

EL ESTATUS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL EN ALEMANIA*

Gerhard LEIBHOLZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Informe del ponente Gerhard Leibholz al pleno del Tribunal Constitucional Federal acerca de la cuestión del “estatus”*.

I. INTRODUCCIÓN

1

La Ley Fundamental de Bonn (LF) constituye un orden jurídico democrático-liberal, reconoce al federalismo y al mismo tiempo consagra el principio de Estado de derecho. Como parte de esta consagración, el artículo 20.3, LF, dispone vincular expresamente la función legislativa al orden constitucional, y las funciones ejecutiva y jurisdiccional a la ley y al derecho. Además, la Ley Fundamental declara en otro sitio que el orden constitucional de los Estados federados (*Bundesländer*) responderá a los principios del Estado de derecho

* Traducción de Jorge Silvero Salgueiro. “Der Status des Bundesverfassungsgerichts” fue publicado originalmente por Gerhard Leibholz en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band, 1957. S.110-137 (*Anuario [alemán] de Derecho Público de la Actualidad*, nueva serie, t. 6, 1957, pp. 110-137). En forma abreviada: JöR nF Bd. 6, 1957. En esa época el anuario era editado por Gerhard Leibholz, y actualmente por Peter Häberle. La casa editorial es Mohr Siebeck, con sede en Tübingen.

Se trata de una colección de 13 materiales entre dictámenes, informes y pareceres jurídicos (pp. 110-220), que conforman el debate inicial alemán acerca de la posición y el rol que tendría que desempeñar el Tribunal Constitucional Federal en la nueva estructura estatal diseñada por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Para la presente publicación se escogieron el “Informe del ponente al pleno del Tribunal Constitucional Federal acerca de la cuestión del estatus”, de 1952, por ser el documento original en el que Leibholz plasmó sus ideas y sirvió de base para la posterior elaboración del Informe (*Denkchrift*) del pleno del Tribunal. El segundo documento es la “introducción” a la publicación de 1957, donde Leibholz, aprovechando el paso del tiempo, explicó nuevamente los puntos centrales acerca de la cuestión del estatus del Tribunal Constitucional.

** 1901-1982. Fue juez del Tribunal Constitucional Federal desde sus inicios en 1951 hasta 1971.

republicano, democrático y social en los términos de la propia Ley Fundamental (artículo 28.1.1, LF). En esa línea, el artículo 1.3, LF, establece que los derechos fundamentales vinculan no solamente a los poderes Ejecutivo y Judicial, sino también al Legislativo.

Lo que ha de entenderse sobre el concepto de Estado de derecho ha sido extensamente discutido en el transcurso del último siglo por la ciencia jurídica y la práctica judicial. En general, se acostumbra a expresar que el contenido de este concepto no puede ser establecido a priori, sino que es cambiante y que debe entenderse en un contexto histórico, para determinar a partir de ahí su especificidad.¹ Si esta concepción dominante resulta en verdad convincente —pues ella conduce necesariamente a que sólo se utilicen en la concreción del concepto de Estado de derecho principios de tipo formal relativos a la estructuración del orden constitucional tales como el sistema de división de poderes, la commensurabilidad de todos los actos estatales a la Constitución y a la ley, la independencia de los tribunales y la protección jurídica de tipo judicial—, puede, para los fines de esta exposición, dejarse de lado. Ahora bien, si no se quiere despojar al derecho, y con él al concepto de Estado de derecho, de todo contenido material concibiéndolos, por tanto, sólo de manera puramente formal, entonces deben formularse cuestionamientos fundamentales contra dicha concepción.

De todas maneras, es seguro que de la mera consagración general del Estado de derecho en una Constitución no puede concluirse el significado constitucional en concreto que dicha consagración tendrá en el orden constitucional. Por eso, es necesario indagar la pretensión del constituyente, aquella que tuvo en ese momento histórico específico cuando dejó colar dicha consagración.²

Pues bien, no es determinante para contar entre las características especiales del Estado de derecho configurado por la Ley Fundamental de Bonn, el hecho de que la tutela judicial efectiva del artículo 19.4, LF, logró un desarrollo casi culminante con la Ley Fundamental al amparar a las personas contra el poder público por medio de una vía judicial. Más bien cuenta como una diferencia específica de la Ley Fundamental la expansión de la jurisdicción constitucional en la Federación y en los *Länder*,³ con tribunales

¹ Por ejemplo, Mangold-Klein, *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, 1957, artículo 20, p. 600.

² Leibholz, *Demokratie und Rechtsstaat*, 1957, pp. 27 y ss.

³ Sobre las diferentes formas de jurisdicción constitucional, véase Friesenhahn, “Wesen und Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, N. F., vol. 73, pp. 131 y ss. Acerca de los antecedentes de la jurisdicción constitucional alemana, véase Katz, R., “Bundesverfassungsgericht-Rechtsstaat-Justizstaat”, *Hess. Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung*, 1952, pp. 100 y ss.

constitucionales dotados con la última autoridad jurídica, en una medida no conocida hasta ese entonces, que los erige como custodios de la Constitución.⁴

Esta expansión de la jurisdicción constitucional es desde un punto de vista constitucional de tal importancia que su significado no puede comprenderse en toda su dimensión recurriendo solamente a la calificación de “perfección del Estado de Derecho”. Ciertamente, los tribunales constitucionales son tribunales y, en verdad, autónomos e independientes, que, como otros tribunales, desarrollan una actividad judicial en sentido material y deciden sobre cuestiones jurídicas. Esto es válido incluso para el procedimiento de control abstracto de normas, en el cual en realidad no se crea un nuevo derecho, sino que sólo se expone en un “proceso objetivo” aquello que el constituyente de alguna manera ya ha decidido con anterioridad. Aun en los denominados procesos de legislación negativa se ejerce dicha función de los tribunales constitucionales, cuando se llega a conclusiones con una fuerza vinculante general que ya estaban implícitas en la Constitución, y se esclarece el derecho en cuestión de una vez por todas. En tanto que los tribunales constitucionales, así como cualquier otro tribunal, sólo sirvan a la realización del derecho objetivo y tomen decisiones ceñidas normativamente, entonces se los puede ubicar en el ámbito del Poder Judicial.

Por otro lado, la actividad de estos tribunales, y especialmente la del Tribunal Constitucional Federal, se diferencia decisivamente de la de otros tribunales, y en especial de la de los tribunales federales supremos. En su calidad de órgano de control de los otros poderes, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su función jurisdiccional precisamente en el ámbito constitucional, en el cual el Estado determina su propia naturaleza y pasa a constituirse en una unidad material. Sólo por ese motivo es que ya, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal pueden vincular a todos los órganos de la Federación y de los *Länder*, y que determinadas decisiones incluso vayan más allá y están en condiciones de exigir fuerza legal (artículo 31, Ley del Tribunal Constitucional Federal-LTCF). Con otras palabras, el Estado de derecho de la Ley Fundamental de Bonn se diferencia fundamentalmente del de la Constitución de Weimar y del de la Constitución de Bismarck, debido a que por primera vez en la historia alemana el propio proceso de integración estatal se lleva también a cabo con la ayuda de la jurisprudencia de un tribunal, o —expresado de otra forma— que un tribu-

⁴ Acerca del concepto de “El custodio de la Constitución” véase Leibholz, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

nal constitucional por medio de sus fallos participa al mismo tiempo en el ejercicio del “poder supremo del Estado”.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal ejerce en lo esencial funciones de control y de inhibición, que se limitan a eliminar potenciales situaciones inconstitucionales. Con ello se encarga de que todos los titulares del poder político se conduzcan constitucionalmente. Sin embargo, esto no cambia en nada las constataciones fundamentales que, primero, la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal y de cualesquiera de los tribunales constitucionales por el contrario a los tribunales ordinarios tengan a la vez un carácter político en cuanto a su contenido⁵ en la medida en que el sustrato, el material para proceder a una declaración jurídica, sea político. Por tanto, no es equivocado hablar de derecho político.⁶ Segundo, que los tribunales constitucionales por medio de su actividad jurisdiccional están efectivamente entrelazados con el proceso constitucional de formación de la voluntad estatal.⁷

Esta especificidad del Estado de derecho de la Ley Fundamental de Bonn se manifiesta desde un punto de vista teórico y sistemático en la característica de órgano constitucional (u órgano inmediato del Estado en la terminología de Jellinek)⁸ que detentan tanto el Tribunal Constitucional

⁵ Con Werner Weber, “Das Richtertum in der Deutschen Verfassungsordnung”, *Festgabe für Niedermeyer*, 1953, pp. 272 y ss., se puede expresar que “un profundo foso” separa la jurisdicción constitucional de la jurisdicción civil, penal y administrativa y que aquella en contraste con estas otras representa un mundo diferente. Sin embargo, no debe conducir esta diferencia a ofrecer un motivo para separar, por ejemplo, en términos institucionales, la jurisdicción constitucional y, por sobre todo, la jurisdicción federal constitucional del Poder Judicial unitario. También se estaría juzgando mal la situación cuando, por ejemplo, debido únicamente al especial carácter de la jurisdicción constitucional se creyera estar autorizado a desvalorizar la jurisdicción constitucional, y se le atribuyera a la jurisdicción ordinaria más allá de su específica tarea de defender el derecho una función política complementaria, la cual en verdad no le corresponde ni le puede corresponder. Sobre la relación de la jurisdicción constitucional con las otras ramas jurisdiccionales véase Leibholz, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁶ Sobre el concepto de derecho político, véase Leibholz, *op. cit.*, pp. 35-38. Acerca del concepto de justicia política, fundamentalmente diferente de aquél, véase Kirchheimer, O., “Politische Justiz”, *Frankfurter Beiträgen zur Soziologie*, vol. 1 (1995), pp. 171 y ss.

⁷ Véase Sutherland, A. E., “The Supreme Court and the General Will”, *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 82, núm. 4 (1953), pp. 169 y ss.

⁸ Nota del traductor: “En todo Estado existen necesariamente órganos inmediatos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones, y cuya desaparición, o desorganización completamente al Estado, o lo transforma fundamentalmente. Tales órganos se llaman inmediatos, porque su carácter de órganos es una consecuencia inmediata de la constitución de la asociación misma. Es decir, que de cualquier suerte que se establezcan estas asociaciones, estos órganos no están obligados, en su calidad de tal, hacia nadie, sino solo y de un modo inmediato con respecto al Estado mismo. Su situación radica en la organización de la

Federal como también los demás tribunales constitucionales alemanes en la medida en que de acuerdo con sus competencias posean al interior del orden constitucional de los *Länder* una posición correspondiente al Tribunal Constitucional Federal.⁹ En efecto, la cualidad de órgano constitucional depende solamente de la posición que se ocupe en el marco de una Constitución y no de la manera en cómo se ejerce funcionalmente una actividad. Como una vez mencionó Santi Romano:¹⁰ “Los órganos constitucionales... si distinguono dagli altri non tanto per una differenza di funzioni, quanto di posizione, nel senso che essi, ed essi soli, individualizzano lo Stato in un dato momento storico e lo rendono capace di continuare ad organizzarsi pel raggiungimento dei suoi fini”.

2

De lo expresado se desprende que el Tribunal Constitucional Federal tiene un estatus constitucional propio, el cual no es inferior en nada a los del Parlamento Federal, del Consejo Federal, del presidente federal y del gobierno federal. Dicho estatus constitucional genera amplias consecuencias, las cuales seguidamente serán esbozadas teniendo en cuenta que se discuten con mayor detalle en los materiales que se publican.

El Consejo Parlamentario¹¹ no fue consciente de las amplias consecuencias que tendría la jurisdicción constitucional para la interrelación de los

propia asociación, a tal punto que, solo mediante ellos, puede la asociación advenir activa”. Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado* [original: 1905], México, 2000, pp. 488 y 489.

⁹ Acerca del concepto de órgano constitucional, aparte del informe del estatus y de las explicaciones efectuadas a la réplica del dictamen de Thoma, véase la tesis doctoral de Sattler, A., *Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan und Gericht*, en especial pp. 2-32, con indicaciones bibliográficas. El concepto de órgano constitucional es por lo demás corriente en la teoría del derecho estatal italiano. Véase, sobre todo, Santi Romano, “Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato”, *Scritti minori*, 1950, pp. 6 y ss.; Crosa, Emilio, “Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella costituzione italiana”, *Revista trim. Diritto pubblico*, 1951, pp. 91 y ss. Barile, Paolo, “La Corte Costituzionale Organo Sovrano”, *Estratto dalla Revista Giurisprudenza Costituzionale*, 1957, pp. 1 y ss.

¹⁰ Santi Romano, *op. cit.*, p. 6.

¹¹ Nota del traductor: el *Parlamentarischer Rat* fue el órgano constituyente que elaboró la Ley Fundamental de Bonn. Fue convocado por los once primeros ministros de los *Länder* alemanes situados en las tres zonas occidentales de ocupación, según las instrucciones de las potencias extranjeras de ocupación Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia. Se componía de 65 miembros con derecho a voto elegidos por los parlamentos de los *Länder* y por 5 más, sin voto, provenientes de Berlín. Sesionó en Bonn, de septiembre de 1948 a mayo de 1949. Dado que Alemania quedó ocupada y dividida tras la Segunda guerra Mundial, y conforme a las difíciles condiciones políticas del momento, no se quiso convocar a una convención

órganos constitucionales y para la estructura funcional de la Constitución. Esto se basa en el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal, en lugar de contar con un título o capítulo propio en la Ley Fundamental, se encuentra regulado en el capítulo 9o., referido a “La jurisdicción” conjuntamente con los tribunales federales supremos y con los otros tribunales federales. Además, la doctrina constitucional en los primeros años después de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental no indagó con más detalle las consecuencias constitucionales que se desprenden del carácter especial de la actual jurisdicción constitucional. Por eso, fue necesario que el mismo Tribunal Constitucional Federal asumiera la tarea de definir su propio estatus en el marco de la estructura constitucional.

En la actualidad, la concepción contenida en el informe sobre el estatus se ha impuesto en líneas generales en la teoría y la práctica constitucionales. También han ido perdiendo vigencia las objeciones que al inicio se le formularon, sin que éstas puedan negar su origen de un entorno positivista formal.

Hoy en día casi ya no se presentan cuestionamientos serios a la cualidad de órgano constitucional del Tribunal Constitucional Federal.¹² Esta situación se ha propalado sobre todo gracias al informe del estatus, donde se sostuvo que el Tribunal Constitucional Federal “en términos organizativos no puede de alguna manera ser dependiente o estar sometido a otro órgano constitucional”. En efecto, cuando se erigen órganos constitucionales y se establecen sus interacciones mutuas por medio de una Constitución que crea cada sistema de control, cada *checks and balances*, otorgando a nuestro actual Estado de derecho su cuño único e histórico, entonces no pueden permitirse posibilidades de influencia de un órgano constitucional sobre el otro más allá de las previstas por la misma Constitución. La independencia, la autonomía, son elementos constitutivos del propio concepto de órgano constitucional, en tanto que de la propia Constitución no se derive nada en contrario. Los órganos constitucionales se coordinan entre sí, y no se encuentran en una relación de jerarquía del uno por encima o por debajo del otro.

nacional constituyente para la elaboración de una Constitución, pues se tenía el temor de consolidar de esa forma la división de Alemania. Las fuerzas políticas alemanas sólo accedieron a convocar a dicho consejo parlamentario para que elaborara una ley fundamental provisoria, no una “Constitución”. En ese sentido, el último artículo, el 146, de la Ley Fundamental de Bonn dispuso: “Esta ley Fundamental perderá su vigencia el día que entre en vigor una Constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán”. *Das Provisorium* ya ha cumplido más de sesenta años!

¹² Por ejemplo, Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, 5o. Auflage, 1956, p. 188; Wintrich, *Festschrift für H. Nawriasky*, 1956, p. 201. Otras indicaciones bibliográficas en Sattler, *op. cit.*

La situación constitucional hasta aquí descrita ha sido en los últimos años ampliamente tenida en cuenta por parte del Parlamento Federal y del Consejo Federal, que tomaron las correspondientes medidas legislativas. Estas instituciones han respetado la independencia del Tribunal Constitucional Federal, y han asegurado jurídicamente su autonomía. Esto vale también para las actividades secundarias y auxiliares, las cuales son necesarias para el funcionamiento de cualquier tribunal, y desde siempre han creado dependencia en el ámbito judicial alemán.¹³

La administración del Tribunal Constitucional Federal se encuentra hoy protegida de las posibilidades de influencia que no están determinadas en la propia Constitución, así como es el caso de las administraciones de la Presidencia Federal, del Parlamento Federal y el Consejo Federal. En especial, no existe más la anterior dependencia del Tribunal Constitucional Federal del Ministerio Federal de Justicia en el ámbito de la administración de la justicia. Conforme a esto, la comunicación oficial del Tribunal Constitucional Federal con los otros órganos constitucionales no se produce más en la forma en cómo era la comunicación con los otros tribunales, incluyendo los tribunales federales supremos, que ocurría mediante un trámite oficial de presentación de informes entre instancias de jerarquía diferente, sino que ahora la comunicación se realiza mediante un intercambio de notas entre instancias de igual jerarquía.

Los funcionarios del Tribunal Constitucional Federal fueron equiparados a los del Parlamento Federal y del Consejo Federal —una exigencia satisfecha del informe del estatus— según lo dispuso la Ley Federal de Funcionarios Públicos del 14 de julio de 1953 (reformada el 18 de setiembre de 1957). Ellos fueron expresamente declarados funcionarios federales, y son nombrados, destituidos y jubilados por el presidente del Tribunal Constitucional Federal, que de esta forma se convirtió en la máxima autoridad de servicio para los funcionarios del Tribunal Constitucional Federal. En consecuencia, el presidente del Tribunal Constitucional Federal es también quien contrata los servicios de cualquier otro trabajador o empleado del Tribunal Constitucional Federal.

¹³ Acerca de las exigencias de autodeterminación y de “desencadenar” al tercer Poder [el Poder Judicial], véase, por ejemplo, las presentadas por Van Husen y Eschenburg, no podrán ser tratadas en el contexto de este trabajo. Sobre esta controversia, véase Heydte, V. D., “Richterfunktion und Richtergesetz”, *Gedächtnisschrift f. Walter Jellinek*, 1955, pp. 493 y ss.; además, Bockelmann, “Einheit und Selbstbestimmung der Dritten Gewalt”, *Hess. Hochschulwochen f. staatswiss. Fortbildung in Bad Salzschlirf*, 1953.

El presupuesto del Tribunal Constitucional Federal es independiente. No aparece más, como ocurría hasta 1953, como un capítulo en el proyecto de presupuesto del Ministerio Federal de Justicia, sino que ahora se trata de un proyecto aparte elaborado por el propio Tribunal Constitucional Federal para el presupuesto general del Estado alemán. Entonces, el Tribunal Constitucional Federal, como órgano constitucional no sometido a ninguna autoridad federal, forma parte de las “instituciones”, como ser el presidente federal, el Parlamento Federal y el Consejo Federal, cuyos ingresos y gastos, según el artículo 19.1 de la Ley Imperial sobre Presupuesto (LIP), del 31 de diciembre de 1922, se asignan a un proyecto de presupuesto por separado. Ello significa que el presupuesto del Tribunal Constitucional Federal se envía al gobierno federal en su forma original conforme a las disposiciones del artículo 21, LIP, a pesar de que el ministro federal de Finanzas crea que deba apartarse de los fundamentos presupuestarios establecidos por el Tribunal Constitucional Federal. Si el gabinete de gobierno toma como propia la propuesta presupuestaria del ministro federal de Finanzas, entonces el presupuesto del gobierno federal y el presupuesto del Tribunal Constitucional Federal son adosados y remitidos así al Parlamento Federal.¹⁴ Este presupuesto es administrado directamente por el Tribunal Constitucional Federal. En el derecho administrativo está contemplada la facultad para realizar los contratos necesarios de servicio, alquiler y obra en el marco de los medios aprobados en el presupuesto.

Los jueces del Tribunal Constitucional Federal, en su calidad de titulares de un órgano constitucional supremo, no pueden estar sujetos al poder de instrucción y a los controles de servicio de alguna autoridad prevista para ello.¹⁵ Dichos jueces no son simples funcionarios ni empleados de la Federación, sino que cuentan con un estatus constitucional propio, el

¹⁴ El artículo 21, LIP, se refiere solamente a apartarse de los fundamentos presupuestarios del presidente del *Reichstag* (hoy *Bundestag*-Parlamento Federal) y del Tribunal de Cuentas, los cuales son transmitidos al gobierno del *Reich* (hoy Federal) y en su caso al Parlamento del *Reich* (Federal). Este derecho es reconocido en la práctica al presidente del Tribunal Constitucional Federal por parte del ministro federal de Finanzas y por el gabinete. Es de esperarse que la acertada práctica encuentre cabida en una reforma de la LIP.

El presupuesto del Tribunal Constitucional Federal lleva hoy en la secuencia del plan de presupuesto el número 19 (véase BGBl, 1957 II, p. 522); aparentemente se consideró por acertado ubicarlo en la cercanía del presupuesto del Tribunal Federal de Cuentas. Desde un punto de vista teórico y constitucional sistemático, lo correcto sería, sin embargo, el presupuesto del Tribunal Constitucional Federal dado su carácter de órgano constitucional colocarlo en la cercanía del Parlamento Federal y del Consejo Federal; es decir, colocarlo antes de los ministerios clásicos. Debería llevar, si se lo ordena adecuadamente, el número 4.

¹⁵ Véase también Baur, F., *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit*, 1954, pp. 58 y 59.

cual, compartiendo la terminología de Georg Jellinek,¹⁶ obliga a ellos como a ningún otro directamente al Estado mismo.

Este estatus constitucional es comparable, por ejemplo, con el de los ministros o el de los diputados, con la observación efectuada con acierto por A. Köttgen,¹⁷ de que solamente por el hecho de ser un tipo de estatus contrario al de los “empleados” no puede ser tomada ninguna conclusión sobre una cualificación deficiente en su calidad de titular de un estatus. Este estatus es otorgado a los miembros del Tribunal Constitucional por la Constitución, y no puede ser sustraído por una ley federal atendiendo a lo previsto en el artículo 94.2, LF. Las leyes federales que anulen el estatus constitucional de los jueces del Tribunal Constitucional Federal o que lo afecten en lo esencial son incompatibles con la Constitución.¹⁸ Por eso, aquellas disposiciones legales relativas a funcionarios públicos que presuponen una dependencia conceptual del Poder Ejecutivo y una subordinación a alguna autoridad¹⁹ solamente serán aplicadas a los jueces del Tribunal Constitucional Federal en tanto no sea afectado su estatus constitucional en modo alguno.²⁰

Este estado de cosas ha sido tenido en cuenta por el legislador en los últimos años en líneas generales. Ya en la mencionada Ley de Funcionarios Públicos, en el artículo 189.1, se tomó la precaución de que las disposiciones sobre funcionarios públicos que se declaran aplicables para los jueces fede-

¹⁶ *Allgemeine Staatslehre*, 1914, p. 544. Con acierto comenta también Jellinek, Walter, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. II, p. 27, que “el no estar sometido a ningún poder de instrucción...hace imposible de asignarlos entre los servidores del Estado a los titulares de tal institución suprema”.

¹⁷ “Diputado y ministro como titular del estatus”, *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, p. 213.

¹⁸ La acertada formulación elaborada por Köttgen de que “la posición jurídica personal de miembros de órganos constitucionales colegiados está regulada por la propia Constitución, y aunque se tengan dudas es concluyente” está referida solamente a los diputados y a los ministros [del Ejecutivo], evidentemente porque Köttgen en el marco de sus investigaciones todavía no tenía presente la calidad de órgano constitucional del Tribunal Constitucional Federal y de sus titulares. La indicación de la p. 204, nota a pie de p. 38, de que el juez constitucional federal, atendiendo a la tipología estaría contemplado entre los jueces, pasa por alto que la particularidad de la jurisdicción constitucional de la República Federal —como fue descrita más arriba— se manifiesta en las repercusiones que desarrolla sobre la cualificación de los jueces, los cuales desde el lado personal conforman el Tribunal Constitucional y por eso participan de la cualidad constitucional de ese tribunal, del mismo modo como los diputados en la del Parlamento Federal. En realidad, el área de vigencia de la formulación de Köttgen se amplía a todos los órganos constitucionales de igual manera.

¹⁹ Véase Wacke, *Grundlagen des öffentlichen Dienstrechtes*, 1957, p. 80.

²⁰ En qué medida en principio lo mismo dicho en términos generales rige para los jueces, no es motivo de investigación en este contexto. La Ley Fundamental ha colocado con acierto la judicatura al lado y no adentro del funcionariado público. Con mayor detalle véase Heydte, V. D., *op. cit.*, p. 506.

rales hasta tanto se promulgue una ley de jueces federales regirían también para los jueces del Tribunal Constitucional Federal siempre que las mismas no contradigan las disposiciones de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.²¹ La Ley Marco para la Unificación del Derecho del Funcionario Público, del 10. de julio de 1957, no cambió esa determinación en lo sustantivo (artículo 134.1), con lo cual quedó claro que los jueces del Tribunal Constitucional Federal no están sometidos en principio a la Ley Federal de Funcionarios Públicos.²² Por eso, los artículos 74 y 75, LFFP, que reglan las obligaciones relativas al domicilio de los funcionarios públicos, no pueden ser aplicados a los jueces del Tribunal Constitucional Federal. En consecuencia, el legislador ha modificado también en la última reforma del 21 julio 1956, a la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal,²³ la anterior versión del artículo 98 de dicha ley, del 12 de marzo de 1951, en la cual se hacía mención a una relación de servicio de los jueces del Tribunal Constitucional Federal, y se procedió a reemplazar la palabra “relación de servicio” por la de “autoridad”. Esto ocurrió con acierto, dado que la cualificación jurídica del estatus del juez constitucional como titular de una función pública presupone la existencia de una “relación de autoridad constitucional” similar a la desempeñada por ministros y diputados.²⁴

Asimismo, y con razón el legislador no sometió a los jueces del Tribunal Constitucional Federal a las regulaciones de la Ley Federal de Salarios, del 27 de julio de 1957, dado que ellos no se encuentran en una relación

²¹ En la concepción fundamental de esta regulación legal está equivocada, sin embargo, la idea de que los jueces del Tribunal Constitucional Federal puedan ser subsumidos bajo la categoría de jueces federales tal como lo entiende la Ley Fundamental.

²² De lo cual se desprenden consecuencias para la forma del nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional Federal. En el tiempo en el cual se creía equivocadamente poder aplicar medidas relativas del orden jurídico de los funcionarios públicos estaba incluida en el documento de nombramiento la fórmula “basándose en la calidad de funcionario público”. Esto había motivado ya en los primeros tiempos una objeción por parte del Tribunal Constitucional Federal. Con la promulgación de la Ley Federal del Funcionario Público se modificó la fórmula reemplazándose la anterior por “basándose en la calidad de juez”. Correcto sería prescindir sencillamente de una fórmula de ese tenor en el documento de nombramiento, y expresar simplemente “se nombra a... Juez en la Sala... del Tribunal Constitucional Federal por el periodo de... años”. Si se quiere agregar una fórmula, debería elegirse una que no ofrezca reparos jurídicos, como por ejemplo “basándose en la calidad de autoridad como Juez constitucional federal”.

²³ Acerca de esta Ley de reforma, véase Rinck, H. J., *Deutsche Universitätszeitung*, núm. 13/14, 1957, pp. 14 y ss.

²⁴ Sobre la especial “calidad de autoridad constitucional” y el estatus de ministro ya luego de la anterior Ley sobre la Calidad Jurídica del Canciller Imperial y los Ministros Imperiales, del 27 de marzo de 1930, véase Leibholz, “Reichsregierung und Reichministergesetz”, *Deutsche Juristenzeitung*, 1930, p. 1349.

de servicio similar a la prestada por los funcionarios públicos, los jueces ordinarios y los soldados.²⁵ En términos objetivos los salarios destinados a los miembros del Tribunal Constitucional Federal, como los del presidente federal y del gobierno federal, son retribuidos por razón de autoridad, y no por relación de dependencia. Estos emolumentos pertenecen al estatus del titular de un órgano constitucional, y no se diferencian en principio de la naturaleza de los gastos de representación de un diputado. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal determinó expresamente que los gastos de representación pertenecen al “derecho parlamentario material”, y no representan “un derecho auxiliar inferior en relación al propio derecho del status”.²⁶ De ahí que los emolumentos percibidos por la autoridad no pueden alegarse ante el tribunal administrativo o ante jueces ordinarios, como sí es el caso con los salarios de un juez,²⁷ sino sólo proceduralmente, como otros derechos de estatus.

4

Estas observaciones son suficientes para demostrar que en la actualidad el estatus del Tribunal Constitucional Federal se ve reflejado en gran medida en el derecho constitucional positivo, y que la tensión anterior entre el derecho constitucional y la realidad constitucional en principio ha desaparecido, sobre todo gracias a la posición sostenida en las instancias legislativas. La pretensión de dar a conocer al público el siguiente material sobre el estatus del Tribunal Constitucional Federal, que originalmente no fue pensado para publicarse, se basa en los siguientes motivos:

Primeramente, por razones históricas y científicas, teniendo en cuenta que el contenido del informe del estatus ocasionalmente ya había sido valorado por la literatura especializada, sin que sea posible remitirse a él en forma adecuada.

²⁵ Sin embargo, el artículo 147 de la Ley Federal de Salarios somete temporalmente hasta la promulgación de una ley especial a los miembros del Tribunal Constitucional Federal a dicha ley. De hecho, sus salarios ya habían sido reglados anteriormente en una ley especial, la del 14 de abril de 1951. Con esta ley el legislador había tenido en cuenta que los jueces constitucionales federales, en virtud de su posición de órgano constitucional, una consideración especial debería tener. Esta ley, en la concepción del gobierno federal y del Legislador federal, fue derogada con la inclusión de los jueces del Tribunal Constitucional Federal en la regulación sobre salarios contenidas en la ley del 27 de marzo de 1953.

²⁶ *BVerfGE*, Bd. 4, p. 151.

²⁷ Es discutible la cuestión de si los jueces ordinarios o los tribunales administrativos son competentes para decidir en demandas sobre pretensiones patrimoniales provenientes de la relación de servicio de los jueces. Acerca de esta controversia véase Kleinhoff, *Deutsche Richterzeitung*, 1956, p. 96.

Asimismo, entran a tallar motivos de derecho constitucional y de teoría constitucional dado que las cuestiones tratadas en el material afectan fundamentalmente dichas materias, y requerirían consecuentemente de una discusión más amplia y profunda. También con esta finalidad se incluyen en la colección de materiales las opiniones en disidencia de ambos jueces, que no han podido identificarse con la resolución del pleno (compuesto en esa época todavía por 24 jueces), en parte por razones jurídicas, en parte debido a cuestiones técnicas. Lo mismo rige para el dictamen elaborado en su tiempo por Richard Thoma a solicitud del gobierno federal, el cual constituye una de las últimas obras de este extraordinario maestro.

Por lo demás, la publicación se justifica con relación a la práctica constitucional. Si bien las ya citadas tensiones principales fueron superadas, sin embargo todavía hoy se encuentran ciertas asperezas al interior del derecho constitucional positivo, que con el tiempo deberían ser suprimidas. Algunas de ellas ya han sido tratadas más arriba,²⁸ pero otras cuestiones constitucionales van surgiendo en el transcurso de la vida institucional, las cuales se encaminarían a una solución satisfactoria sólo cuando las instancias legislativas tomen conciencia de la especial problemática de la jurisdicción constitucional y tengan presente que “las deficiencias estructurales patentes están en condiciones de destruir la esencia misma de una institución, y en la medida que dicha institución sea decididamente un elemento inmanente de una constitución en concreto las deficiencias de referencia serán inconstitucionales e ilegales”.²⁹

En referencia a la cuestión de si la posición jurídica de los jueces constitucionales tanto del Tribunal Constitucional Federal como de los *Länder* debiera ser regulada o no en la actual Ley de Jueces, cabe expresar que este tema debería decidirse sólo bajo ese punto de vista; vale decir, analizando la respectiva posición jurídica. Ahora bien, si la finalidad de la actual Ley Alemana de Jueces fuera la de cumplir con los deberes impuestos por el constituyente en los artículos 96.2.2 y 98.3 de la Ley Fundamental, entonces, conforme a lo expresado, se tendría que una ley de esa naturaleza no debería regular la especial situación jurídica de los jueces constitucionales del Tribunal Constitucional Federal y de los *Länder*, porque sus estatus difieren del de los jueces ordinarios de los tribunales federales supremos y, además, el concepto de juez federal en el sentido de la Ley Fundamental no abarca el de juez del Tribunal Constitucional Federal.³⁰

²⁸ Véanse notas 14 y 21.

²⁹ Comentarios del Tribunal Constitucional Federal al dictamen jurídico del doctor Thoma sobre la posición del Tribunal Constitucional Federal, del 3/03/1953.

³⁰ Carta de 28/07/1955 del presidente del Tribunal Constitucional Federal al ministro federal de Justicia.

Asimismo, tampoco podría extenderse —por citar otro ejemplo— la atribución del presidente federal de regular por decreto³¹ los trajes de ceremonia de los tribunales federales supremos al Tribunal Constitucional Federal, dado que los órganos constitucionales —como fueron presentados— no se encuentran en una relación jerárquica de superioridad o inferioridad, sino que se hallan en una relación de coordinación. En el mismo sentido, el nombramiento de jueces del Tribunal Constitucional Federal no debería darse en adelante en una forma que elimine la doble función que el Tribunal Constitucional Federal debe desempeñar de acuerdo con la Ley Fundamental como marco constitucional. Bajo este aspecto, se vuelve de relevante actualidad la cuestión acerca de los límites de la discrecionalidad del legislador liberal frente a la discusión pública de las diferentes propuestas de reforma electoral en 1956.³²

Por último, la publicación del informe del estatus y sus objetivos sería desde un punto de vista de derecho constitucional comparado, adecuado y pertinente. Un número cada vez mayor de Estados entre las naciones libres del mundo —como Pakistán, India, Irlanda, Japón e Italia— han introducido la jurisdicción constitucional en su sistema constitucional. De esta forma, se presentan obligatoriamente para estos Estados los mismos o, por lo menos, similares problemas que los tratados en el siguiente material. Esto se aplica en especial medida para la jurisdicción constitucional italiana, la cual, según sus características, se encuentra más familiarizada con la jurisdicción constitucional alemana, mientras que la de los Estados asiáticos está orientada más al modelo norteamericano y al modelo de los países del *commonwealth*.³³

No sorprende por ello que precisamente en Italia fueron acogidos con especial interés los esfuerzos emprendidos en la República Federal Alemana dirigidos a dilucidar el estatus del Tribunal Constitucional Federal,³⁴ y

³¹ Véase artículo 20 de la Ley Alemana de Funcionario Público, en la versión del 30 de junio de 1950, y el artículo 76 de la Ley Federal de Funcionarios Públicos, en la versión del 18 de septiembre de 1957.

³² Acerca de estos temas véase recientemente: Müller, H., “Die Auswahl der Verfassungsrichter”, *Zeitschrift f. öff. Recht*, t. VIII, 1957, pp. 149 y ss.

³³ Sobre la jurisdicción constitucional de India y Pakistán, véase McWhinney, *Juridical Review in the English speaking world*, 1956, pp. 126 y ss, 141 y ss. Ahí también sobre la jurisdicción irlandesa, pp. 152 y ss.

³⁴ Me remito al excelente artículo de Calamandrei, P., “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, vol. 11, pp. 51 y 53; Cappelletti, M., “L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine genérico”, *Stratto dagli scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, 1957, pp. 42 y ss.

que, además, los mismos problemas que en nosotros motivaron un profundo tratamiento de específicas cuestiones constitucionales también motivó en Italia en los tiempos después de la guerra un interés científico creciente e importante.

Los resultados de esas investigaciones muestran, por cierto, una coincidencia sorprendente con las concepciones sostenidas en el informe del estatus y en esta introducción, cuya certeza principal por tanto se fortalece.

Por ejemplo, en la indagación sobre la posición constitucional con que cuenta el recientemente creado Tribunal Constitucional en la estructura institucional de la Constitución italiana, el resultado de las investigaciones relevantes fue de que el Tribunal Constitucional “è un organo che participa alla funzione di indirizzo politico centrale”³⁵ y cumple “una funzione progressiva o dinamica della costituzione”.³⁶

Además, la doctrina constitucional italiana ha dedicado recientemente sus esfuerzos en investigar la función de los tribunales constitucionales. Estos trabajos demostraron que el derecho constitucional aplicado por los tribunales cuenta con un auténtico carácter político,³⁷ y que aun ahí donde los límites a la discrecionalidad no son estrictos, de lo que se trata constantemente en la interpretación de normas constitucionales justiciables —en tanto el juez cuente con un correcto *functional approach* y no proceda en el sentido de Montesquieu de un modo puramente mecánico tratando de sub-

³⁵ Barile, P., *op. cit.*, pp. 1 y ss., en especial pp. 8 y 13: “La Corte costituzionale è un organo costituzionale, uno degli organi, quindi, che son o titolari della c.d. sovranità, in quanto contitolare della funzione di indirizzo politico”. Véase también Cappelletti, M., *op. cit.*, pp. 39 y 56; Pierandrei, “La Corte Costituzionale e le modificazioni tacite della costituzione”, *Scritti Scialoja*, 1953, IV, pp. 360 y 361.

³⁶ Calamandrei, P., *op. cit.*, p. 49. Aquí se encuentra también la importante premisa para la jurisdicción constitucional alemana que: “le decisioni della Corte costituzionale non avranno soltanto l'effetto apparentemente negativo, espresso nella loro parte dispositiva, di annullare le leggi contrarie alla costituzione, ma avranno insieme un significato positivo di cooperazione attiva all'indirizzo legislativo, per le considerazioni che svolgeranno nella loro motivazione; perchè sarà proprio qui, nella motivazione, che meglio si esprimeranno, anche nelle sentenze di rigetto delle istanze di annullamento e perfino nelle ordinanze motivate deliberate in camera di consiglio, gli impegni che la Costituzione ha prefisso al legislatore o le vie sulle quali questo deve affrettarsi per non tradirlì”.

³⁷ En ese sentido, Gueli, V., “La Corte Costituzionale”, *Gedächtnisschrift für P. Calamandrei*, sep (1956), pp. 12 y ss.: “La legislazione costituzionale ha un carattere politico, che è riflesso di una politicà della materia”. Además, p. 13: “La costituzione è un complesso di norme che hanno un carattere di politicà”, y p. 14: “E' chiaro che per stabilire il contenuto delle norme costituzionale, bisogna far riferimento necessariamente a quella politica, che risiede nel complesso delle convinzioni fondamentali prevalenti in un dato popolo e che formano la sua reale costituzione”.

sumir de un modo lógico como lo haría un autómata—,³⁸ es de *esplicitazione o esecuzione*, de conocer el significado inmanente de normas constitucionales o, expresado de otra forma, de *law finding* y no de *law making*.³⁹

Finalmente, se ha resaltado con énfasis la premisa fundamental de que un órgano constitucional goza de una “garanzia dell’inviolabilità” y, en un sentido amplio, de una “indipendenza ed autonomía”, y que estas garantías “consistono, in sostanza, nel divieto di ogni interferenza da parte di altri organi nel funzionamento interno di quelli titolari delle guarentigie medesime”, dado que en caso contrario “si negherebbe la stessa natura dell’organo costituzionale e pertanto la sua sussistenza nell’ordinamento giuridico”. Estos principios, que en términos generales fueron desarrollados para los órganos constitucionales, y que encontraron aplicación por parte del Tribunal Constitucional, han motivado a la doctrina constitucional italiana a sostener que “l’autonomia garantita che devesi affermare nei confronti di essa deve essere completa, cioè deve corrispondere al massimo delle guarentigie che in Italia spettano agli organi costituzionali”.⁴⁰ De ello han resultado importantes consecuencias para el derecho positivo, tal como ocurrió con el informe del estatus y los anexos que se presentan.⁴¹

II. INFORME DEL PONENTE GERHARD LEIBHOLZ*

AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

ACERCA DE LA CUESTIÓN DEL “ESTATUS”

1. *El Tribunal Constitucional Federal como una corporación judicial sui géneris***

La Ley del Tribunal Constitucional Federal promulgada en virtud del artículo 94.2 de la Ley Fundamental establece en su artículo 1: “El Tribunal Constitucional Federal es ante los otros órganos constitucionales un tribunal de la Federación, independiente y autónomo”.

El Tribunal Constitucional Federal es, según la intención del legislador y conforme a la concepción unánime de la Comisión para Asuntos Jurí-

³⁸ Al respecto véase Mehren, A. V., “The Judicial Process in the United States and in France”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. XXII (1952/53) pp. 238 y ss., y “The Judicial Process in the United States and Germany”, *Festgabe für Rabel*, 1957, t. I, pp. 71 y ss.

³⁹ Al respecto, véanse las detalladas e importantes investigaciones de Cappelletti, *op. cit.*, Friesenhahn, *op. cit.*, p. 160, y Leibholz, *Democracia y Estado de derecho*, pp. 34-38.

⁴⁰ Barile, *op. cit.*, con referencia a escritos de Orlando, Santi Romano y Crosa.

⁴¹ Según Barile, se refieren sobre todo a: a) *status dei giudici*; b) *sede*; c) *immunità della sede*; d) *tutela penale*; e) *autonomía normativa*; f) *autonomía financiera*; g) *ordinamento del personale*.

dicos y Derecho Constitucional,⁴² una corporación judicial suprema de la Federación investida de todas las garantías de la independencia judicial, que se pronuncia conforme a derecho y sólo jurídicamente. Su inserción en la estructura del Estado debe asegurar y perfeccionar el Estado de derecho.

Para determinar hasta qué punto dicha concepción se encuentra fundada se requiere de un examen más detallado. Dado que si bien es manifiesto que en el caso el Tribunal Constitucional Federal se está haciendo referencia a una auténtica corporación judicial, sin embargo, se trata a la vez de una institución que ampliamente incursiona en el ámbito de lo político, y justamente por ello, por esta característica fundamental se diferencia al mismo tiempo de todos los otros tribunales (incluyendo los tribunales federales supremos).

En los tiempos de la Constitución de Weimar todavía fue posible pasar por alto el hecho de que el tribunal *Staatsgerichtshof*⁴³ estaba integrado en cierta medida al tribunal imperial, al *Reichsgericht*. Sin embargo, esto actualmente ya no es posible, después de que en virtud de la Ley Fundamental de Bonn y de la Ley del Tribunal Constitucional Federal le han sido asignadas competencias al Tribunal Constitucional Federal, que ampliamente sobrepasan a las del anterior *Staatsgerichtshof* y a las exigencias de las jornadas jurídicas de la época.⁴⁴ Además, dichas competencias han sido consideradas como necesarias desde un punto de vista organizativo, para contribuir con la autonomía del Tribunal Constitucional Federal.

Este aumento de atribuciones se abordó de una forma muy consciente en las reuniones del Consejo Parlamentario⁴⁵ y de sus comisiones. En los debates de estos gremios se mencionaba “la gran repercusión política” que tendrían bajo ciertas circunstancias las futuras decisiones del Tribunal Constitucional Federal, y se aludía a sus actividades como una “jurisdicción

** Las abreviaciones utilizadas en este informe coinciden con las publicadas por Kirchner, *Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache*, Berlín, 1957.

* Traducción de Jorge Silvero Salgueiro.

⁴² Véase el informe del diputado Von Merkatz ante el Bundestag, en *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, 1. Sitzungsperiode, t. 6, pp. 4218 y ss.

⁴³ Nota del traductor: el *Staatsgerichtshof* era el Tribunal Constitucional bajo la Constitución de Weimar. No era un tribunal permanente, se lo convocababa según los casos. Su presidente era a la vez el presidente del *Reichsgericht*. Por ello, entre ambos tribunales existía una *Personalunion*.

⁴⁴ *Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages*, 1925, pp. 60 y ss.; *Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages*, 1927, pp. 193-288.

⁴⁵ Nota del traductor: véase nota 11 de la introducción.

con acento político”.⁴⁶ Asimismo, en la literatura especializada no se ponía en cuestión, aun cuando se estaba acentuando desde una visión institucional el carácter jurídico distintivo del Tribunal Constitucional Federal,⁴⁷ que al mismo tiempo “las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional tenían relación con asuntos políticos”,⁴⁸ y que también las decisiones del Tribunal Constitucional Federal tendrían “amplias y extraordinarias consecuencias políticas”,⁴⁹ o por lo menos podrían “adquirir un efecto político”,⁵⁰ y que “detrás de cada controversia constitucional está una cuestión política, la cual degenera en una puja de poder”.⁵¹ Estos temas suponían incluso un fuerte carácter político.

De esta incursión de la jurisdicción constitucional en la esfera de lo político resulta que dicha jurisdicción, al contrario de las jurisdicciones civil, penal y administrativa, se ocupa en una clase especial de controversias jurídicas; es decir, con las controversias jurídico-políticas. El derecho constitucional, así como también el derecho internacional, se diferencia en su esencia del derecho civil, penal y administrativo, en que lo político en sí se vuelve el objeto de la regulación jurídica. El derecho constitucional es en un sentido etimológico simplemente derecho político.⁵²

Ciertamente, determinadas decisiones políticas se basan también en el derecho civil, penal y administrativo. Pero estas decisiones —que pueden ser de un significado fundamental (por ejemplo, las relativas a la regulación

⁴⁶ Von Doemig-Füsslein-Matz, “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetz”, *JbÖffR* N. F., vol. 1, 1951, pp. 665, 669 y ss., en especial la ponencia del diputado Zinn en la 7a. sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos, *StBer*, pp. 3 y ss. y el informe mencionado del diputado Von Merkatz, *op. cit.*, p. 221.

⁴⁷ Roemer, “Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”, *JZ*, 1951, p. 193; Arndt, “Das Bundesverfassungsgericht”, *DVerwBl*, 1951, p. 297; Geiger, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1951, p. XVI y los comentarios sobre la posición, las tareas y los procedimientos del Tribunal Constitucional Federal en el *Beilage zum Bundesanzeiger*, Nr. 218 de 9.11.1951, p. 3.

⁴⁸ Strauss, *Oberste Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1949, p. 35.

⁴⁹ Por ejemplo, Roemer, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁰ Theodor Heuss, en ocasión de la inauguración del Tribunal Constitucional Federal el 28 de mayo de 1951; véase también Arndt, *op. cit.*, p. 297.

⁵¹ Lammers-Simons, *Die Rechtsprechung des Staatshofes für das Deutsche Reich*, 1929, p. 14; Bilfinger, “Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof”, *Zeitschrift für Politik*, XX, p. 96.

⁵² Véase sobre todo, Triepel, *Staatsrecht und Politik*, 1927, p. 12. R. Smend denominó a este derecho político “derecho de integración”; Smend, “Die Politische Gewalt im Verfassungsstaat”, *Festschrift für W. Kahl*, 1923, III, p. 19, y *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, p. 18. Con relación a esto, que para Smend el Estado en realidad existe en un proceso continuo de autorrenovación. Por ello, se designó a su teoría de integración como una teoría de lo político; véase también, Bilfinger, “Betrachtungen über politisches Recht”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. 1, 1929, pp. 58 y 72.

de la propiedad, el divorcio, la cadena de instancias en los ámbitos civil, penal y procesal, la introducción o abolición de la pena de muerte)— permanecen al final como predecisiones políticas, las cuales por un acto de la legislación son tomadas de la esfera de lo político y transportadas al mismo tiempo a la del derecho. De ahí que su carácter político sea más bien de una naturaleza provisional, y no posee la fuerza de impregnar políticamente la esencia del derecho civil, penal o administrativo. Por el contrario, se mantiene como lo característico del derecho constitucional (y del derecho internacional), así como de la jurisdicción constitucional, que las mismas no se dejan despolitizar. Así, lo político en sí mismo, dada su calidad de materia para el derecho constitucional, se vuelve objeto de la regulación jurídica, y a través de la jurisdicción constitucional es sometido a controles jurídicos. “It is the political nature of judicial review which gives significance to constitutional litigation and which makes it transcend mere legal proceedings”.⁵³

No es este el lugar para describir más detalladamente la esencia de lo político, pero si se quisiera analizar y describir la relación de lo político con el Estado, es seguro que se contaría con una estructura de tipo ideal conformada entre la esencia de lo político y la del derecho, que tendría en su interior una contradicción interna, que no podría resolverse.⁵⁴ Esto sería atribuido probablemente a que lo político cuenta con una esencia dinámico-irracional, la cual busca ajustarse a las relaciones de vida que permanentemente están en cambio.⁵⁵ Mientras que, por el contrario, el derecho cuenta con una estructura esencial de tipo estático-racional, la cual se encamina a atemperar las fuerzas políticas vitales. Entonces, este tipo de conflicto latente entre lo político, que se encuentra en constante movimiento, y el derecho, que se sujet a una calma prevista, o expresado de otro modo, el conflicto entre la existencialidad y la normatividad, o en un sentido filosófico, el conflicto entre la naturaleza y la razón moral, logra impregnar de un modo certero el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional.

La relación de tensión, la cual es inmanente al derecho constitucional y a la jurisdicción constitucional, se expresa externamente de diversas formas. Esto aclara, por ejemplo, por qué lo político conforme a su propia tendencia fundamental busca sustraerse a una comprensión jurídica y a un control constitucional jurisdiccional —así se originan las lagunas constitucionales— y por qué ahí donde lo político no consigue sustraerse al envolvimiento del derecho, el derecho es obligado, y lo hace de una manera relevante y en

⁵³ Jackson, R. H., *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941, p. 311.

⁵⁴ Triepel, *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, Heft 6, p. 6.

⁵⁵ Mannheim, *Ideologie und Utopie*, 1929, pp. 70 y ss.; Triepel, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

gran medida, como es el caso para el derecho civil, penal y administrativo, de emplear conceptos generales dúctiles y fórmulas laxas, las cuales son muy difíciles de que sean descritas detalladamente.⁵⁶ En casos así, cuando el juez constitucional tenga que interpretar conceptos y fórmulas ante duda o diferencia de opiniones, él debe considerar el carácter especial del derecho constitucional y debe tomar una decisión, la cual haga justicia al significado político objetivo de la Constitución. Será su deber de acoplar de un modo ordenado su decisión a la estructura general de la Constitución. El juez no podrá asumir sin reparos el principio del *Staatsgerichtshof* del antiguo imperio alemán, según el cual “los resultados, a los que llega el Tribunal con motivo del derecho objetivo aplicado por él, deben ser expresados sin entrar a considerar las consecuencias políticas de su propia sentencia”.⁵⁷ Antes bien, es deber de un juez de un tribunal de esa naturaleza incluir las consecuencias políticas y los efectos de sus sentencias en el ámbito de sus consideraciones. “Its great task is one of statesmanship”,⁵⁸ como se dice en los Estados Unidos. Un procedimiento de esa naturaleza es requerido aun legalmente a fin de interpretar de un modo jurídico correcto, disposiciones de la Constitución que aparecen como dudosas o necesarias de interpretación.

Con esto se vuelve claro por qué los jueces del máximo tribunal constitucional, más allá de sus conocimientos jurídicos generales y requeridos deben al mismo tiempo demostrar capacidad política, como si algo de la esencia de lo político entendieran y, en especial, deben mostrar comprensión de las fuerzas políticas que actúan en un Estado de derecho democrático. Bajo este punto de vista, no es objetable un modo de elección especial, el cual perseguiría ese objetivo, como es el caso en Suiza, los Estados Unidos y bajo la Ley Fundamental de Bonn.⁵⁹

También las particularidades del proceso constitucional en comparación con las del proceso civil, penal o administrativo se desprenden de la tensión que le es propia al derecho constitucional en su calidad de derecho político, pues cuando el derecho que debe ser aplicado por los jueces constitucionales tiene como objeto a lo propiamente político, entonces el proce-

⁵⁶ Scheuner, “Grundlagen des modernen Staates”, *Recht, Staat und Wirtschaft*, t. III, p. 135.

⁵⁷ Lammers-Simons, *op. cit.*, vol. 1, p. 352 (sentencia del 17 de diciembre de 1927).

⁵⁸ Wright, B. F., *The Growth of American Constitutional Law*, 1942, p. 249.

⁵⁹ En una elección de esa clase, de forma inevitable se daría una politización del más alto tribunal si se parte del supuesto de que los órganos federales que convocan la elección tienden a abusar de ella, a fin de elegir para integrar el Tribunal Constitucional a personalidades políticas descalificadas técnicamente, pero cercanas a los partidos. Scheuner, *op. cit.*, p. 138, ha hecho notar correctamente que una Constitución democrática vive de que las atribuciones dadas por la Constitución a los órganos supremos no sean abusadas por ellos mismos.

dimiento ante el Tribunal Constitucional debe ser ajustado a dicha particularidad, y no deberían colocarse límites muy estrechos.

Por eso, los juicios ante el Tribunal Constitucional no pueden ser contradictorios, como es el caso en el derecho procesal civil.⁶⁰ Así, un principio procesal fundamental es el de prosecución de oficio, siendo un deber del Tribunal la averiguación de la verdad objetiva. Ésta es la razón del por qué el Tribunal Constitucional debe ir más allá del pedido de admisión de pruebas del demandante, y en la revisión de validez de una ley tiene el deber de realizar dicha tarea desde los más diversos puntos de vista, aun cuando el demandante no lo ha indicado expresamente.⁶¹ Por el mismo motivo, el artículo 33.2 de la LTCF autoriza al Tribunal Constitucional a fundar su propia decisión en las consideraciones de una sentencia vigente que se hubiera dictado en otro proceso donde se hubieran investigado de oficio la veracidad de los hechos, e incluso el Tribunal puede (sin embargo, sólo con una mayoría calificada) suprimir el secreto profesional o deber de discreción de una persona.⁶² Por eso, las sentencias del Tribunal Constitucional se pronuncian por regla general en forma de una sentencia declaratoria, y no de una condenatoria.⁶³ Asimismo, las sentencias de este tipo de tribunal van más allá de la decisión de un caso concreto, y cuentan con un efecto a futuro, que vincula jurídicamente a la generalidad y al propio Estado.⁶⁴ De ahí que el principio de derecho civil procesal de efectos jurídicos restringidos de las sentencias emanadas de un juicio no pueda tener pretensión de vigencia en un proceso ante el Tribunal Constitucional Federal.

Estas particularidades propias del derecho constitucional y de la jurisdicción constitucional habían sido utilizadas en tiempos de la Constitución de Weimar por fuerzas políticas que promovieron el desmantelamiento de instituciones de Estado de derecho con métodos constitucionales totalitarios o autoritarios, con lo cual pretendían desacreditar la jurisdicción constitucional y llevar el debate según sus posibilidades a una situación *ad absurdum*. A esta finalidad sirvió la tesis de que existe una diferencia fundamental en

⁶⁰ Geiger, *op. cit.*, p. 5.

⁶¹ Véase el párrafo 23 de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal referente a la validez de la primera y segunda reforma de la ley del 23 de mayo de 1951.

⁶² Véase artículo 26.2, LTCF.

⁶³ Ya para la Constitución de Weimar, Joel, *ArchÖffR*, t. 77, p. 137, y los autores citados en la nota 10.

⁶⁴ Geiger, *op. cit.*, p. 4; Arndt, *op. cit.*, p. 297; para la Constitución de Weimar, Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reicht und Ländern*, 1923, pp. 111 y ss.; Jerusalem, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, p. 172; discrepante Friesenhahn, “Die Staatsgerichtsbarkeit”, *HDSR*, t. 2, p. 545 y Joel, *op. cit.*, p. 137.

tre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, en donde en la primera la función judicial se limitaría en el sentido de Montesquieu a que hechos concretos sean subsumidos bajo el sistema de normas vigentes, mientras la jurisdicción constitucional (tanto en casos de interpretación de disposiciones constitucionales como de conflicto de competencias y del ejercicio de control normativo en abstracto) tendría que ver en realidad con una indeterminación de la ley constitucional, vale decir: se trataría en los hechos de determinar el contenido de la ley, y esto conforme a su naturaleza sería legislar, incluso legislar a nivel constitucional.⁶⁵ Con esta visión ya no se estaba lejos, y era sencillo de despojarle a la jurisdicción constitucional de todo carácter judicial, y considerarla como parte del ámbito de la política disfrazada con una forma de tribunal.

Ahora bien, ciertamente se trata de cuestiones diferentes cuando por un lado se tiene el caso de un juez que tiene que aplicar una determinada norma a una circunstancia en concreto, o por el otro lado cuando el juez ante una colisión de normas se ve obligado a confrontar dos normas con diferentes pretensiones de vigencia, y ante la comprobación de cualquier incompatibilidad entre ellas tiene que negar la vigencia de la norma inferior favoreciendo a la norma superior. Sin embargo, la tesis de que las decisiones relativas a dudas y discrepancias sobre una norma constitucional no contaría más como parte de la actividad judicial está claramente fundada en una *petitio principii*.⁶⁶ Dado que aquí se está pasando por alto que el juez en lo civil o en lo penal no es solamente un funcionario del legislador que trabaja automáticamente, y que no necesitaría hacer otra cosa que subsumir los hechos a la reglas jurídicas vigentes, sino que su tarea consiste también en decidir sobre dudas y discrepancias acerca del contenido y alcance de normas legales.⁶⁷ Pero no es decisorio para la caracterización de una actividad como judicial si el juez debe poner remedio a las dudas o discrepancias de una ley constitucional o de alguna otra ley. En la determinación del contenido de

⁶⁵ Esta concepción fue expresamente fundada por Carl Schmitt, ArchÖffR, N. F, 16, pp. 167 y ss., 186 y ss., 194 y ss.; Festschrift für das Reichsgericht, 1929, Bd. 1, p. 163; Hüter der Verfassung, 1931, p. 36, p. 45. Sobre la no admisión de la concepción de que la actividad jurisdiccional solo se trataría de la “subsunción de un hecho a una norma”, véase Friesenhahn, Über, *Begriff und Arten der Rechtsprechung*, 1959, p. 25.

⁶⁶ Consecuentemente, obligaría esto al juez a que cada colisión de normas (por ejemplo, también entre un reglamento y una ley) a abandonar el área judicial y a activar políticamente en la forma de un legislador. Llama la atención que C. Schmitt por lo demás, sin un motivo plausible para alegarlo, no haya traído a colación esta consecuencia, en el derecho de revisión de los jueces, ni para el caso de una flagrante contradicción entre la ley constitucional y la ley imperial; véase *Reichsgerichtsfestschrift*, 1929, t. 1, pp. 163, 170.

⁶⁷ Esto ya rige para el tiempo de la jurisprudencia conceptual.

una norma civil o penal el respectivo juez también tiene que activar diversas formas de valoraciones. Éstas se diferencian únicamente de las de un juez constitucional en que estas últimas se orientan conforme a su objetivo a decisiones políticas contenidas en la propia Constitución; por eso, de un modo obligatorio las valoraciones de un juez constitucional son de una naturaleza política. Estas diferencias de contenido de las valoraciones utilizadas por el juez no justifican, sin embargo, en un sentido destructivo para el Estado de derecho —como esto nuevamente ya empieza a evidenciarse— de identificar el derecho político con la política, y de ponerle un sello de pura regla política a cualquier disposición constitucional que sea equívoca, y con esto reinterpretar los conflictos constitucionales como meros conflictos políticos. Con la misma lógica, dictámenes y comentarios especializados estarían despojando a cuestiones de derecho constitucional de su fuerza jurídica vinculante, y con esto estarían poniendo en cuestión la existencia misma del derecho constitucional como un derecho propio. Entonces, no termina de comprenderse por qué la interpretación de disposiciones constitucionales equívocas por medio de un tribunal constitucional deben poder dar a la política, sin embargo, la pretensión de que dictámenes y comentarios especializados que tengan por objeto la interpretación de las mismas disposiciones constitucionales sean valorados también como jurídicamente vinculantes, o en su caso como jurídicamente relevantes.

En realidad, la cuestión a tratar preferentemente es si nosotros en el tratamiento de la jurisdicción constitucional nos estamos ocupando con una verdadera justicia, que por último decide solamente si una norma justificable, vale decir, si una disposición es demostrable, que está en condiciones de ser interpretada jurídicamente en detalle. En caso de que se carezca de una norma así, esta situación no permitiría subsanar las dudas y discrepancias sobre el contenido de una disposición por medio de una interpretación razonable; entonces faltarían los *rational standars*, a los cuales el Tribunal Constitucional Federal, en su calidad de corporación judicial, puede orientar sus decisiones. Si al Tribunal Constitucional Federal le fueran encomendadas tareas por parte de la Federación, que a priori hacen imposible una actividad netamente judicial, entonces el Tribunal debería rechazar dicha ampliación de competencias. De otro modo el Tribunal estaría consecuentemente incidiendo en el proceso natural de integración política, y en vez de ser un “custodio de la Constitución” se transformaría en un órgano político, el cual tomaría decisiones políticas, e intervendría en el ámbito del gobierno y en las instancias de producción legislativa y constitucional. Desde hace más de un siglo pertenece a los *basic principles* de cada jurisdicción

constitucional que los conflictos políticos genuinos no pueden ser sometidos a una jurisdicción constitucional.⁶⁸ Conflictos políticos son, en contraposición a conflictos jurídico-políticos, conflictos que no pueden ser decididos con base en reglas jurídicas, dado que se trata “de controversias acerca de la creación de un nuevo derecho o del mantenimiento del antiguo derecho, es decir, controversias en torno al derecho y no conforme al derecho”.⁶⁹ Éstos son “by definition matters which demand the resolution of conflicts of value and the elements of conflicting values are largely imponderable”.⁷⁰ Cuestiones así no pueden perder su carácter político por medio de cualquier tratamiento jurídico. Para este tipo de casos son apropiadas las acertadas palabras de Guizot, vivificadas en los tiempos de la Constitución de Weimar, que en caso de una juridificación la política no tenía nada que ganar, pero la justicia tenía todo que perder.

Si este no fuera el caso, y si no se tratara claramente —como a menudo es el caso en la determinación de derechos fundamentales— de normas cuyo contenido puede ser determinable en detalle por medio de indagación e interpretación, entonces dichas normas, a pesar de su contenido político, pueden ser calificadas como genuinas reglas jurídicas; por tanto, puede y debe ser sostenida la afirmación de que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal cuentan con fundamento jurídico, y tienen por objeto verdaderos conflictos jurídicos,⁷¹ pues, a pesar de la tendencia de lo político a estar libre de ataduras y sustraerse según sus posibilidades a un envolvimiento por parte del derecho, los sucesos políticos pueden ser medidos por el derecho, y la voluntad política del legislador puede someterse al derecho. Si en casos así la aplicabilidad concreta de la norma cuestionada consistiera en mayor o menor medida en subsumir bajo ella a una determinada circunstancia o en examinar la concordancia que otra norma tuviera con ella, esto, entonces, no sería de importancia para la cuestión de la vinculación de lo político por el derecho y su sometimiento bajo principios jurídicos exis-

⁶⁸ En los Estados Unidos el principio fue formulado por primera vez por la Corte Suprema en 1841 en ocasión de la “Dorr Revolution” tenida lugar en Rhode Island. Véase *Luther v. Bordin*, 7, *Howard*, 1, 43. En los tiempos actuales, véase *Pacific States Telephone and Telegraph Co. C. Oregon*, 223, U.S. 118, 150.

⁶⁹ Bruns, “Völkerrecht als Rechtsordnung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol III, p. 461. A las instancias políticas se les debería encomendar la toma de decisiones de ese tipo de conflictos. Triepel, *Festgabe f. Kahl*, p. 120 se refiere en los casos, donde son atendidas las controversias políticas a una conciliación obligatoria por el contrario a un conflicto jurídico político decidido por un tribunal.

⁷⁰ *American Federation of Labor v. American Sabs and Door Co.* 334, U.S. 557.

⁷¹ Acerca del concepto de conflictos jurídicos Friesenhahn, E., *op. cit.*, p. 30.

tentes y reglas jurídicas. Tampoco es de interés si la controversia jurídica sometida a la cognición de un juez constitucional sea a la vez desde otro punto de vista posiblemente considerado como un conflicto político genuino. El punto decisivo es que a través de la justiciabilización de la voluntad del legislador el caso se vuelve accesible a una interpretación jurídica razonable.⁷² Si este es el caso, entonces el juez constitucional cuenta con la atribución de integrar las lagunas constitucionales orientándose para ello en las valoraciones inmanentes contenidas en la Constitución. Dicho en otras palabras, decidir los casos que el constituyente por sí mismo no decidió, sino que fueron transferidos al existente Tribunal Constitucional para ser resueltos.

Como “custodio de la Constitución”, el juez constitucional debe no solamente velar para que el Tribunal no usurpe en forma alguna poderes políticos. Más allá de eso, él debe respetar también las tendencias que determinan las formas en el Estado moderno. De esto se desprende, sobre todo, que el juez constitucional, en el ejercicio de sus atribuciones, debe prudentemente autolimitarse. Como, por ejemplo, Justice Stone expresó alguna vez: “The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint”.⁷³ O como hace poco fue formulado por Justice Frankfurter: “The indispensable judicial requisite is intellectual humility”.⁷⁴

De esta visión fundamental se desprende que cuando se esté tratando el caso de si el gobierno en su calidad de máximo órgano de gobierno conjuntamente con la corporación parlamentaria en su condición de instancias constitucionales competentes para legislar han sobrepasado sus atribuciones, entonces debe ser tomado en consideración el *benefit of doubt* a favor del gobierno y parlamento.⁷⁵ Éste es también el motivo, porque en la jurisprudencia (y ciertamente en la reciente) de los Estados Unidos es acentuada con insistencia,⁷⁶ así como acertadamente en la doctrina, que no es tarea de un

⁷² En tanto la decisión del Tribunal Constitucional objetivamente ya fue predecidido por el legislador; esta concepción, como se desprende del ya mencionado informe del diputado V. Merkatz, ha sido sostenida en la Comisión para Asuntos Jurídicos y Derecho Constitucional por el diputado Arndt.

⁷³ En su *dissenting opinion*, en *United States v. Butler*, 297, U.S. 78, 79. Las observaciones principales de esta *dissenting opinion* se han vuelto actualmente un bien general de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Véase mr. Justice Frankfurter, en *American Federation of Labor v. American, Sash and Door Co.* 335, U.S. 555, 1948. Acerca del último desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte, véase Swisher, C. B., *American Constitucional Development*, 1943.

⁷⁴ *American Federation v. American Sash and Door Co.* 335, U.S. 537.

⁷⁵ Este también es un principio jurídico reconocido por la Suprema Corte en su jurisprudencia. Véase *United States v. Delaware and Hudson Co.* 213, U.S. 366.

⁷⁶ La postura pasiva y discreta de la mayoría de miembros de la Corte Suprema contra el “activismo” ha llevado en los últimos tiempos al tribunal a un descenso de su actividad.

tribunal constitucional, como lo es el Tribunal Constitucional Federal,⁷⁷ de examinar decisiones del gobierno y la legislatura dirigidas a conocer si se ha hecho un uso prudente de la libre discrecionalidad otorgada por la Constitución a dichos órganos.⁷⁸ En su calidad de máximo tribunal y neutral en términos políticos, el Tribunal Constitucional Federal no debe revisar esas decisiones bajo el punto de vista de la finalidad. En especial, no puede reemplazar las consideraciones políticas del gobierno y la legislatura por las suyas.⁷⁹ “For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts but to the ballot and to the processes of democratic government”.⁸⁰ Solamente cuando el gobierno y la legislatura han utilizado su discrecionalidad de una forma abusiva y el acto legislativo o cualquier otro sometido al tribunal sea caracterizado como una medida arbitraria, entonces, recién ahí, se puede hacer referencia a una lesión del derecho, la cual tenga que ser corregida por el Tribunal Constitucional Federal.⁸¹

2. *El Tribunal Constitucional Federal como órgano constitucional representativo*

La posición especial que detenta el Tribunal Constitucional Federal en su calidad de tribunal, en comparación con las jurisdicciones ordinarias en los términos expresados hasta ahora, se manifiesta de una forma más clara cuando en la actualidad se constata que el Tribunal Constitucional Federal decide autoritativamente sobre cuestiones que sobrepasan a las que le fueron asignadas al *Staatsgerichtshof* en tiempos de la Constitución de Weimar, sobre todo en materia de amparo constitucional y en referen-

⁷⁷ Véase sección 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 23/10/1951. Además, Geiger, *Beilage zum Bundesanzeiger*, 9/11/51, núm. 218, p. 3; Mallmann, *JZ*, 1951, p. 278; Roemer, *op. cit.*, nota 6, p. 193; Arndt, *op. cit.*, nota 6, p. 297; Joel, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁸ En ese contexto no vienen al caso los motivos subjetivos. Esto se corresponde con la jurisprudencia constante de la Corte Suprema; véase *Justice Brandeis i. Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co.* 251, U.S. 146, 161.

⁷⁹ Höpker-Aschoff, *Ansprachen zur Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts*, 1951, p. 21.

⁸⁰ Justice Stone, *Dissenting Opinion*, la cual gradualmente se ha impuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema. También, *American Federation v. American Sash and Door Co.* 335, U.S. 556.

⁸¹ Esta cuestión ha sido discutida en la doctrina alemana y en la jurisprudencia, sobre todo con relación al significado jurídico del principio de igualdad. Véase *Verwaltungsrechtsprechung*, t. I, Nr. 82, p. 265; t. II, Nr. 42, p. 188. Hesse, “Der Gleichheitssatz im Staatsrecht”, *ArchÖffR*, t. 77, 1951, p. 168 y p. 222. Leibholz, *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1951, p. 193; sección 32 de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 23/10/1951; Arndt, *op. cit.*, p. 287.

cia al contenido de disposiciones constitucionales, según el artículo 93.1.1, LF; es decir, prácticamente sobre controversias constitucionales al interior de la Federación. El conjunto de las nuevas atribuciones encomendadas al Tribunal Constitucional Federal por medio de la Ley Fundamental y de la Ley del Tribunal Constitucional Federal es de tal magnitud que incrementó considerablemente su posición de poder, de forma tal que el Tribunal no sólo debe ser considerado como la cabeza del Poder Judicial y, en esa calidad, como custodio y garante de la Constitución,⁸² sino al mismo tiempo también debe ser considerado como un órgano constitucional al que se le confirió la más alta autoridad. Por tanto, se lo debe ubicar en el mismo peldaño institucional que el Parlamento Federal, el Consejo Federal, el gobierno federal y el presidente federal, tanto por motivos constitucionales como políticos.

Esta conclusión se deriva también de la Ley del Tribunal Constitucional Federal y de la Ley Fundamental. En el artículo 1o. de la LTCF se estableció que el Tribunal Constitucional Federal es independiente y autónomo ante cualquier otro órgano constitucional. Por su parte, la Ley Fundamental se ha identificado en gran medida, como así lo hacen Constituciones escritas, con el sistema de división de poderes (artículo 20.2, artículo 92), y en el marco de ese sistema ha independizado al Poder Judicial.

Esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional Federal, dada su condición *sui genéris* de máxima corporación judicial más allá de su actividad judicial específica ejerce al mismo tiempo funciones que se superponen con las de otros órganos estatales. Esto no es sorprendente, si se piensa que el sistema tradicional de división de poderes no es prácticamente realizable en su pureza ni tampoco ha sido totalmente puesto en práctica en la realidad (tampoco en los Estados Unidos de América), independientemente de la tendencia propia en los Estados democráticos y modernos de partidos políticos, de relajar el sistema de la división de poderes mediante el sistema del *checks and balances*, que al mismo tiempo le cuestiona a aquél en sus consecuencias más extremas.⁸³

Por ejemplo, en todos los Estados constitucionales el gobierno participa en un modo limitado en el proceso legislativo. En este punto cabe mencionar a la legislación que otorga autorización (legislación delegativa) y a las

⁸² Como el “Órgano supremo de las garantías constitucionales” calificó el diputado Etzel al Tribunal Constitucional Federal en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derecho Constitucional; véase *Verhandlungen des Bundestages*, 1er. periodo, vol. VI, p. 4218. Sobre la función del Tribunal Constitucional como custodio de la Constitución, véase Heydte, V. D. Stiller “*Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XXXIX, 1951, p. 461 y 474.

⁸³ Weber, Werner, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951.

reglamentaciones dictadas en su consecuencia. Por el contrario, en los Estados constitucionales las cámaras parlamentarias participan en gran medida en el gobierno y administración, e incluso ocasionalmente en la administración de justicia, como muestran las circunstancias en Inglaterra. En este contexto, es suficiente con indicar que, por ejemplo, de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn, como también de acuerdo con la Constitución Federal de Suiza, que el Parlamento funge como un órgano de creación de los miembros del Tribunal Constitucional Federal.

Entonces, tampoco puede sorprender, que en cierta medida, una verdadera jurisdicción constitucional también ejerza al mismo tiempo funciones de gobierno y legislación. Por ejemplo, cuando en un caso iniciado por un juez inferior, un diputado o un ministro federal el Tribunal Constitucional Federal dicta una sentencia, la cual es una genuina sentencia judicial, pero independientemente de ello dicha sentencia cumple a la vez con una función políticamente complementaria. O cuando el Tribunal Constitucional Federal declara como inconstitucional a un partido político conforme al artículo 21 de la Ley Fundamental, porque éste pretende dañar o eliminar el orden constitucional democrático liberal o amenaza la existencia del gobierno federal, o cuando el Tribunal Constitucional Federal se pronuncia sobre la pérdida total o parcial de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 8o. de la LF, porque estos han sido abusados en una confrontación contra el orden democrático y liberal, entonces, estas sentencias tienen el carácter de actos de gobierno con un alto contenido político. Ellas contienen, además, un contenido regulativo, en tanto las correspondientes autoridades administrativas y legislativas son autorizadas a actuar en un sentido concreto conforme a la disposición jurídica interpretada judicialmente.

Además, cuando el Tribunal Constitucional Federal en los casos de colisión de normas sobre la compatibilidad de normas federales y estatales con la Ley Fundamental o de la legislación estatal con la federal, o cuando decide si una regla del derecho internacional público es parte fundamental del derecho federal, así tienen estas decisiones fuerza de ley con el efecto de que el ministro de Justicia tiene que publicarlas en la gaceta oficial. Y aun si este no es el caso, tienen las decisiones citadas un significado similar a la ley, pues todos los otros órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*, como los tribunales y las autoridades administrativas, se encuentran vinculadas por dicha decisión (y ciertamente no solamente para el caso concreto, sino también para el futuro para casos similares), conforme al artículo 31.1, LTCF. Esto rige también para las sentencias del Tribunal Constitucional Federal, que conceden un amparo constitucional, y al mismo tiempo contiene una prohibición de que una repetición de las medidas objetadas

por el Tribunal Constitucional Federal lesionaría la Ley Fundamental.⁸⁴ Lo mismo rige para las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, que por medio de una medida cautelar suspenden la ejecución de una ley, o conforme al artículo 35, LTCF, la aplicación de la ley debe adecuarse a la nueva situación que implica la suspensión dispuesta por la sentencia del Tribunal.⁸⁵ Finalmente, se evidencia la función reglamentaria del Tribunal Constitucional Federal cuando este Tribunal es competente, ciertamente en el marco de los principios generales determinados por la ley, de regular con mayor detalle el procedimiento ante el mismo Tribunal, mediante la práctica judicial o por un reglamento interno y, de esta forma, de adecuar el procedimiento a las exigencias de los diversos casos agrupados según sus características.

3. La posición de los miembros del Tribunal Constitucional Federal

A partir del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal, no sólo por su calidad de máximo tribunal de la Federación es un tribunal *sui generis*, sino también un órgano constitucional, o, mejor dicho, que es un órgano inmediato del Estado, se desprenden consecuencias importantes. La conclusión trascendental es que los miembros del Tribunal Constitucional Federal no pueden ser considerados como funcionarios públicos. Ellos son en realidad, y ciertamente en su calidad de miembros del Tribunal Constitucional Federal, así como los miembros del gobierno federal, del Parlamento Federal y del Consejo Federal, representantes, cuya legitimidad deriva del pueblo mismo por medio del Parlamento y de los partidos políticos que integran el Parlamento. Por el contrario, a un funcionario público se puede hacer referencia a un representante, cuando a alguien se le otorgan atribuciones en el marco del orden de competencias constitucional para decidir independientemente, en nombre del pueblo organizado en el Estado, sobre cuestiones esenciales de fundamental importancia, las cuales afectan la existencia de la totalidad, del conjunto.⁸⁶ Esta potestad de resolución pertenece francamente a la esencia de la representación. Ella aparece como una ex-

⁸⁴ Acerca del amparo constitucional en el sentido del Tribunal Constitucional Federal, Geiger, *Deutschen Reichsanzeiger*, 13 de febrero de 1951.

⁸⁵ Sección 39 de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, del 23 de octubre de 1951. Asimismo, el Tribunal Constitucional austriaco debe realizar en cierta medida funciones reglamentarias cuando tiene que establecer las consecuencias de una norma jurídica (ley o decreto) que fue invalidada por ser inconstitucional. Véase Spanner, H., *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, 1951, p. 99.

⁸⁶ Smend, *Politische Gewalt*, p. 6, ha hecho referencia en dicho contexto a lo siguiente: “en los cuales se determina y se impone el Estado mismo y su esencia”. Triepel hace alusión

presión del hecho de que un representante siempre se manifiesta a la vez como titular de un valor personal determinado. Si los órganos constitucionales en la resolución de sus decisiones fueran influenciados de forma relevante por otros órganos o personas, entonces experimentarían en manera compulsiva una *capitis deminutio* a la hora de reclamar para sí atribuciones representativas.

Por otro lado, es claramente la característica de un funcionario público que en el marco de una relación estructurada jerárquicamente se encuentre sometido a las indicaciones políticas de sus superiores, y que produzca algún tipo de consecuencias el hecho de estar bajo una instancia de representación. El funcionario público personifica realmente la obediencia. Él se debe a la obediencia, dado que está en una especial relación de servicio de carácter público, lo cual lo compromete a una obediencia y fidelidad. Obediencia, lealtad y deber son las específicas categorías de una relación de servicio propias de un funcionario público.⁸⁷ Éstas se encuentran aseguradas dado que el Estado (antes el monarca) posee sobre el funcionario el poder de instrucción de servicio. Por ello, pertenece también a la relación jurídica de un funcionario público el poder de disciplina, que se encarga de que el deber de obediencia resultante de su relación de fidelidad sea cumplido a cabalidad por el funcionario público. En otra situación se podría preguntar si el funcionario público posee también funciones de autoridad, y en ese sentido, tener atribuciones para actuar por sí mismo en el ámbito político; sin embargo, en este caso no puede el funcionario público, como sujeto sometido a un poder, tomar decisiones independientes y creadoras, y tampoco puede reclamar para sí un carácter representativo. Él debe finalmente permanecer como un “servidor” dependiente de un tercero y como un emisario.

Esta diferencia fundamental entre órganos constitucionales (éstos que reclaman para sí una cualidad representativa, y aquellos funcionarios públicos que están en una relación de lealtad con el Estado y deben cumplir con sus deberes y su obediencia), coincide en lo esencial con la actual concepción que impera desde hace un tiempo en los Estados occidentales. En lo fundamental, también se corresponde con la usual diferencia en Inglaterra

a que “las cuestiones deben referirse a los ‘más altos y decisarios fines del Estado’”. Véase también Jerusalem, *Staatsgerichtsbarkeit*, p. 86.

⁸⁷ Una relación de obediencia y lealtad de los funcionarios públicos no excluye que a ellos les corresponda en cierta medida el derecho de revisar si a su superior le corresponde en realidad la atribución de dictar una determinada orden de servicio; por ejemplo, si en concreto una orden de esa naturaleza es admisible, o si ha sobrepasado el ámbito de servicio aunque no sea de forma abusiva, o si el superior en realidad es competente en dictar al funcionario público una determinada orden.

entre *Masters* (a los cuales pertenecen también los *Judges of the Supreme Court of the Judicature*) y los *H. M.'s servants and agents*”, los cuales solamente tienen que obedecer “his orders as to how to carry out their duties”.

No es aquí el sitio de revisar en detalle en qué medida resultarían consecuencias a partir de lo dicho para la posición jurídica y la clasificación de los jueces (y de los profesores universitarios).⁸⁸ Por motivos históricos que no serán comentados en detalle, en Alemania los jueces y los profesores universitarios fueron considerados incluso hasta en tiempos recientes fundamentalmente como funcionarios públicos, y fueron tratados de un modo correspondiente a ese estatus, a pesar de que para la conformación de la relación del funcionario público se ha tenido en cuenta su posición especial en términos profesionales y su protección constitucional. Un cambio es que el principio que afecta a los funcionarios públicos de que tienen que obedecer las órdenes de servicio de su superior no rige para los jueces ni para los profesores universitarios en tanto (en el caso de los jueces) se trate de una específica y pura actividad judicial, y para los profesores del contenido de una doctrina expuesta por él (o de un método de enseñanza propuesto por el profesor).⁸⁹ Si esta categorización conforme a la figura del funcionario público fue o es conveniente o sólo fue afortunada, no es motivo de discusión en este trabajo. La Ley Fundamental de Bonn en todo caso se ha decidido a separar a los jueces de la relación que sujeta a los funcionarios públicos y de crear para ellos un derecho especial que corresponda a la naturaleza de su posición especial (artículo 98, LF).

En cualquier caso, sea como fuere, del hecho de que conforme al derecho alemán el juez ordinario hasta ahora ha sido un funcionario público no puede concluirse que también el juez del Tribunal Constitucional Federal “es” un funcionario público, o solamente por medio del legislador puede ser tratado también como tal. Dado que en cuanto el juez ordinario ha sido “asimilado” a la condición de funcionario público se diferencia fundamentalmente su posición de la del juez del Tribunal Constitucional Federal si se considera aun que la cualificación orgánica del juez ordinario es derivada en forma mediata de la Constitución mientras que la posición orgánica del juez del Tribunal Constitucional Federal está fundada directamente en la

⁸⁸ Sobre el contraste entre jueces y funcionarios públicos en general, y sobre la tendencia comprobable históricamente de que a partir de una relación sujeta al poder del funcionario público se puede asumir una relación fundada en el derecho de personas libres, véase Rosenstock, E., “Der ewige Prozess des Rechts gegen den Staat”, *Zeitschrift f. Rechtsphilosophie*, t. 2, 1919, pp. 222 y 229 y ss.

⁸⁹ Acerca de la posición jurídica de los profesores universitarios: Thoma, R., *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer*, 1952.

Constitución y se trata de una genuina representación. Un órgano inmediato del Estado no puede ser subsumido nunca bajo el concepto de funcionario público. Si alguien emprende un intento de esta naturaleza, entonces se embrolla de manera obligada en una contradicción interna. Un intento de esta clase, aun cuando quien lo intente sea el legislador, es en lo fundamental un intento *ultra vires*, el cual carece de una fuerza jurídica vinculante, porque la aplicación de categorías relativas a funcionarios públicos debe ser denegada ahí donde se trata de una regulación de relaciones personales, que de acuerdo con su esencia y naturaleza no puede ser medida con esos criterios.

Lo acertado de lo expresado se evidencia en que las disposiciones que no están en condiciones de hacerle justicia a la realidad política, finalmente deben capitular ante ella. Tendría que traerse a colación, que bajo la Constitución de Weimar, por ejemplo, primero había sido hecho el intento de regular la posición del gobierno por medio de disposiciones relativas a funcionarios públicos, pero no se tuvo en cuenta la diferencia estructural de la posición de los miembros de un gobierno parlamentario de los de una monarquía constitucional. Según el derecho constitucional alemán prerrevolucionario, fue absolutamente adecuada y admisible la aplicación a los miembros del gobierno imperial de los principios relativos a los funcionarios públicos. Dado que visto de una forma jurídica el canciller era en el Parlamento federal sólo un “mandatario” del rey, y en el imperio ministro y asistente del emperador, y como tal sometido a sus órdenes de servicio,⁹⁰ del mismo modo los representantes de las oficinas públicas imperiales, los secretarios de Estado estaban sometidos al canciller imperial y obligados a seguir sus indicaciones. Sin embargo, el sistema de gobierno parlamentario presupone francamente si quiere funcionar un accionar propio y creador del gobierno. Sólo de esta forma mantendrán su sentido y justificación las prevenciones específicas del sistema de gobierno parlamentario, como la declaración de confianza o el voto de censura, a través de las cuales debe ser asegurada la homogeneidad entre la mayoría parlamentaria y el gobierno. Solamente mediante el hecho de que los miembros particulares de un gobierno parlamentario tomen sus determinaciones según su libre convencimiento estarían en la situación de responsabilizarse ante el Parlamento y el pueblo.

De esta situación se derivó que los principios más importantes relativos a los funcionarios públicos, como el deber de obediencia y el poder de disciplina, no sean aplicables a los miembros de un gobierno parlamentario, y

⁹⁰ Que en la realidad política el cuadro fue diferente, y que objetivamente el canciller fue quien sometió al monarca a su voluntad, debe dejarse de lado en este contexto.

que si a pesar de ello esto se desatendiera, y se quisiera tratar a éstos como funcionarios públicos, algo ocurriría que necesariamente llevaría a graves inconvenientes en la práctica. Éste fue el motivo del porqué en 1930 finalmente se promulgó una Ley para Ministros Imperiales, la cual les proporcionó a los miembros del gobierno imperial una posición especial acorde a su posición de representación, y, además, se declararon como no aplicables para los ministros imperiales las más importantes disposiciones vigentes para los funcionarios públicos del Imperio. Desde ese entonces no se aplicaron más a los miembros del gobierno parlamentario las normas sobre funcionarios públicos.

Lo mismo rige en forma correspondiente para los miembros del Tribunal Constitucional Federal. Si son éstos un órgano inmediato del Estado con una cualificación de representación, entonces poseen, desde un punto de vista jurídico, la cualidad de un “señor”, y no de un “servidor”, que cuentan con una autoridad propia y dignidad. Por ello, deberían también en lo externo ser tratados conforme a esta cualificación, que materializa su calidad de representación. Debería ser traído aquí como colación el tratamiento que experimentan en público los miembros de la Corte Suprema de Estados Unidos y los máximos jueces en Inglaterra. En los Estados Unidos, en las recepciones oficiales de Estado son incluidos también los nueve jueces de la Corte Suprema junto al gabinete y a los presidentes de ambas cámaras. En Inglaterra figuran entre la jerarquía de los detentadores de la dignidad del Estado, como fue últimamente el caso en el entierro de Jorge VI: los jueces supremos estaban directamente detrás de los miembros de la Casa Real y por delante de las representaciones diplomáticas extranjeras y del gabinete. Recién cuando se logre impresionar de un modo gráfico al pueblo sobre la posición representativa del Tribunal Constitucional Federal podrá este Tribunal satisfacer también su función de integración política al interior de la totalidad del Estado y del pueblo.

Por eso, tiene un buen sentido el artículo 98.2.2 LF, según el cual la relación de servicio de los jueces de los tribunales federales supremos será regulada por una ley federal especial; en cualquier caso, esto también les concierne a los miembros del Tribunal Constitucional Federal. En nuestra opinión, tendría que establecerse la posición jurídica de los miembros del Tribunal Constitucional Federal del mismo modo como la Ley Imperial de Ministerios describió en su tiempo la posición jurídica de los miembros del gobierno imperial.

En especial, conforme a lo expresado, no puede justificarse para los miembros del Tribunal Constitucional Federal el deber de obediencia típico de los funcionarios públicos. Una obligación así no existe en realidad para

los miembros del gobierno federal ni de los gobiernos de los *Länder* ni para el Parlamento Federal. Si no hay un deber de obediencia, entonces tampoco existe un superior de servicio en el sentido del derecho de los funcionarios públicos, tampoco en forma de un ministro del ramo. En los hechos, ni el ministro de Justicia ni ningún otro puede dictar una orden de servicio o una instrucción a algún miembro del Tribunal Constitucional Federal. Esto rige no solamente para el ámbito específico de las actividades judiciales, sino también para las actividades del juez del Tribunal Constitucional Federal que están fuera de su propia área de servicio. En contraposición a un juez ordinario y a los profesores universitarios, el miembro del Tribunal Constitucional Federal puede reclamar para sí el privilegio general de contar con una libertad de instrucciones.

Los deberes, que los miembros del Tribunal tienen ante la institución, se desprenden en primera línea de su conciencia y de su pertenencia como miembro de un máximo tribunal; también de normas no escritas, las cuales, al ser parte de la práctica de un tribunal, podrían contar con una legitimación de costumbre; y también del reglamento del tribunal acordado en forma “soberana” por el tribunal cuya promulgación le ha sido reservada por el legislador en forma tácita.

En este estado de cosas, no es casualidad que conforme a la Ley del Tribunal Constitucional Federal no existe la posibilidad de separar a un juez de su cargo por medio de un procedimiento disciplinario. Tampoco es de otra forma en los Estados Unidos, donde un *Judge* de la Suprema Corte, como por ejemplo el presidente o vicepresidente, sólo “on impeachment for, and conviction of treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors” (artículo II.4, Constitución norteamericana) puede ser separado de su cargo. Cuando por dicho motivo se establece en la Ley del Tribunal Constitucional Federal que bajo ciertas condiciones el pleno del Tribunal Constitucional Federal está autorizado a separar del cargo a uno de sus miembros o a disponer su retiro por jubilación, entonces, se trata aquí en realidad de un procedimiento de autodepuración del máximo Tribunal Constitucional, el cual podría ser contemplado también en su reglamento interno, y no necesariamente como un procedimiento disciplinario. Esto sería congruente con el procedimiento contemplado en el artículo 105 de la LTCF,⁹¹ el cual, pese a que pudiera darse un requisito, no necesariamente debe ser iniciado

⁹¹ Nota del traductor: el artículo 105 LTCF dispone: [Jubilación, Separación] “El Tribunal Constitucional Federal podrá autorizar al Presidente Federal: 1. A jubilar a un juez del Tribunal Constitucional Federal debido a una incapacidad permanente para ejercer el cargo; 2. A separar del cargo a un juez del Tribunal Constitucional Federal por una actuación deshonrosa o cuando sea condenado en modo firme a una pena privativa de la libertad

el procedimiento, ni que dado el caso de que el Tribunal Constitucional Federal diera la autorización correspondiente, la misma se constituya en una *obligación* para el presidente federal de actuar conforme a ella.

De esta posición especial descrita de los miembros del Tribunal Constitucional Federal se derivan todavía otras importantes consecuencias. Por ejemplo, en el artículo 12, LTCF, se establece un derecho a solicitar en cualquier momento una separación del cargo, el cual en realidad es un derecho a renunciar, que está más cerca del derecho de los miembros del gobierno de poner a disposición su cargo, que del derecho de un funcionario público de, a su pedido, ser exonerado de sus deberes en su calidad de tal.

También se desprende de lo expresado, que los miembros del Tribunal Constitucional Federal no están sometidos a un deber de residencia. En Suiza se han tenido todavía consideraciones complementarias en ese sentido, pues a los jueces se les ha reconocido en Lausana [sede del Tribunal] la misma desvinculación territorial que a los miembros del Consejo Federal con sede Berna.⁹²

Por otro lado, se corresponde con la posición representativa de un juez del Tribunal Constitucional Federal y con una dignidad propia de la institución que estén sometidos a una serie de incompatibilidades.⁹³ Sobre todo por esos motivos no pueden ejercer otra profesión, y se requiere de una mayor revisión emprendida por medio del reglamento interno para conocer la compatibilidad de otras actividades, como las destinadas a conseguir un lucro de tipo financiero, con la posición especial de un juez del Tribunal Constitucional Federal.

Finalmente, se aclara a partir de la posición especial de un juez del Tribunal Constitucional Federal, que en los emolumentos de los jueces se debe considerar y expresar que este Tribunal está al mismo nivel del Parlamento y del gobierno federal.⁹⁴ En términos prácticos, también se ha intentado conseguir que los emolumentos de los miembros del Tribunal Constitucional Federal queden fijados en una ley especial, como también es usual para las remuneraciones de los ministros federales y las dietas de los diputados. Estos emolumentos deberían estar equiparados a los de los miembros del

mayor a seis meses o cuando sea culpable de una violación grave de sus deberes, que impidan su permanencia en el cargo”.

⁹² Sobre “Exterritorialität” véase Giacometti-Fleiner, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1951, p. 580.

⁹³ Artículo 3.3, LTCF. Acerca de las incompatibilidades en el derecho constitucional austriaco, Spanner, p. 91; aquí está previsto que determinadas personas, ya sean empleados o funcionarios de un partido político, no puedan pertenecer al Tribunal Constitucional.

⁹⁴ Diputado v. Merkatz, *op. cit.*, nota 1, p. 4223; Arndt, *DVerwBl*, 1951, p. 298.

gobierno federal, aunque bien unos deberes atenuados de representación podrían justificar una disminución de dichos emolumentos.⁹⁵ Sea como fuere, es un hecho que el legislador no ha considerado aplicar directamente a los miembros del Tribunal Constitucional Federal las disposiciones generales sobre emolumentos públicos. Sin embargo, éstas se están aplicando, lo cual fue posible mediante una ley que contempló dicha posibilidad: la Ley sobre Emolumentos de los Miembros del Tribunal Constitucional Federal. Un acto de recepción de esa naturaleza no está en condiciones de cambiar el carácter fundamental de los salarios de los jueces del Tribunal Constitucional Federal. Entonces, dado que los jueces del Tribunal Constitucional Federal no pueden ser asimilados por medio de una ley o de un acto de gobierno o administrativo de forma válida a la condición de funcionarios públicos, tampoco pueden sus emolumentos ser equiparados a los de un funcionario público y ser tratados en forma correspondiente.

Para el monto de la jubilación de los miembros del Tribunal Constitucional Federal se aplica fundamentalmente lo mismo. Tampoco tiene el carácter relativo a funcionario público. Se puede, por ejemplo, bajo ciertas circunstancias, ser elegido dos veces para períodos respectivos de ocho años como miembro del Tribunal Constitucional Federal,⁹⁶ dándose el caso, sin embargo, de que después de haber transcurrido los respectivos períodos no se tenga adquirido el derecho a una pensión. Una regulación legal de esta naturaleza sólo es comprensible si se tiene presente que los miembros del Tribunal Constitucional Federal cuentan con una posición especial derivada de su calidad de órgano constitucional, que no puede ser aprehendida con categorías de funcionarios públicos. No es casualidad, por ello, que las disposiciones sobre previsiones sociales vigentes para los jueces constitucionales en el marco de la reglamentación especial de la Ley Fundamental sean declaradas en virtud de una autorización expresa como aplicables, aunque solamente con carácter subsidiario (artículo 103, LTCF).

4. *Otras conclusiones de fundamental significado*

1. Si se acepta, tal como ha sido demostrado, que el Tribunal Constitucional Federal es un órgano constitucional de la Federación, supremo y autónomo, que está al mismo nivel que el Ejecutivo y el Legislativo, y en

⁹⁵ Arndt, *DVerwBl*, 1951, p. 298.

⁹⁶ Nota del traductor: esta situación legal en la actualidad ya no es posible, pues la cuarta ley de reforma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal publicada en la *Gaceta Oficial* del 24 de diciembre de 1970 dispuso que el período de los jueces sería de doce años, sin reelección de ninguna clase.

ese carácter está convocado también a ejercer, más allá de sus actividades judiciales, funciones de integración política, entonces es evidente que el Tribunal Constitucional Federal —en el mismo modo como ocurre por ejemplo con el Tribunal Supremo Federal, la Oficina de Patentes o el Tribunal Federal de Finanzas— no puede ser “atendido” por el Ministerio Federal de Justicia.

Esto tiene como consecuencia que el Tribunal Constitucional Federal, como órgano constitucional sin necesidad de intermediación del Ministerio Federal de Justicia, pueda y deba tener relaciones administrativas en forma autónoma con los otros órganos constitucionales supremos en un pie de igualdad.

2. El Tribunal Constitucional Federal tampoco puede en el ámbito presupuestario renunciar a su posición de autonomía, a la cual tiene derecho conforme a las previsiones constitucionales. Esto significa en términos prácticos que el presupuesto del Tribunal Constitucional Federal deba aparecer como un subtítulo dentro del presupuesto del Ministerio Federal de Justicia. Tampoco este Ministerio tiene que preparar dicho presupuesto ni defenderlo ante otras instancias. Más bien el presupuesto del Tribunal Constitucional Federal, como es el caso para los otros órganos federales supremos, debe representar un título aparte e independiente en el presupuesto general del Estado.

3. La rápida promulgación de un reglamento interno es deseable como necesario, dado que estaría asegurando el funcionamiento del Tribunal en el marco de la estructura constitucional y su cooperación con el gobierno federal, el Consejo Federal y el presidente federal.⁹⁷ Como es el caso para cada órgano constitucional supremo, es un asunto del propio órgano de dictar su reglamento interno. Es, pues, una tarea del pleno del Tribunal de cumplir con dicho deber pendiente en el menor tiempo posible.

Primeramente será un asunto del reglamento interno de contemplar una regulación sobre los procedimientos; esto es, de establecer reglas procesales para el funcionamiento interno, y de este modo situar al Tribunal en términos organizativos en un modo de trabajo determinado por normas fijas.

Además, el reglamento interno debería dar información acerca de cómo evacuar en detalles los asuntos administrativos.⁹⁸ De la ya descrita es-

⁹⁷ Schneider, “Die Bedeutung der Geschäftsordnungen oberster Staatsorgane für das Verfasungsleben”, *Festgabe für Smend*, 1952, p. 309.

⁹⁸ Este también es el caso en Suiza. Véase artículo 11 de la Ley Federal sobre la Organización de la Administración de Justicia, 1943. Lo mismo rige para los Estados Unidos. No solamente “the actual determinations of the Court”, sino “aside from administrative matters

tructura y posición del Tribunal Constitucional Federal se desprende que las decisiones relevantes sobre la forma y el modo en cómo se deberían tratar estos asuntos administrativos corresponde al pleno del Tribunal, y sólo a él. Por eso, no puede darse el caso, como ocurre en otros tribunales e instituciones, de darse un “jefe” que regule estos temas.

En detalle tendrá el pleno que decidir sobre qué asuntos ellos mismos tendrán que debatir y preparar una resolución, y qué otros asuntos podrán ser delegados al presidente o vicepresidente del Tribunal. Sobre esto se tendrá que ser claro, que en el marco de un poder de representación otorgado por el reglamento interno al presidente el pleno no podrá dictarle instrucciones al presidente con relación a dicho poder de representación, y que las acciones emprendidas por el presidente o el vicepresidente en virtud de la representación ejercida por mandato del reglamento interno tampoco genera un deber de responsabilidad ante el pleno. En aquello que sea suficiente el mandato del presidente basado en el reglamento interno, entonces estará actuado como un representante de un órgano estatal inmediato. Esta posición de representación del presidente que él solo puede reclamar debido a estas normas reglamentarias, será colocado en el mismo nivel con relación al rango y dignidad al interior de la jerarquía estatal al presidente del Parlamento Federal y del Consejo Federal.

En cuanto el pleno se reserve a sí mismo en el reglamento el tratamiento de asuntos administrativos, puede ocurrir esto en la forma en que el pleno mismo acuerde y dicte resoluciones al respecto,⁹⁹ o que designe comisiones especiales, y en ellas delegue dicha tarea por medio de resoluciones, y por tanto, fungirán como órganos auxiliares del pleno. Estas comisiones pueden, por ejemplo, ser convocadas para la dirección de la biblioteca, de las finanzas, del reglamento de los asuntos internos, de las publicaciones de las sentencias, de la organización edilicia del tribunal, de la reglamentación de los asuntos del personal del tribunal, etcétera. En estos asuntos es posible delimitar el área de decisiones de las comisiones y, en su caso, obligarlas a que en asuntos de suma importancia acudan al pleno para la toma de la decisión respectiva.

En lo que respecta a la reglamentación del personal del Tribunal, es fundamental proceder en la misma forma en como se procede en los otros órganos constitucionales supremos, como el Parlamento Federal y el Con-

of the merest routine, every action of the Court is taken on the concurrence of the majority of its members”. Véase Hughes, Ch. E., *The Supreme Court of the United States*, 1947, p. 56.

⁹⁹ Cabe observar que también en Suiza el Tribunal Federal, conforme al artículo 109 de la Constitución federal, y artículo 7.2 de la Ley de Organización Federal de 1943, se encarga por sí mismo de los departamentos administrativos.

sejo Federal. Esto significa que el pleno debe establecer en el reglamento en qué medida se prevé actuar por sí mismo o con la ayuda de una comisión especial en materia de contrataciones, despedidos, etcétera, del personal, o si sería adecuado trasladar esta cuestión al presidente —eventualmente en consulta con una comisión de funcionarios del tribunal—.

Asimismo, podrán tratarse en el reglamento interno, las consecuencias señaladas anteriormente, que se derivan de la independencia del presupuesto. En este punto debería contarse de forma especial con una reglamentación detallada acerca de quién será responsable para la elaboración del presupuesto: el presidente, una comisión de presupuesto o el presidente con la aprobación de una comisión o del pleno, y quién tendrá que defender el presupuesto ante el gobierno federal y la comisión de presupuesto del Parlamento federal y del Consejo Federal.

En este contexto, el pleno tendrá también que decidir si no se debería contemplar en el reglamento interno una disposición mediante la cual se debiera crear una oficina financiera competente para los actuales asuntos de tesorería y previsión presupuestaria, la cual, en la medida de las posibilidades, pueda estar sometida directamente al Ministerio Federal de Finanzas. Una solución de este tipo aparece como una solución técnica similar a la actual conexión existente con la administración de tesorería del Tribunal Federal.

Finalmente, el pleno tendrá que ponderar si en consideración del hecho de que en círculos políticos relevantes existen equivocaciones de gran peso sobre la posición constitucional efectiva del Tribunal Constitucional Federal y de sus miembros, ellos mismos deberían utilizar en su beneficio el reglamento interno, a fin de establecer en términos declarativos y de una forma complementaria a la Ley del Tribunal Constitucional Federal el carácter de órgano constitucional del Tribunal Constitucional Federal, y sopesar, además, las consecuencias que se derivarían de dicha declaración. Esto significaría sobre todo que también se tendría que establecer en el reglamento interno que a los miembros del Tribunal Constitucional Federal no se les puede dirigir la palabra en la forma utilizada para los funcionarios públicos, y que el Tribunal Constitucional Federal no se encuentra sometido a ningún ministerio del ramo, y que los asuntos a tratar hacia fuera de la institución directamente serán tratados con los órganos supremos de la Federación.

Karlsruhe, 21 de marzo de 1952