referidos al Consejo Constitucional, antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta miembros de la Asamblea Nacional o sesenta senadores".

¹⁶ Artículo 127 de la Constitución provee: "(1) Cuando el Gobierno considere que una ley regional exceda los poderes de la región, puede elevar la cuestión de su consti-

men bajo la LF.¹⁷ Requerimientos similares gobiernan el control abstracto de las normas en otros Estados dotados con cortes constitucionales. Los únicos países donde todo ciudadano está autorizado directamente para cuestionar una ley que se considere infringe derechos constitucionales son Hungría¹⁸ y Colombia.¹⁹ En Colombia, esta osadía legislativa ha provocado elevadísimos números de acciones legales. Un esfuerzo se ha hecho para restringir el número de aplicaciones al imponer en cualquier reclamante la carga de sustanciar detalladamente sus quejas. Las demandas de inconstitucionalidad deben generar “una verdadera controversia constitucional”. No son admisibles argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales. Este requerimiento puede haber tenido un efecto beneficioso permitiendo la desestimación *ab initio* de aplicaciones redactadas de manera apresurada y sin suficiente cuidado.

En Alemania, voces con autoridad han enfatizado cuán importante para el bienestar general es definir estrechamente el círculo de sujetos autorizados a presentar el remedio de control abstracto.²⁰ En un Estado democrático bajo el Estado de derecho, existe una presunción al efecto de que la legislatura ha actuado de forma legal, en consonancia con la Constitución.²¹ Por lo tanto, sus acciones deben ser generalmente respetadas. Las cosas cambian tan pronto como un individuo puede plausiblemente alegar que sus derechos han sido infringidos. En tal caso un remedio debe estar a su disposición.

En el caso de Lisboa, la Corte procedió desde una lógica distinta. Considerando que el sistema de control judicial no operó apropiadamente, debido a la pasividad de las instituciones o personas encomendadas por la LF con asegurar la constitucionalidad de los actos legislativos, confirió en el ciudadano individual un estatus oficial de vigilante —una transformación

tucionalidad ante la Corte Constitucional dentro de sesenta días de la publicación de la ley.

¹⁷ Constitución, artículo 162 (1) (lit. a).

¹⁸ Véase Sadurski, *op. cit.*, p. 6.

¹⁹ Constitución, artículo 241 (4).

²⁰ Drath, Martin, “Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, 9 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 89 (1951); Benda y Klein, *cit.*, margen nota 709.

²¹ Véase Scholz, Rupert, “Karlsruhe im Zwielicht—Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG”, *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern* (München: Beck, 1997), pp. 1201 y 1208.

de la cual la profesión legal aún no se ha dado cuenta completamente—. En conformidad con su jurisprudencia, en el caso del Tratado de Lisboa todos los que disfrutan del derecho a votar según el artículo 38 de la LF pudieron haber presentado una reclamación constitucional. En la actualidad, sin embargo, en los procedimientos que condujeron a la sentencia del 30 de junio del 2009, sólo dos individuos actuando separadamente y dos grupos de reclamantes, el primer grupo consistente en 53 personas —todos ellos miembros del partido “Die Linke”— y un segundo grupo consistente en cuatro personas, estuvieron involucrados. Pero no se conoce cuantos otros titulares de derechos bajo el artículo 38 de la LF se fueron hacia Karlsruhe: la Corte no ha dado a conocer las cifras relevantes.

Es obvio que en cada país el balance de la arquitectura constitucional depende en gran medida en la definición de la capacidad procesal en procedimientos constitucionales. Es bastante erróneo creer que el Estado de derecho es mejor servido al otorgar amplio, incluso ilimitado acceso a la corte constitucional. Si cualquier dificultad constitucional puede ser presentada ante un juez competente por cualquier persona, un resultado es seguro, concretamente que el poder de la rama judicial se incrementará en detrimento de los cuerpos legislativos correspondientes. Alexis de Tocqueville ha escrito excepcionales páginas sobre las inherentes limitaciones del Poder Judicial.²² El observa que en los Estados Unidos los jueces están restringidos por tres características funcionales de su cargo. Primero, los jueces adjudican disputas actuales, pero no cuestionan las leyes directamente. Cuando un juez “se pronuncia sobre una ley sin referencia a un caso en particular, se sitúa justo afuera de su esfera e invade la de la legislatura”. Segundo, los jueces se pronuncian “sobre casos particulares y no sobre principios generales”. Tercero, los jueces “pueden actuar únicamente cuando son requeridos”, cuando el Poder Judicial toma el asunto. Algunas de estas presuposiciones pueden haberse vuelto obsoletas por medio del proceso victorioso del concepto de jurisdicción constitucional. Pero respecto a que Alexis de Tocqueville deseaba decir que los principios legales debían ser enmarcados por la rama legislativa del gobierno, y no por la judicial, él a este día a un está en lo correcto. La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha afirmado, constantemente, y respetado estos principios

²² *Democracy in America*, 1848, trad. de George Lawrence, Mayer J. P. (ed.), Nueva York, Harper Perennial, 1969, vol. 1, parte I, capítulo 6, p. 100.

Puede argumentarse que nuestra advertencia en contra de recurrir de forma prematura al control judicial de normas es poco persuasiva ya que en cualquier caso una ley puede ser atacada en una etapa posterior, cuando un individuo reclama haber sufrido un agravio actual. Entonces, tomando a Alemania como ejemplo, el caso relevante en todo evento se presentara ante la Corte, ya sea por referencia incidental o por la vía de un amparo constitucional. De manera adicional, se habrá ganado tiempo. Controlar una ley desde su incepción es mejor que examinarla en una etapa posterior por pequeños pasos, de acuerdo con las contingencias de las controversias concretas que sean llevadas al conocimiento de las cortes ordinarias y otros tribunales.

No estamos convencidos por este tipo de argumentos. Estos están por supuesto relacionados al método y proceso de la interpretación. Quien se adhiera a la teoría “pura” de la interpretación puede tomar la perspectiva que el entorno procesal en el cual el alcance y significado de una norma requiere que sea dilucidado no juega un rol determinante. De este modo, Klaus Schlaich, autor de la primera monografía comprehensiva sobre la Corte, sostiene que la interpretación de la LF es una interpretación *tout court* y que, consecuentemente, un juez constitucional realiza el mismo trabajo que cualquier otro juez,²³ y la misma posición es sostenida por Wolfgang Löwer.²⁴ Apoyándolo implícitamente, algunos autores ponen gran confianza en los principios tradicionales de interpretación. Christian Starck, otra autoridad en el campo de la resolución de conflictos constitucionales, firmemente cree en el valor guiator de esos principios.²⁵ Una voz más escéptica es la de Gerd Roellecke, quien cree que la actividad judicial es invariablemente capaz de tomar giros y vueltas impredecibles.²⁶ Un buen ejemplo de tal imprevisibilidad es proporcionado por la

²³ “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, 39 *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 99, p. 135.

²⁴ “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3a. ed., vol. III, Heidelberg: C. F. Müller, 2005, pp. 1285, 1345, margen número 59.

²⁵ “Auslegung und Fortbildung der Verfassung und des Verfassungsprozessgesetzes durch das Verfassungsgericht”, *Staat im Wort. Festschrift Josef Isensee*, Heidelberg: C.F. Müller, 2007, 215, 216 f.

²⁶ “Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge”, Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *cit.*, 1201, 215; véase también Classen, Claus Dieter, “Funktional ausdifferenzierte Rechtsprechungskompetenzen?”, 62 *Juristenzeitung* 53, 2007.

sentencia de Lisboa en donde la Corte, sólo para mencionar los aspectos más sorpresivos de su pronunciamiento, recurre a una interpretación provincial del principio democrático y donde margina la apertura de la LF (preámbulo: “inspirado por la determinación de promover la paz mundial como un socio igualitario en una Europa unida”) al balancearlo en contra del principio clásico de soberanía estatal.

Aspectos generales de interpretación de un texto constitucional no pueden ser discutidos en este simposio. Nosotros solamente deseamos subrayar que precisamente con relación al orden fundamental del Estado surge la pregunta de qué si y en qué medida el entendimiento de conceptos básicos como democracia o apertura hacia Europa debe tratar de establecer armonía con la opinión pública. Este problema no es nuevo para la Corte.²⁷ Anteriores resoluciones como la decisión de los crucifijos en las aulas de clases²⁸ o la aprobación del eslógan “*Soldaten sind Mörder*” (“soldados son asesinos”) —en cuanto cubiertas por la libertad de expresión—²⁹ levantaron olas de emoción pública. La sentencia de Lisboa, aunque su efecto llegará ciertamente mucho más lejos que estas dos decisiones, aun no ha bajado verdaderamente a público en general, dado su alto nivel de tecnicismo. Sin embargo, coloca el dilema justo frente a nosotros. ¿Es justificado que un cuerpo de jueces imponga su muy particular y privado “*Weltbild*” a una nación entera? ¿No están ellos sujetos a una particular obligación de reserva? Nadie puede escapar de su identidad. E incluso buscando “purificar” su estado mental,³⁰ una persona permanecerá igual luego de asumir un elevado cargo judicial. Y además, los jueces constitucionales deben verse a sí mismos como interpretes “iluminados” de la Constitución. Ellos nunca deben actuar con el deseo de utilizar las oportunidades únicas que disfrutan para impartir al barco del Estado la dirección que ellos consideran como la única correcta.

²⁷ Véase Folke Schuppert, Gunnar y Bumke, Christian (eds.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

²⁸ BVerGE 93, 1 (16 de mayo de 1995); traducción al inglés: *Decisión of the Federal Constitutional Court*, vol. 4: *The Law of Freedom of Faith and the Law of the Churches*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 278.

²⁹ BVerGE 93, 266 (10 October 1995); traducción al inglés: *Decisions of the Federal Constitutional Court*, vol. II/2: *Freedom of Speech*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 659.

³⁰ Puede hacerse referencia, con esta conexión, al principio de “*Nicht-Identifikation*”, sugerido por Herbert Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, pp. 178 y ss.

Como ya se indicó, cuando una corte constitucional tiene que adjudicar una controversia concreta, los argumentos relevantes en contra y en favor ya han sido definidos y pulidos. La corte sabe lo que está en juego y cuáles serán las consecuencias de su decisión. Este contexto específico permea el proceso de interpretación, dándole cara y cuerpo. A los jueces se les impide especular; al contrario, están compelidos a argumentar con los pies sobre la tierra. Esto parece que corresponde con una legítima división de tareas entre la legislatura y el Poder Judicial. La legislatura debe establecer las reglas generales de un régimen para ser puestas en operación; si ese régimen, en el curso de su implementación, muestra debilidades, tales debilidades deben ser remediadas por el juez constitucional.

IV. OBSERVACIONES CONCLUYENTES

Al final de esta discusión, uno simplemente tiene que notar que, a pesar de todos los buenos argumentos que se esgrimen en contra de la dramática extensión de los poderes que la Corte ha procurado para sí misma al adherirse a una interpretación extravagante del artículo 38 de la LF, la jurisprudencia como se ha originado en la sentencia de Maastrich y ha sido consolidada en la sentencia bajo examen, está probablemente destinada a permanecer. Alemania deberá descubrir en los próximos años y décadas si es que su confianza en los efectos beneficiales de un juzgador constitucional omnipresente es verdaderamente justificada.³¹ En cualquier caso, nuestra conclusión es que el proceso de control abstracto de normas debe quedarse exclusivamente en las manos de ciertos actores con el sentido de responsabilidad que esté institucionalmente asegurado. Otorgar a todos un recurso que equivale a una *actio popularis* no puede ser reconocido como un avance del Estado de derecho. La Corte estaría bien aconsejada para reflexionar una vez más sobre la jurisprudencia que inició con la sentencia de Maastrich en 1993.

³¹ Véase también Tomuschat, Christian, "Das Europa der Richter", *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte*, Festschrift für Georg Ress, Köln et al., Carl Heymanns, 2005, pp. 857-874.