

EL ESTATUS JURÍDICO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA EXPERIENCIA ALEMANA*

Jörg LUTHER**

SUMARIO: I. *Precisiones metodológicas*. II. *Las fuentes del estatuto jurídico del juez constitucional*. III. *El número de jueces constitucionales y sus suplentes*. IV. *Los requisitos para ser juez constitucional*. V. *Las causas de incompatibilidad e inelegibilidad*. VI. *La elección de los jueces constitucionales*. VII. *El juramento del juez constitucional*. VIII. *El deber general de colaboración y colegialidad*. IX. *La obligación de abstenerse de juzgar y de mantener la confianza en la imparcialidad*. X. *El derecho al estudio del caso y a la asistencia técnica*. XI. *La secrecía de la Sala de Deliberaciones y la publicidad del disenso*. XII. *La remuneración del cargo*. XIII. *La duración, reelección y prórroga*. XIV. *La autodisciplina de los jueces constitucionales*. XV. *La responsabilidad y los jueces del juez constitucional*. XVI. *Conclusiones*.

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS¹

Si la tarea tradicional del derecho público es aquella de ordenar las “magistraturas” en el sentido más antiguo de la palabra (*Ämterordnung*), la cuestión del

* Traducción de César Astudillo, investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM y Giovanni Figueroa Mejía, investigador en la Universidad Autónoma de Nayarit.

** Profesor del Departamento de Políticas Públicas y Decisiones Colectivas, POLIS, de la Universidad del Piemonte Oriental.

¹ Por razones de simplificación se ha decidido no traducir el nombre de los entes y órganos del sistema alemán. Además, se han utilizado las siguientes abreviaturas: BVerfGE: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*/ Recopilación Oficial de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán; BVerfGK: *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*/ Recopilación Oficial de las decisiones de las Salas del Tribunal Constitucional Federal alemán; BVerfGG: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*/ Ley que crea el Tribunal Constitucional Federal alemán; DDR: *Deutsche Demokratische Republik*/República Democrática Alemana; DRiG: *Deutsches Richtergesetz*/ Ley de la jurisdicción alemana; GG: *Grundgesetz*/ Ley Fundamental; GO-BVerfG: *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgericht*/ Reglamento general del Tribunal Constitucional Federal alemán.

“estatus del juez constitucional” concentra algunos de los problemas más importantes del Estado constitucional moderno, en particular el de la identidad y la confianza.² Si el estatus jurídico de un sujeto es un término que expresa significados prescriptivos a través de una cualificación óntica del mismo,³ el relativo al juez implica la descripción de un conjunto de significados prescriptivos re conducibles a una particular posición de autoridad construida por medio de normas jurídicas que adicionalmente expresan sus modalidades de legitimación. La lectura de todas estas posiciones permite obtener conclusiones sobre la identidad de un juez constitucional, al confrontar tales postulados normativos con la percepción que el sujeto y su público tienen de sus derechos y deberes. Dicha identidad constituye un factor del sistema y del modelo normativo de justicia constitucional, considerado hasta ahora más determinado por el sistema, y no tan determinante para el mismo. En este sentido, la descripción y la respuesta a la cuestión respecto al estatus del juez constitucional representa un modo de verificar el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado de derecho y de la democracia respecto a los temores de todos aquellos que ven al gobierno de la ley transformarse en el gobierno de los jueces constitucionales, y a la democracia, ceder en favor del paternalismo de la *juristocracy*.

En el ámbito de la comparación, la pregunta sobre “el estatus jurídico” se convierte después también en una pregunta sobre las bases de legitimación del diálogo transnacional de los jueces constitucionales, lo cual representa un título para la acreditación de los participantes en el diálogo. Si por la amplitud de los poderes del *Bundesverfassungsgericht*, los jueces de *Karlsruhe* pretenden encontrarse entre los más observados del mundo, quizá también su estatus podría estar identificado con algunas peculiaridades inherentes a esa posición y condición en la realidad internacional.

Sin embargo, sería un error limitar el análisis de la experiencia alemana a la Corte de *Karlsruhe*, debido a que la justicia constitucional alemana se encuentra descentralizada a través de órganos análogos (Hamburg: *Verfassungsgericht*; Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein: *Landesverfassungsgericht*; Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen, Bremen: *Staatsgerichtshof*; otros: *Verfassungsgerichtshof*) que al día de hoy existen en los 16 *Länder* de la reunificada República federal.⁴ Estos jueces

² Desde la ciencia política *cfr.* Vorländer, H. (coord.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden, 2006.

³ Ferrajoli, L., *Principia iuris*, Bari, 2007, pp. 183 y ss.

⁴ Sobre las instituciones más recientes *cfr.* Heimann, M., *Die Entstehung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den neuen Ländern und in Berlin*, München, Vahlen, 2001; Wille, S., *Der Berliner Verfassungsgerichtshof*, Berlín, 1993; Kluge, H.-G. y Wolnicki, B. (coords.), *Verfassungsgericht des*

constitucionales “regionales”, a diferencia de los jueces constitucionales federales, desempeñan únicamente un encargo honorario o accesorio, es decir, no profesional. Menos interesantes de evaluar resultan las diferencias posteriores que se desprenden de los detalles, porque no todas las fuentes de los sistemas descentralizados de justicia constitucional son igualmente accesibles. Hasta la fecha la doctrina alemana se esfuerza por reelaborar un derecho procesal constitucional común del *Bund* y los *Länder*.⁵

Algunas líneas de fondo son, sin embargo, delineables. El estatus especial del juez constitucional debe distinguirse, ante todo, del estatus general de la persona civil y del ciudadano. La ciudadanía, como estatus, incluye, sobre todo, los derechos fundamentales y aquellos que se les equiparan (como los políticos), además de los derechos sociales no constitucionalizados. Basta pensar, por ejemplo, en la libertad religiosa, en el derecho al voto, en la salud y en la seguridad personal y del trabajo, sobre todo, en la libertad de circulación y en la de manifestación de las ideas sobre cuestiones que no corresponden a las del propio cargo. Según la doctrina iuspublicista alemana, el juez constitucional, en su calidad de sujeto privado, se encuentra sometido a un estatus especial (*Sonderstatusverhältnis*) de sujeción voluntaria al ente territorial al que pertenece, lo que implica la existencia de posibles colisiones con los derechos fundamentales de quienes se benefician de su función. Por tanto, las fuentes que atribuyen las funciones a la totalidad del órgano pueden justificar la imposición de obligaciones particulares, en principio sobre la base de la legislación que sean sancionables con instrumentos de responsabilidad disciplinaria.

La tradición del constitucionalismo moderno que inspira el análisis de la organización y los procedimientos del “gobierno de la ley” han llevado a la doctrina iuspublicista alemana, desde los tiempos de Gerhard Leibholz,⁶ a interesarse más intensamente en el estatus del órgano colegial y en sus relaciones con los demás órganos constitucionales, sin hacer lo mismo respecto a la “disciplina” del juez constitucional en particular.⁷ El estatus del

Landes Brandenburg, 2a. ed., 1999; Degenhart, C. y Meissner, C. (coords.), *Handbuch der Verfassung des Freistaats Sachsen*, Dresden, 1997, pp. 51 y ss.

⁵ En particular Starck, C. y Stein, K. (coords.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1983, vol. I; Macke, P. (coord.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit auf Landesebene*, Baden-Baden, 1998.

⁶ Leibholz, G., “Der Status des Bundesverfassungsgerichts Jahrbuch des öffentlichen Rechts” (*JöR*) 6 (1957), pp. 109 y ss.; Geiger, W., *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, *JöR* 6 (1957), pp. 137 y ss.

⁷ Sigue siendo fundamental Geck, W., *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden, 1986, que debe analizarse también en *idem*, *Zum Status der Bundesverfassungsrichter: Besoldungs- und Versorgungsrecht*, *Festschrift W. Zeidler*, Berlín, 1987, pp. 189 y ss.

juez constitucional se ha considerado más como un derivado que como un componente del estatus del órgano en su conjunto. En la doctrina oficial expresada en forma de memorándum en 1952, la pertenencia a un órgano constitucional fue el elemento distintivo del juez del *Bundesverfassungsgericht* respecto a la categoría de los funcionarios públicos (*Beamte*) y a la de los demás jueces comunes.⁸ Esta caracterización es parcialmente correcta en la medida en que se reconoce al órgano una autonomía funcional respecto a su propia organización y procedimientos, dado que el estatus del titular es también fruto de la autonomía del órgano, lo cual se encuentra sólo parcialmente codificado y codificable por fuentes escritas heterónomas.

II. LAS FUENTES DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Una importante consideración merece el sistema de las fuentes que determina el estatus del juez constitucional en Alemania, sea bajo el perfil jerárquico que bajo el de las competencias involucradas, y que expresan problemas sustanciales de cualificación.

En la jerarquía de las fuentes se pueden distinguir tres tipos de fuentes escritas que regulan el estatus del juez constitucional alemán. Ante todo está la Constitución, federal y regional, que establece o que presupone el derecho al juez preconstituido por la ley, pero que en general determina también el número de jueces, los aspectos concernientes a la legitimación y las principales garantías de independencia y responsabilidad, reservando a la ley la disciplina ulterior (*cf.* artículo 97, GG). Siguiendo el ejemplo de la ley federal (artículo 94, párrafo 2, BVerfGG), las leyes de los *Länder* delegan al correspondiente órgano de justicia constitucional la facultad de dotarse de un reglamento propio (*Geschäftsordnung*), que adquiere la calidad de fuente autónoma de rango secundario e inferior con relación a la ley.

El reglamento interno del *Bundesverfassungsgericht* asigna explícitamente al pleno la competencia de “discutir y deliberar... sobre todos los aspectos que afectan directamente a los jueces, a su estatus y a sus condiciones de trabajo” (artículo 1, párrafo 2, GO-BVerfG).

Dichas fuentes se complementan con otras de carácter más general, que se consideran aplicables para el juez constitucional, en cuanto especie o al menos fenómeno análogo de dicho género:

a) De la más amplia categoría de “jueces” regulada por la ley federal relativa a la jurisdicción (*Deutsches Richtergesetz-DRiG*), cuyas disposiciones se

⁸ “Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, Jahrbuch des öffentlichen Rechts” (*JöR*) 6 (1957), p. 146.

aplican a los jueces constitucionales federales “en la medida en que son compatibles con la particular situación jurídica de dichos jueces de conformidad con la Ley fundamental y la ley institutiva del *Bundesverfassungsgericht*” (artículo 69) y, sobre la base de eventuales normas supletorias, que aplican también para los jueces constitucionales regionales (artículo 84);

b) La categoría de los titulares de un “órgano constitucional”, con la consecuencia de que los principios del estatus de la institución pretendan alcanzar al de las personas que —en sentido técnico—⁹ la representan, por ejemplo, los deberes de independencia e imparcialidad, las funciones de garantía de la Constitución, incluso en su núcleo duro, o en el derecho de participar en la aprobación del reglamento autónomo;

c) Los titulares de un cargo público encuadrado en una relación de servicio o función pública (*öffentlicher Dienst*), especialmente con el *Bund* o el *Land*.¹⁰ Por otra parte, la especialidad del órgano justifica ciertas excepciones a los principios tradicionales de la *Berufsbeamtentum* (función pública profesional) de conformidad con el artículo 33, párrafo 5, GG, lo que no impide en vía subsidiaria la aplicación de las leyes federales y de los *Länder*; por ejemplo, la prohibición de huelga, el derecho a una adecuada denominación del cargo, los privilegios en el régimen de responsabilidades, etcétera.

III. EL NÚMERO DE JUECES CONSTITUCIONALES Y SUS SUPLENTES

El número de jueces constitucionales no debe ser demasiado alto para disminuir la responsabilidad ni demasiado bajo para evitar una excesiva personalización dentro del estilo de las decisiones;¹¹ teniendo en cuenta, como ocurre en Alemania, el volumen de las funciones a desempeñar y la estructura del sistema institucional (federalismo) y político (grado de pluripartidismo).

Actualmente son dieciséis los jueces constitucionales alemanes a nivel federal,¹² repartidos en dos secciones, y 166 se encuentran en el nivel regio-

⁹ Stern, K., in *Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Zweitbearbeitung*, artículo 94, pp. 13 y ss., según el cual los jueces no desarrollan funciones de representación política.

¹⁰ Stern, K., *op. cit.*, artículos 5 y ss., quien sostiene que los jueces constitucionales no son “*Beamte*” (nota del traductor: funcionarios).

¹¹ Tomuschat, C., “Das BVerfG im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”, in Bädura, P. y Dreier, H. (coords.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Turingia, 2001, p. 253.

¹² Anteriormente eran 24, y luego 20.

nal. La mayor parte de las diecisésis cortes de los *Länder* están compuestas por nueve jueces. Las cortes de Bremen, Mecklenburg-Vorpommern; Nordrhein-Westfalen y Schleswig-Holstein tienen sólo siete jueces constitucionales, y en Saarland, ocho. En Brandenburg, la ley permite un aumento de nueve a doce jueces en caso de que se tuviera la intención de instituir dos secciones siguiendo el modelo federal. En los dos *Länder* de Hessen y Bayern que han creado por vez primera un recurso constitucional directo en favor de los ciudadanos, el número de jueces constitucionales se eleva a once y 38, respectivamente.

En Bayern, el presidente y veintidós jueces son simultáneamente también jueces especializados de otras jurisdicciones. En el pleno participan, por tanto, sólo nueve (en caso de recursos constitucionales cinco jueces no especializados); en caso de procesos de acusación 19 jueces (de los cuales diez no son especializados). Con objeto de respetar el principio del juez preconstituido por ley, la participación de cada juez al interior del órgano colegiado debe estar regulada en por lo menos una fuente autónoma que tenga las mismas características de generalidad y abstracción de una ley, con el fin de excluir cualquier poder discrecional.¹³

A diferencia de la Federación y de los *Länder* de Berlín, Brandenburg, Hamburg, Hessen y Sachsen-Anhalt, todos los demás *Länder* prevén un número de suplentes, que generalmente es igual al número de propietarios; en Bayern (15), y en Nordrhein-Westfalen, por el contrario (4), igual a los no especializados; en Bremen un número doble respecto de aquellos que son propietarios (en total 90). En Karlsruhe, el juez de una sección puede suplir mediante sorteo a uno de otra a efecto de completar el quórum funcional de seis sobre ocho jueces (artículo 15, BVerfGG). La suplencia tiene motivaciones prácticas y políticas. Recordemos que la mayor parte de los jueces constitucionales regionales son jueces honorarios, y que a pesar de la preeminencia del encargo sobre cualquier otra actividad profesional¹⁴ siempre existe el riesgo de no contar con la disponibilidad necesaria.

IV. LOS REQUISITOS PARA SER JUEZ CONSTITUCIONAL

Los jueces constitucionales alemanes son juristas, aun cuando no sean necesariamente profesionales del foro, pudiendo haber hecho únicamente

¹³ BVerfGE 95, 322.

¹⁴ Explícitamente prevista en el artículo 80., párrafo 3, de la Ley sobre el Tribunal Constitucional de Mecklemburgo-Vorpommern, y en el artículo 80., párrafo 2, de la análoga Ley de Sachsen-Anhalt.

carrera política o académica.¹⁵ Para ser juez constitucional federal se precisan los siguientes requisitos (artículo 3, BVerfGG) de legitimación política (1), técnica (2) y sociocultural (3):

1) El derecho a ser votado por el Parlamento Nacional, lo que presupone la condición de ciudadano y el no haber sido condenado por delitos específicos;

2) La idoneidad para desempeñar el cargo de juez, el cual se obtiene a través de dos exámenes estatales dentro de los *Länder*; el primero se realiza después de los estudios universitarios, y el segundo, después de un periodo de preparación práctica común a todas las profesiones jurídicas, con excepción de los estudios especiales sobre el Tratado de Reunificación para conseguir el reconocimiento del certificado de licenciatura obtenido en la ex República Democrática de Alemania;

3) Haber cumplido cuarenta años de edad y no superar el límite de los sesenta y ocho años (artículo 4o., párrafo 2);

4) Una declaración por escrito de aceptación anticipada del cargo.

Para reforzar la legitimación técnica, en cada sección debe haber tres jueces provenientes de los tribunales supremos de la federación que hayan estado activos “por regla” por un periodo de al menos tres años (artículo 2o., párrafo 3, BVerfGG). Dentro de la fase constitutiva del *Bundesverfassungsgericht* y hasta 1951 se exigía, además, ser poseedor de “conocimientos especiales de Derecho Público y experiencia en la vida pública”.

La disciplina de los *Länder* evidencia las siguientes variaciones respecto al modelo enunciado:

1) Con excepción de Berlín, Brandenburg, Sachsen y Schleswig-Holstein, todos los *Länder* reivindican el deber de elegir a los jueces a través del *Landtag*; es decir, mediante una residencia que permita premiar a los “hijos del *Land*”. En Saarland se explicita el presupuesto de la ciudadanía. En Bayern es suficiente el deber del sufragio activo (tres meses).

2) Normalmente por lo menos tres jueces deben tener la condición de magistrados (Bremen, Mecklemburg-Vorpommern y Saarland tienen dos, Hamburg y Rheinland-Pfalz cuatro, Sachsen y Hessen cinco, y Bayern veintidós). En Niedersachsen y Sachsen-Anhalt, los jueces especializados deben ser presidentes de tribunales (como en Mecklenburg-Vorpommern) o presidentes de sección de una corte de apelación, o como en Saarland, miembros

¹⁵ Para un análisis desde el punto de vista politológico, Landfried, C., “Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Ooyen, R. y Möllers, M., *Da Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden, 2006, pp. 229 y ss.

de tribunales superiores. En Bremen, el presidente de la Corte de Apelación es designado miembro *ope legis*, mientras que en Nordrhein-Westfalen¹⁶ y Rheinland-Pfalz el presidente del Tribunal Superior Administrativo es también el presidente de la Corte Constitucional.

Todos los *Länder*, con excepción de Bayern, Saarland y Schleswig-Holstein, permiten también la elección de laicos; es decir, de personas que no sean juristas; Baden-Württemberg impone incluso la cuota de un tercio para este perfil. Bremen y Hamburg solicitan conocimientos especializados de derecho público, y Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, tener experiencia en el ámbito público.

3) Con excepción de Bayern, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein, la mayor parte de los *Länder* establecen una edad mínima de 35 años para acceder al cargo, que en el caso de Bremen es de 30 años, mientras que en el de Baden-Württemberg no se contempla dicho requisito. La mayor parte de los *Länder* renuncian a una edad máxima; sólo Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen y Thüringen señalan un tope de 68 años, mientras que Sachsen, uno de 65.

Una particular atención debe darse a las cuotas de género (*gender*). Según las leyes de Brandenburg y Berlín, por lo menos tres de los nueve jueces deben ser de un género diverso al otro.¹⁷ En Schleswig-Holstein, el legislador se ha limitado a privilegiar la denominación femenina de los cargos frente a la de género masculino.

V. LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD E INELEGIBILIDAD

En el derecho público alemán se tiende a preferir las incompatibilidades a las inelegibilidades; es decir, se suele optar por instrumentos más benévolos para la garantía de la separación de poderes. Una peculiaridad del derecho público alemán es el rigor con el cual pretende absoluta “lealtad constitucional” dentro de la función pública, lealtad que representa también un requisito implícito del mandato de juez constitucional que se somete a la indiscutible valoración de los órganos de designación. En Bremen se solicita explícitamente la garantía de que el juez constitucional “actúe en todo momento por la forma de estado democrática de conformidad con la

¹⁶ También son miembros por derecho los dos presidentes de mayor antigüedad de la Corte de Apelación.

¹⁷ Harms-Ziegler, B., “Verfassungsrichterwahl in Bund und Ländern”, en Macke, P., *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit auf Landesebene*, Baden-Baden, 1998, pp. 207 y ss.

Constitución del Land y de la Ley Fundamental (artículo 3o.)”. A excepción de Brandenburg, todos los nuevos *Länder* prevén una cláusula especial de exclusión de los colaboradores de los servicios secretos de la RDT. Mecklenburg-Vorpommern prevé una causal de inelegibilidad al respecto. En Sajonia se establece una incompatibilidad que se extiende a todos aquellos que han “violado los principios concernientes a la humanidad o al Estado de Derecho” (artículo 2o., párrafo 3, de la ley de Sachsen de 1993). En Turingia, la previa actividad a favor de la denominada *Staatssicherheit* implica la remoción inmediata del cargo.

Por lo demás, la regulación de las incompatibilidades se inspira en el principio de separación de poderes.

El cargo de juez constitucional federal es incompatible con el de miembro del Parlamento federal (*Bundestag*), del Consejo federal (*Bundesrat*), del gobierno federal y de los respectivos órganos del *Land*, por lo cual aquel que haya sido nominado *ope legis* deberá cesar en el ejercicio del cargo (artículo 3o., párrafo 3, BVerfGG). Acogiendo similares prohibiciones previstas para otros órganos constitucionales en la Ley Fundamental (artículo 55, párrafo 2 y artículo 66) se ha declarado también incompatible el ejercicio de cualquier otra actividad profesional. El derecho de admisión en los registros de abogados y notarios se suspende (artículo 104, BVerfGG). Se permite sólo la actividad de profesor en universidades alemanas, incluyendo todas las facultades relacionadas con la academia, precisando que el cargo de juez siempre debe tener prioridad (artículo 3o., párrafo 4, BVerfGG). El ex vicepresidente Mahrenholz auspició una extensión de las incompatibilidades también hacia los profesores, con la intención de mejorar el rendimiento del órgano.¹⁸ Se permiten, por el contrario, funciones inherentes a la participación de los jueces dentro de asociaciones, e incluso, el ejercicio de las facultades vinculadas a la propiedad de bienes, siempre que no asuman una dimensión laboral y respeten las reglas vigentes dentro de la función pública. Cabe señalar que no se establece ninguna incompatibilidad; por ejemplo, con el cargo de gran elector del presidente en la Asamblea Federal, con el de miembro del Parlamento Europeo o con el de miembro honorario de una corte constitucional regional o extranjera.

Con relación a los jueces constitucionales de los *Länder*, se encuentran establecidas por doquier incompatibilidades respecto de los miembros del Parlamento y del gobierno del *Land*. En la mayor parte de los *Länder* está prevista además una incompatibilidad dirigida a quienes ostentan un empleo público, con la única excepción de los profesores universitarios y de los

¹⁸ Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, pp. 133 y ss.

magistrados. En Baden-Württemberg y en Hessen están excluidos sólo los funcionarios electos por los entes territoriales y los llamados “funcionarios políticos”, que el gobierno puede jubilar en cualquier momento. En la jurisprudencia constitucional de Bayern y de Rheinland-Pfalz se ha resuelto que la falta de previsión de una incompatibilidad generalizada para el ejercicio de una función pública, en particular para quienes ostentan cargos electivos locales, se encuentra conforme con las Constituciones estatales.¹⁹

Sólo en Bremen y en Rheinland-Pfalz no está prevista una incompatibilidad respecto a los cargos federales. En estos *Länder* y en el de Baden-Württemberg se encuentra ausente una incompatibilidad respecto a órganos constitucionales de cualquier otro *Land*. Los *Länder* de Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt y Thüringen contemplan incompatibilidades sólo para los empleos públicos de su propio *Land*. En los *Länder* de Hamburg, Hessen, Niedersachsen y Sachsen-Anhalt está prevista, por último, una incompatibilidad respecto a ciertos cargos de la Unión Europea.

VI. LA ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

La selección de los jueces constitucionales alemanes combina el principio de separación de poderes con el principio de legitimación democrática, reforzando el nivel de legitimidad democrática respecto de los mecanismos de reclutamiento por designación de los jueces comunes.²⁰

A nivel federal, la mitad de los jueces son electos por el *Bundestag*, y la otra mitad por el *Bundesrat*, en todos los casos por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros.²¹ La paridad bicameral se encuentra garantizada para cada Senado (artículo 50, párrafo 1, BVerfGG), no para las cámaras.²² En la práctica, dos de tres miembros provenientes de los tribunales federales

¹⁹ VerfGH München, 8. 1, 1993, Vf.10-VII-92, BayVerfGHE 46, 1 (11); VerfGH Koblenz NVwZ-RR 2004, pp. 233 y ss.

²⁰ Al respecto Weber, A., “Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland”, en Starck, C. y Weber, C. (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2a. ed., vol. I, Baden-Baden, 2007, pp. 39 y ss.; Heun, W., “Wahl der Richter des Verfassungsgerichts”, en Starck, C. (coord.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt*, Baden-Baden, 2004, pp. 209 y ss. Para el debate precedente, Luther, J., “Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania”, en Costanzo, P., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, 1996, pp. 477 y ss.; “La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere”, en Anzon, A., Azzariti, G y Luciani, M. (coords.), *La composizione della Corte costituzionale*, Turín, 2004, pp. 67 y ss.

²¹ Hasta 1956 se requería la mayoría de tres cuartos en el *Bundestag*.

²² BVerfGE 19, 88 (91).

son elegidos por el *Bundestag*, y uno por el *Bundesrat*.²³ La elección parlamentaria es indirecta, y se confía a una comisión de doce grandes electores designados de acuerdo con criterios de proporcionalidad (D'Hondt), que para tal fin deben reunirse en una sesión no pública. Para la elección de la Comisión del *Bundestag* se prepara un grupo de trabajo informal, mientras que la del *Bundesrat*, por una comisión en específico. Ambas comisiones se reúnen en sesión conjunta para acordar la elección del presidente (del primer Senado) y vicepresidente (del segundo Senado). Para la elección de quien deba suceder a un juez por más de dos meses, el pleno deberá deliberar y votar por mayoría simple una lista de tres candidatos, que se someterá al órgano electoral que no se encuentra vinculado por dicha propuesta (artículo 7o., BVerfGG).

El nombramiento de los electos corresponde finalmente al presidente federal (artículo 10, BVerfGG), quien incluso puede verificar que se cumpla con los requisitos y con la legitimidad del proceso de elección.²⁴ Las dudas de constitucionalidad en contra de la delegación y la consiguiente falta de publicidad de este procedimiento han sido reservadas considerando las experiencias positivas de su practicabilidad.²⁵ La praxis de lotificación partidista sigue siendo cuestionable, porque hasta ahora ha servido para penalizar, sea a los pequeños partidos políticos representados en el *Bundestag* (liberales, verdes, o la izquierda), o bien a la representatividad de género (hasta ahora existen nueve mujeres dentro de los 95 jueces).

En los *Länder*, la elección de los jueces corresponde siempre al Parlamento regional (*Landtag*), sin que sea aplicable la norma constitucional federal que prescribe el nombramiento ministerial de los jueces de los *Länder*, apoyada en específicas comisiones electorales (artículo 98, párrafo 4).

Los procedimientos varían en la fase federal de iniciativa, examen y deliberación respecto al sistema federal. En la fase de la iniciativa, algunos *Länder* asignan a una comisión la tarea de formular una propuesta (en Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Hessen sólo se admiten jueces provenientes de la magistratura). La Constitución de Brandenburgo establece que “al proceder a la elección se debe poner atención en que las fuerzas políticas del *Land* estén representadas adecuadamente dentro de las propuestas” (artículo 112, párrafo 4). La Constitución

²³ Nota del traductor: el *Bundestag* es la Cámara baja, mientras que el *Bundesrat* es la Cámara alta.

²⁴ Stern, K., *op. cit.*, artículo 37 y ss.

²⁵ Véanse las referencias en Sturm, G., dentro de Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 5a. ed., Munich, 2009, p. 1915.

de Bremen, lleno incluso más allá de lo previsto en Brandenburg, establece que “al proceder a la elección se debe tener en cuenta la fuerza de los grupos parlamentarios” (artículo 139, párrafo 3). Tal vez por esta razón la elección del presidente se encuentra delegada al propio órgano. En Saarland compete, por el contrario, al presidente del Parlamento proponer al presidente, el vicepresidente, y las listas de candidatos para los demás jueces constitucionales (artículo 96 constitucional). En Sachsen, la propuesta compete tanto a la presidencia como al gobierno del *Land*. En el *Land* de Hamburg se reserva al gobierno la propuesta del presidente y de algún otro juez (artículo 65, párrafo 2 constitucional). La influencia del gobierno aumenta si en la elección de los jueces provenientes de la magistratura se privilegian aquellos que tienen antecedentes en puestos directivos sometidos a la influencia de los ministros regionales de justicia. En Bayern, la propuesta para la selección de los jueces provenientes de la magistratura compete a los jueces constitucionales que ya son jueces de profesión.

En la fase de instrucción, la Constitución de Brandenburg (artículo 112, párrafo 4) es la única que prescribe la audiencia de los candidatos de conformidad con el modelo estadounidense, mientras que la ley de Sachsen expresa una regla que se sigue en la praxis de los demás *Länder*, y que veta cualquier tipo de audiencia o discusión en el Parlamento. No obstante, la experiencia ha demostrado que al menos a nivel federal el control por parte de la opinión pública puede dar lugar a debates y a la posibilidad de instaurar un veto de parte del partido que tenga la mayoría congresual, tal y como sucedió en el reciente caso del constitucionalista Horst Dreier, censurado por sus opiniones en materia de bioética.

Por lo que respecta a la deliberación, la mayor parte de los *Länder* han optado por el modelo federal de la mayoría calificada de las dos terceras partes de los electores, en Saarland, Sachsen, Thüringen y Schleswig-Holstein dos terceras partes de sus miembros, en Niedersachsen (después de la reforma constitucional de 1997) y Sachsen-Anhalt dos terceras partes de los electores y la mitad de sus miembros.

Una mayoría simple está por el contrario prevista en la Constitución de Hamburg (artículo 65) y por la ley de Baden-Württemberg, a pesar de que en Hessen sólo para los jueces provenientes de la magistratura.

La mayoría relativa se prevé en Bremen, Nordrhein-Westfalen, Bayern, y en Hessen únicamente para los jueces que no provienen de la magistratura. Después de que el Tribunal Constitucional de Bayern despejó las dudas de constitucionalidad en este sentido, el *Bundesverfassungsgericht* rechazó un recurso constitucional contra la decisión que había objetado su incompa-

tibilidad con la Ley Fundamental.²⁶ Tal pronunciamiento parece aceptable por lo menos hasta el momento en que las Constituciones contemplen precisas garantías para las minorías o para la oposición. Desde el punto de vista de la política constitucional, la tendencia marca una clara preferencia por la mayoría calificada. Esta tendencia ha emergido recientemente en Brandenburg, cuya legislación únicamente prescribía la mayoría absoluta a través de la cual se había elegido a un candidato muy controversial por su pasado en la DDR.

VII. EL JURAMENTO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La confianza expresada en el acto de elección no es suficiente. Todos los jueces constitucionales alemanes deben prestar juramento. Con la excepción de Berlín, la fórmula de juramento normalmente difiere en Mecklenburg-Vorpommern y Schleswig-Holstein, respecto de aquella que deben prestar el resto de los jueces. En Rheinland-Pfalz y Bayern se hace una excepción para los jueces que pertenecen a magistraturas ordinarias que ya han prestado su juramento.²⁷

Los jueces constitucionales federales rinden el siguiente juramento ante el presidente federal: “Como juez justo juro en todo momento salvaguardar fielmente la Ley Fundamental y de cumplir, a conciencia, con mis deberes de juez frente a cualquiera. ¡Que sea verdad y que Dios me ayude!” La invocación de Dios puede ser sustituida por otras fórmulas religiosas equivalentes, o incluso puede ser omitida por completo (artículo 11, BVerfGG).

A diferencia del juramento federal, el regional debe ser prestado por lo regular ante el Parlamento.

La fórmula federal ha sido acogida en Baden-Württemberg con relación a la observancia de la Constitución del *Land*; en Nordrhein-Westfalen en referencia a la ley; en Bremen, Hamburg y Brandenburg respecto a la observancia de la Constitución y de las leyes del *Land*. En este agregado se refleja la concepción monopolista del control de constitucionalidad como garantía de la ley, y la particular función de tutela, cuando menos subsidiaria o indirecta, que el juez constitucional de un *Land* desarrolla en torno a la Constitución federal.

²⁶ BayVerfGHE 46, 1, pp. 10 y ss.; BVerfG (1. Kammer 1. Senat), NVwZ 1999, pp. 638 y ss.

²⁷ En sentido crítico, Starck, C., “Der verfassungsrechtliche Status der Landesverfassungsgerichte”, en Starck, C. y Stern, K. (coords.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1983, p. 172.

En Saarland se ha preferido el juramento de “conducir el cargo de manera imparcial, fiel a la Constitución y a las leyes para el bien del pueblo”.

En el *Land* de Sachsen se aplica la siguiente fórmula: “Juro ejercitar el cargo de juez con fidelidad a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, a la Constitución del Estado Libre de Sajonia y a sus leyes, y de juzgar con la mejor ciencia y conciencia y sin tener en cuenta algún tipo de relación personal y de servir sólo a la verdad y a la justicia”. En Turingia se aplica la siguiente fórmula, similar a la de Nordrhein-Westfalen: “Juro administrar mi cargo según los mejores conocimientos y posibilidades, observar y defender la Constitución y las leyes, cumplir mis deberes con conciencia e impartir justicia frente a cualquiera”. En ambos casos, la invocación de Dios puede ser añadida o bien omitirse.

VIII. EL DEBER GENERAL DE COLABORACIÓN Y COLEGIALIDAD

Los deberes de servicio del juez constitucional se encuentran disciplinados en parte por la Ley institutiva y por el reglamento general. Como cualquier juez alemán, el juez constitucional federal debe servir también al propio encargo prestando juramento (véase apartado 7), garantizando la confianza en su imparcialidad (véase apartado 9) y la relativa secrecía de la Sala de deliberaciones (véase apartado 11). El deber de colaboración consiste en la concurrencia al ejercicio de las funciones del órgano de conformidad con las normas organizativas y procedimentales vigentes. Dichas actividades son esencialmente jurisdiccionales; es decir, dirigidas a la exteriorización de juicios en forma de sentencias y ordenanzas, y a las actividades administrativas accesorias a dicha función.

En lo concerniente a las normas que disciplinan los trabajos del *Bundesverfassungsgericht*, esto significa, ante todo, la participación activa dentro de los trabajos de la denominada consulta (*Beratung*) dentro de las sesiones colegiadas, ordinarias o extraordinarias, y también dentro de comisiones eventuales, bien articuladas (*Kammern*) o bien agregadas (*Plenum*). El juez constitucional no tiene la obligación de residir donde se encuentra la sede del órgano, pero en aquellos casos de comisiones institucionales, enfermedad o ausencia de más de una semana necesitan ser notificadas al presidente del colegio (artículo 10, párrafo 11, BVerfGG).

En el centro de las funciones de colaboración y colegialidad se encuentra el deber de presentar un informe escrito, adecuado y oportuno, en forma de opinión (“*Votum*”) sobre las cuestiones de hecho y de derecho inherentes al proceso, redactadas de conformidad con las reglas tácitas tradicionales de

la denominada “técnica proyectista”, y en aquellos casos simples, en forma de un proyecto de decisión. Incumben al relator específicas obligaciones de distribuir información al colegio antes de la sesión de deliberación, de manera particular la transmisión de copias de las actuaciones y del sentido del voto con al menos diez días de anticipación al inicio de la sesión de deliberación (artículo 23). El método con el cual se programan y se predisponen los criterios que a nivel federal determinan la asignación de las causas a los jueces (artículo 20) contribuye a garantizar de mejor manera la colegialidad y revaloriza las competencias culturales de cada uno de los jueces en la consecución de sus propios deberes de colaboración. Ninguna aplicación práctica se encuentra, por el contrario, en la posibilidad de asignar una misma causa a distintos relatores.

A nivel regional, en cambio, se practican diversas soluciones reglamentarias. En Bremen, Turingia y Berlín se adopta una pauta que fija los principios generales de repartición de los trabajos que son vinculantes incluso para el presidente. En Sajonia se sigue un criterio alfabético con ciertas excepciones, en Schleswig-Holstein, un criterio cronológico, mientras que en Baden-Württemberg y en Turingia la nominación del relator se somete a la discrecionalidad del presidente. En Rheinland-Pfalz la nominación de un relator es facultativa, y en Nordrhein-Westfalen se deja a la decisión *ad hoc* de los jueces.

La exclusividad de la función pública desempeñada por cada uno de los jueces alemanes se manifiesta en la taxativa prohibición de expresar opiniones o consultorías retribuidas, con excepción de la actividad de arbitraje autorizada por el órgano (artículos 40 y 41, DRiG). La exigencia de una permanente formación de los funcionarios públicos parece inspirar la disposición que equipara a las comisiones oficiales con la participación en congresos (artículo 10, GO-BVerfG). El deber general de los funcionarios de mantenerse saludables, en calidad de presupuesto de la fuerza de trabajo, incide en la disciplina de la organización de sus actividades, particularmente a la hora de gestionar las situaciones de sobrecarga de recursos constitucionales.

La representación institucional del órgano no forma parte de los deberes del juez constitucional; sin embargo, la responsabilidad colegiada podría exigirle la aceptación de determinados encargos por parte del *plenum* o del presidente y la participación en comisiones colectivas tanto dentro del país como fuera de él. Las comunicaciones públicas relativas a la actividad individual de cada uno de los jueces deben estar “en línea de principio” autorizadas por el presidente (artículo 17, párrafo 2, GO-BVerfG). En cambio, las comunicaciones realizadas por el presidente en ocasiones corren el riesgo de no representar adecuadamente el valor de la colegialidad.

IX. LA OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE DE JUZGAR Y DE MANTENER LA CONFIANZA EN LA IMPARCIALIDAD

Como cualquier juez, el juez constitucional debe ser imparcial (artículo 97, GG). Ya sea dentro del ejercicio de sus funciones o en otras actividades públicas vinculadas al ejercicio de sus derechos políticos, el juez alemán debe mantener una conducta tal que no comprometa la confianza en su propia independencia.²⁸ Las fuentes del derecho procesal constitucional alemán no se apartan de los principios generales del proceso común al prever situaciones de *judex inhabilis* o hipótesis de *judex suspectus*.²⁹ En general, su disciplina se encuentra en las leyes institutivas de los órganos de justicia constitucional. La ley bávara realiza un reenvío al Código de Procedimientos Penales, mientras que la de Hamburg, al Código de Procedimientos Civiles; en cambio, las de Niedersachsen, Bremen y Sachsen, a la ley que establece el *Bundesverfassungsgericht*.

Dichas fuentes disponen generalmente la exclusión (*Ausschluß*) de oficio de quien formando parte del juicio *nemo judex in causam propriam* se encuentra ligado por vínculo de matrimonio o de parentela (“Schleswig-Holstein”: en caso de unión civil) a una de las partes, o bien cuando ha desarrollado un rol oficial o profesional dentro de la causa. En las leyes de Berlín y Sachsen Anhalt la exclusión se extiende también a aquellos abogados que dentro de un despacho jurídico ejercen la profesión al lado de colegas involucrados en la causa.

La ley federal, y con alguna excepción³⁰ las leyes de los *Länder*, precisan que “no se considera parte aquel que en razón del estado civil, la profesión, la descendencia, la pertenencia a un partido político, o bajo un criterio general similar tenga un interés en el resultado del procedimiento” (artículo 18, párrafo 2, BVerfGG). La ley, además, no considera causa de exclusión “la participación en el procedimiento legislativo” y, como consecuencia de los casos de recusación del juez Leibholz,³¹ tampoco “la exteriorización de una opinión científica sobre una cuestión de derecho potencialmente relevante dentro del procedimiento” (artículo 18, párrafo 3, BVerfGG). A las partes

²⁸ Artículo 39, DriG.

²⁹ Knöpfle, Franz, “Besetzung der Richterbank, insbesondere Richterausschließung und Richterablehnung”, en Starck, C. (coord.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen 1976, I, pp. 142 ss.; *idem*, “Besetzung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichten”, en Starck, C. y Stern, K. (coords.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, I, Baden-Baden, 1983, pp. 231 y ss.

³⁰ La ley de Baden-Württemberg no ha incorporado la norma relativa a la opinión científica, mientras que la de Turingia omite la referencia al procedimiento legislativo.

³¹ BVerfGE 20, 1 y 9, con la crítica de Friesenhahn, E., *Juristenseitung*, 1966, pp. 704 y ss.

del proceso se consiente la recusación por legítima suspicacia (*Ablehnung*), y también la abstención por efecto de autorrecusación si existen razones para presumir parcialidad (*Besorgnis del Befangenheit*) del juez en el proceso (artículo 19, BVerfGG). La recusación, a diferencia de la exclusión, no conlleva el riesgo de afectar el quórum funcional de seis jueces al encontrarse prevista su sustitución por parte de algun juez sorteado dentro del otro Senado. Además, únicamente debe ser motivado el rechazo de la solicitud. La falta de comunicación de las causas de exclusión y la falta de abstención por causas de evidente relevancia pueden dar lugar a la responsabilidad del juez,³² el *Bundesverfassungsgericht* no ha resuelto definitivamente si un proceso concluido puede ser nuevamente abierto con motivo de una exclusión no realizada.³³

Para un observador razonable, las disposiciones anteriores tutelan la confianza en la imparcialidad, interpretada como el deber de mantener la máxima confianza en la institución. La restrictiva praxis interpretativa ha evidenciado también la autonomía del proceso constitucional respecto a las análogas instituciones del derecho procesal común. La exclusión opera no sólo para las partes del mismo proceso constitucional o del proceso *a quo*, sino incluso para los jueces y las autoridades que por razones de su encargo han participado en la formación de aquellos actos de naturaleza no legislativa que hayan sido impugnados. Incluso, las causas que precluyen la exclusión no pueden ser motivo de recusación o abstención. Se trata de hechos en estrecha conexión temporal y lógica con las vicisitudes del proceso; por ejemplo, la participación que en calidad de ministro de justicia se tuvo con anterioridad en la elaboración de las directrices políticas que han originado el acto impugnado³⁴ o la exteriorización de opiniones institucionales sobre la legitimidad del mismo,³⁵ o incluso sobre la elaboración de opiniones “sin que se conozca el resultado” (*nichtergebnisoffen*) sobre cuestiones que se encuentran pendientes, o juicios expresados en calidad de defensor de parte en casos precedentes.³⁶ Al contrario de lo que podría pensarse, la candidatura del presidente de la Corte hacia la presidencia federal no despertó preocupaciones en torno a su imparcialidad.

³² BVerfGE 46,42.

³³ BVerfGE (1. Kammer 1. Senat) NJW 2001, 1482.

³⁴ BVerfGE 72, 296, caso Herzog.

³⁵ BVerfGE 91, 226, caso Limbach.

³⁶ BVerfGE 98, 134 Papier, 101, 52s. Kirchhof, 109, 130 Di Fabio. *Cfr.* recientemente VerfGH München NVwZ-RR 2008, 593 (juicios públicos en torno a la admisibilidad en un referéndum), VerfGH Saarland Lv 4/09 (anuncio público de un juez respecto a la impugnación de las elecciones regionales).

X. EL DERECHO AL ESTUDIO DEL CASO Y A LA ASISTENCIA TÉCNICA

Los jueces constitucionales difícilmente pueden asumir su deber de enjuiciamiento de conformidad con la ley y su conciencia si no disponen de recursos temporales, culturales y personales adecuados a este fin. Hasta ahora no existen estudios dirigidos a profundizar sobre aspectos relacionados con la economía de los procesos.

En lo que concierne a la temporalidad a nivel federal, los deberes de información del presidente y del relator garantizan por norma al menos diez días de preparación entre la definición del orden del día, la presentación de las opiniones y la fecha en la que se llevará a cabo la sesión deliberativa (artículo 23, GO-BVerfG) a nivel regional, puede existir un término igual (por ejemplo, Sachsen) o alargarse a dos (por ejemplo, Baden-Württemberg) o tres (por ejemplo, Berlín) semanas. Dentro de la programación colegiada de las decisiones de los senados del *Bundesverfassungsgericht* se puede cuantificar adecuadamente el tiempo necesario de preparación del relator en aquellas decisiones que tienen un mayor grado de complejidad.

En lo que respecta a los recursos culturales, se trata sobre todo de la elaboración de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales a nivel federal mediante la utilización de los archivos del propio órgano y de su biblioteca (artículo 18, GO-BVerfG). La prerrogativa de estudio del relator incluye además la facultad de proponer la solicitud de opiniones a los supremos órganos jurisdiccionales federales y regionales, así como a expertos que puedan ser retribuidos con recursos financieros propios (artículo 22, GO-BVerfG), sin que ello implique contratar un servicio de análisis autónomo.

Al juez constitucional federal lo pueden asistir cuatro “colaboradores científicos” (*wissenschaftliche Mitarbeiter*) que el mismo se encarga de seleccionar, y que se encuentran vinculados a sus instrucciones (artículo 13, GO-BVerfG). De acuerdo con ello, la responsabilidad de la autonomía e independencia de los propios colaboradores, muchos de los cuales por cierto provienen de las magistraturas regionales (el denominado tercer Senado), recae en el propio juez.

A nivel regional los asistentes pueden asignarse a los jueces en lo individual para atender cuestiones específicas (Berlín) o ser empleados de común acuerdo entre el presidente y el relator (Baden-Württemberg y Turingia). En Baja Sajonia deben coadyuvar con la totalidad del órgano. En Renania-Palatinado los asistentes son colaboradores del presidente, y por norma deben tener la calidad de jueces del tribunal administrativo superior o de algún otro órgano jurisdiccional superior del *Land*. En

Schleswig-Holstein el reglamento consiente que los colaboradores puedan asistir a la “Sala de deliberaciones”.

XI. LA SECRECÍA DE LA SALA DE DELIBERACIONES Y LA PUBLICIDAD DEL DISENTO

Todos los jueces alemanes (artículo 46 DRiG), comprendidos los jueces constitucionales, se encuentran obligados a mantener la secrecidad de la sesión deliberativa, circunstancia que se encuentra explícitamente sancionada en la ley federal y en la ley de los *Länder* de Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen y Sachsen-Anhalt, así como en el reglamento de Saarland.

Con posterioridad a la reforma de 1970, los jueces constitucionales federales se encuentran autorizados para “depositar en un voto separado la opinión disidente sobre la decisión o sobre la motivación sostenida en la sala de deliberación”.³⁷ Un título específico del reglamento disciplina dicho procedimiento (artículo 56, GO-BVerfG). El voto debe ser anunciado con la mayor antelación posible, y puede justificar incluso la solicitud de reapertura de la sesión deliberativa (artículo 26, GO-BVerfG); debe ser depositado dentro de las tres semanas (término prorrogable) siguientes a la determinación del contenido final de la decisión colegiada firmada por todos los jueces, debiendo hacerse público y divulgarse como apéndice de la misma resolución.

En el ámbito federal, el voto disidente ha sido adoptado sólo por la mitad de los *Länder* occidentales (Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Bayreuth, Schleswig-Holstein) y, con excepción de Sajonia, por casi todos los nuevos *Länder* orientales (Berlín, Brandenburgo, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt).

El primer reglamento de Bayern en 1948 autorizó la publicación de los votos disidentes de manera anónima, mientras que en Bremen el primer voto particular se publicó en 1956, solamente en Mecklenburg-Vorpommern no se encuentra consentida la publicación del resultado de la votación. En Berlín se ha optado por la reducción del término para el depósito del voto disidente a dos semanas, que pueden ser prorrogadas a otras dos. En casos de

³⁷ La reforma del entonces gobierno social-liberal se promovió por los ex jueces Zweigert, Friesenhahn y Leibholz. Cfr. Luther, J., “L’esperienza del voto dissidente nei paesi di lingua tedesca”, *Política del diritto*, 1994, pp. 241 y ss. (republicado en *Il voto dissidente*, Corte Constitucional (coord.), Milán 1995, pp. 295 y ss). Respecto a los desarrollos sucesivos, acúdase a Eggeling, C., *Das Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit der neuen Bundesländer*, Berlín, 2006.

urgencia la proclamación de la decisión puede darse de manera anticipada, sin que en estos casos el juez disidente pueda hacer uso de dicho término. En Schleswig-Holstein corresponde al presidente decidir sobre el término, que no debe ser inferior a dos semanas.

En la *praxis* la introducción de este tipo de voto no parece haber hecho más dinámica la jurisprudencia constitucional ni haber disminuido la autoridad, cohesión, e independencia del órgano. Las ventajas son esencialmente culturales al menos desde una perspectiva académica. En el fondo, se premia la ductilidad integral y se revela el carácter prudencial de la interpretación constitucional y su disposición a resolver conflictos políticos a través de medios discursivos.

XII. LA REMUNERACIÓN DEL CARGO

La independencia necesita de garantías económicas. El tratamiento económico de los jueces constitucionales federales, a diferencia de la seguridad social, se encuentra disciplinado en una específica ley,³⁸ hecho que de alguna manera enfatiza la especialidad de su estatus respecto al del resto de funcionarios públicos (*Beamten*). En 1951, el presidente se remuneraba como un subsecretario de Estado; el vicepresidente, como el presidente de una corte federal, y cada uno de los jueces, como el director general de un ministerio. El 1964 se produjo un primer reajuste, equiparando al presidente a un ministro federal; el vicepresidente, a un subsecretario, y cada uno de los jueces, a los presidentes de las cortes federales. Además de la retribución de base, se encuentra prevista una asignación complementaria para la familia (*Familienzuschlag*) proporcional a la que se otorga a los funcionarios federales, y que para el caso del presidente se eleva en un tercio, y para el vicepresidente en un sexto; además de que para estos mismos funcionarios se prevé una indemnización diaria por los gastos causados en el ejercicio de su labor, igual a la que se otorga a un ministro federal. A lo anterior se agrega la prerrogativa de uso gratuito de los ferrocarriles públicos. En el caso de los profesores, que junto al encargo de juez constitucional continúan en el desempeño de sus funciones académicas, se les retribuye además con un tercio de su salario de la universidad.

El régimen de las pensiones (*Ruhegehalt*) varía de conformidad con la duración del encargo entre el 35 y el 75 por ciento del último salario (artículo

³⁸ *Gesetz über das Amtsgehalt der Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts* del 28, 2, 1964 y modificaciones posteriores, comentada en Umbach, C. (coord.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2a. ed., Heidelberg, 2005, pp. 1343 y ss.

98 o. 5, BVerfGG). En caso de dimisión después de almenos dos años de servicio se tiene derecho a una indemnización de transición por el periodo de un año (*Übergangsgeld*, artículo 100). En aquellos supuestos en los que se tenga un empleo público precedente (por ejemplo, de jueces o profesores) los derechos y deberes suspendidos durante el tiempo del encargo de juez constitucional se reactivan nuevamente, en cuyo caso el juez constitucional puede optar por la jubilación a pesar de no haber alcanzado todavía la edad necesaria para la pensión (artículo 101, BVerfGG). El régimen de pensiones no es sin embargo acumulable (artículo 102, BVerfGG). El viudo o la viuda reciben una indemnización igual al 60 por ciento.³⁹

Los jueces constitucionales de los *Länder*, en cambio, reciben generalmente una indemnización, cuyo cálculo e importe varían notablemente. En Berlín, por ejemplo, los jueces constitucionales reciben una indemnización base de 230.08 euros al mes; el presidente, de 332.34 euros, y el vicepresidente, de 281.21 euros. Además, por cada decisión reciben 204.52 euros, y por cada deliberación, 51.13 euros, importe que se duplica para el relator, y que se reduce a la mitad para todos los jueces que reciben un salario del erario; en el caso de un aumento sustancial de las cargas de trabajo, algunas funciones a partir de la de presidente pueden ser equiparadas a la de los jueces del *Kammergericht*, la Corte de apelación del *Land*.⁴⁰

La solución más austera es la de Mecklenburg-Vorpommern, que garantiza una dieta equivalente a cien euros por cada sesión. La solución más generosa corresponde a Brandenburg, donde los jueces constitucionales reciben un tercio de la indemnización de un diputado (en 2003 1.465 euros); el presidente tiene una indemnización suplementaria de 250 euros, y el vicepresidente, de 125 euros.⁴¹

Mientras un juez constitucional de Hamburg recibe una indemnización mensual de 204.52 euros, en Baden-Württemberg un juez similar tiene derecho a una dieta por cada jornada en la que exista sesión equivalente a una quinceava parte del salario B 9 (correspondiente a un director ministerial) equivalente a 450 euros. A diferencia de su similar de Hamburg, el relator recibe además una indemnización complementaria fijada por el presidente, que puede superar hasta diez veces la de base. Mientras en Hamburg las indemnizaciones del presidente y vicepresidente se encuentran establecidas en la ley (306.78 y 230.08 euros), en Baden-Württemberg se fijan en el pre-

³⁹ Geck, W., *Wahl und Amtsrecht der..., cit.*

⁴⁰ Eggeling, C., *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁴¹ Igual criterio se utiliza en Hessen, y un importe casi idéntico, pero de carácter fijo, se encuentra establecido en Sajonia.

supuesto anual. Distinto es en cambio el sistema de Nordrhein-Westfalen, donde los jueces reciben 511.29 euros como indemnización mensual, y 30 euros a título de dieta por cada una de las sesiones.

XIII. LA DURACIÓN, REELECCIÓN Y PRÓRROGA

La duración del mandato del juez constitucional alemán supera la media europea. Desde la reforma de 1970⁴² goza de un encargo de doce años, siempre y cuando no cumpla primero 68 años de vida. La reelección se encuentra excluida, pero en caso de retraso en la nominación del sucesor su función se prorroga *ope legis* sin límite de tiempo hasta el momento en que se produzca la designación del sucesor, cuyo cargo no se somete a limitaciones en caso de cese anticipado del mandato precedente (artículo 4o., BVerfG).

El modelo, que premia tanto la independencia del juez como la continuidad de la jurisprudencia, únicamente ha sido recibido de manera integral en Mecklenburg-Vorpommern. Dentro de los demás *Länder* el periodo de duración del encargo se ha reducido a 10 (Brandenburg), 9 (Baden-Württemberg, Sachsen), 8 (Bayern, en caso de jueces especializados), 7 (Berlín, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Hessen, sólo para jueces especializados), 6 (Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein) 5 (Thüringen) y 4 (Rheinland-Pfalz) años. La duración de los jueces constitucionales de Bremen y la de los jueces constitucionales profesionales de Hessen y Bayern se encuentra sincronizada con el periodo de la legislatura (cuatro años).

La imposibilidad de reelección que existe a nivel federal se encuentra incorporada en Berlín y en Brandenburg. En los *Länder* de Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein se consiente una sola reelección; en los demás *Länder* la reelección, en cambio, no tiene límites. La reelegibilidad prevista incluso a nivel federal hasta 1970, momento de la introducción del voto disidente, no afecta necesariamente el cumplimiento del deber de imparcialidad, pero puede comprometer la confianza en ella, especialmente en aquellos casos en donde pudiera dar lugar a amenazas políticas explícitas.

En consideración a la presencia de miembros suplentes, la *prorogatio* del titular se encuentra previsto únicamente después de su terminación natural en Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein y Thüringen. En Niedersachsen la *prorogatio* se prevé sólo para el

⁴² Anteriormente los jueces provenientes de las demás magistraturas duraban hasta la conclusión de su propio encargo de juez federal, mientras que los otros, en cambio, se elegían por ocho años, la mitad de cuya generación duraba únicamente cuatro años.

suplente, mientras que en Nordrhein-Westfalen parece del todo excluida (artículo 8o.).

En Saarland la *prorogatio* se encuentra consentida sólo por un periodo de seis meses (artículo 2o.). La Corte Constitucional de Saarland decidió que la *prorogatio* debe estar limitada a un periodo razonable, “teniendo en cuenta, tanto la necesidad de concretar una mayoría de dos tercios, como la de advertir otros motivos apreciables para un retrazo en la designación correspondiente”.⁴³ Sin un límite, un juez podría mantenerse en el encargo hasta que la voluntad obstrucionista de una minoría lo permitiera.

XIV. LA AUTODISCIPLINA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Los jueces constitucionales cesan anticipadamente del encargo en caso de muerte y en caso de dimisión voluntaria o por pasar a retiro por motivos independientes a la voluntad del propio juez.

En lo concerniente a la dimisión del juez constitucional federal, la ley garantiza su derecho a dimitir “en cualquier momento en forma escrita y sin el consentimiento de la Asamblea plenaria (artículo 12, BVerfGG)”, pero solamente en la hipótesis de aceptar otro encargo. En este caso se encuentra también prevista la *prorogatio* hasta el momento de la nominación del sucesor, pero parte de la doctrina considera legítimas las excepciones por motivos especiales, que deben apreciarse, por ejemplo, en el caso de ser particularmente sensibles para la formación de la conciencia del juez.⁴⁴ En el ámbito regional el *Staatsgerichtshof* de la Bassa Sassonia excluye la *prorogatio* en caso de dimisión del juez constitucional.⁴⁵ En Baden-Württemberg, en cambio, la duración de la *prorogatio* en caso de renuncia se encuentra limitada al periodo de un mes.

En lo que hace a las causas involuntarias de cese a nivel federal, la ley constitutiva prevé que el *Bundesverfassungsgericht* puede autorizar que el presidente federal mande a retiro a un juez constitucional que se encuentre en una situación de impedimento permanente. Igual medida puede tomarse cuando se esté en presencia de una sentencia firme por un “hecho indecoroso” o por una pena privativa de libertad por más de seis meses, o cuan-

⁴³ Sentencia del 14 de julio de 1987, *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, pp. 3248 y ss. (Lv 4/86), confirmada en BVerfGE 82, pp. 286 y ss. Cfr. Luther, J., “I giudici costituzionali sono giudici naturali?”, *Giur. cost.* 1991, pp. 2478 y ss.

⁴⁴ Ritterspach, T., *Legge sul Tribunale Costituzionale della Repubblica federale di Germania*, Firenze, 1982, 144.

⁴⁵ NdstGHE 3, 19.

do el juez “sea encontrado culpable de una violación de sus atribuciones cuya gravedad lo excluye de su permanencia en el encargo” (artículo 105, BVerfGG). La decisión debe adoptarse por el pleno con la mayoría de las dos terceras partes de sus miembros dentro de un procedimiento análogo a aquel que se sigue en el procedimiento de responsabilidad contra el presidente federal y contra los jueces federales. Con la misma mayoría se puede suspender en vía cautelar el ejercicio del encargo, específicamente cuando ha sido abierto el juicio dentro de un proceso penal. Sin embargo, el Reglamento interno consiente el inicio del procedimiento a petición únicamente de seis jueces o, en caso de impedimento permanente, a solicitud del presidente o vicepresidente (artículo 50, BVerfGG), subordinando la publicidad de la audiencia a la libre decisión del interesado (artículo 54, BVerfGG). De conformidad con la doctrina, el mismo procedimiento debe aplicarse por analogía en casos de nulidad o revocación de una designación, o de la terminación *ope legis* establecida por la ley para los jueces comunes, y que no se encuentra dispuesto específicamente para los jueces constitucionales (artículos 18, 19 y 21, DRiG).⁴⁶

Las legislaciones de los *Länder* han incorporado este modelo de auto-disciplina bajo un conjunto de correcciones y complementaciones. En Nordrhein-Westfalen decide el *Landtag* a propuesta del *Verfassungsgerichtshof*. En Baden-Württemberg la Corte debe aplicar el procedimiento de revocación de los jueces. En Berlín, la declaración de terminación del cargo es obligatoria en casos de inelegibilidad sobrevenida. En Mecklenburg-Vorpommern, cualquier condena con pena privativa de la libertad declarada por sentencia firme se considera suficiente, y como ulterior causa de terminación está previsto el supuesto en el que un juez constitucional no elegible al *Landtag*, pero que ostenta el cargo de juez o de profesor universitario dentro del *Land*, abandona el encargo.

La remoción ante la eventual aceptación de actividades anteriores para la *staci*⁴⁷ es obligatoria en Sajonia, mientras que en Turingia es una decisión discrecional. En Bayern, Berlín, Hamburg, Rheinland-Pfalz, en el supuesto de vicios sobrevenidos en los requisitos de elegibilidad, se encuentra explícitamente excluida la *prorogatio*, mientras que en los casos de Brandenburg y Turingia también se contemplan los casos de inidoneidad física permanente y de condena definitiva a una pena de prisión.

⁴⁶ En ese sentido, Schmidt-Bleibtreu, G., Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, artículo 105, núm. 3.

⁴⁷ Nota del traductor: Por *staci* se conoce el Ministerio para la Seguridad del Estado; *Ministerium für Staatsicherheit* era el órgano encargado de la inteligencia de la República Democrática Alemana (RDA).

XV. LA RESPONSABILIDAD Y LOS JUECES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

A diferencia de un parlamentario, el juez constitucional alemán no tiene responsabilidad política alguna, y no goza de una forma específica de inmunidad, pero se encuentra sujeto a un régimen de responsabilidad y a una jurisdicción disciplinaria precisa. De ahí deriva que, en línea de principio, sea plenamente responsable dentro del ámbito penal y civil por la vulneración de sus atribuciones, y, que además, el pleno no sea el único juez del juez constitucional.

La responsabilidad penal —claramente reconocida en el artículo 105, BverfGG— procede solamente por delitos de denigración (en relación incluso con el propio órgano), pero también frente al delito especial de *Rechtsbeugung* (artículo 339 del Código penal alemán), que consiste en el abuso intencional de la función judicial dirigida a proporcionar una ventaja o desventaja a una de las partes. La eficacia vinculante de las decisiones constitucionales podría excluir de dicha valoración a cualquier poder público,⁴⁸ a pesar de que al disponerlo la ley dicho vínculo podría dejar de valer para aquellas sentencias constitucionales nulas por ser contraria *ultra vires* a la identidad de la Constitución. El hecho de que el proceso con relación a acusaciones análogas realizadas a otros jueces federales corresponda al *Bundesverfassungsgericht* (artículo 98, párrafo 2, de la Ley Fundamental), no significa que los jueces constitucionales federales se encuentren en sí mismos sustraídos a la justicia penal.⁴⁹

Más allá de estos casos límites tanto teóricos como extraordinarios, podría extenderse en favor de los jueces constitucionales —al menos por analogía, la exclusión de la responsabilidad civil por cosa juzgada, dispuesta en el artículo 839 del Código Civil alemán—. En este caso, sin embargo, no se ha dicho que el denominado privilegio de la cosa juzgada (*Richterspruchprivileg*) deba ser válido en aquellos casos de denegada o postergada justicia constitucional, objeto, por otra parte, de eventuales resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos. No parece oportuno que en casos como estos deban subsistir siempre los extremos para un procedimiento de autodiquía (ex artículo 105, BverfGG). La responsabilidad disciplinaria se encuentra, en efecto, deliberadamente limitada a casos extremos, que evitan absorber supuestos de responsabilidad civil. La independencia del órgano

⁴⁸ Desde esta óptica, Worm, H., *Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts*, Heidelberg, 1988, pp. 62 y ss.

⁴⁹ La cuestión aquí delineada no encuentra resolución en BVerfGE 46, 34 (41).

se encontraría comprometida si el juez ordinario pudiera reabrir el salón de deliberación.

Derivado de estas razones, el *Bundesverfassungsgericht* tiene solamente una autodiquia disciplinaria. Teóricamente, la decisión del presidente federal de enviar a retiro a un juez constitucional a través de sentencia firme dentro del procedimiento del artículo 105, BverfGG sería, por tanto, impugnable, a pesar de que la cosa juzgada que se ha generado en este procedimiento es obligatoria para cualquier otra jurisdicción.

En lo que respecta a los demás derechos y deberes del juez constitucional, permanece teóricamente abierta la hipótesis de acceso a la jurisdicción ordinaria; por ejemplo, para alcanzar el acto formal de nominación o para cuestiones atinentes al tratamiento económico o de la seguridad social. A diferencia de los jueces comunes, los constitucionales no se encuentran sometidos a la vigilancia administrativa del órgano al que pertenecen (*Dienstaufsicht*), y, por consiguiente no se encuentran sometidos a las respectivas jurisdicciones especiales.

XVI. CONCLUSIONES

Si bien fragmentario y heterogéneo, el cuadro diseñado por las normas analizadas en torno al estatus particular del juez constitucional ofrece una imagen que evidencia, ante todo, su especificidad.

Debe observarse en primer lugar que, en virtud de la autonomía reglamentaria del órgano y del propio poder de interpretación de los principios constitucionales que informan a las normas del derecho procesal constitucional, la sujeción del juez constitucional a la ley es únicamente relativa. La teoría del órgano constitucional evita una sujeción al gobierno, pero no una identificación o una sustitución del poder constituyente del pueblo.

En segundo lugar, se evidencia la fuerza particular del principio de colegialidad, porque dentro de la *constitutional review* no son concebibles jueces constitucionales monocráticos, sino órganos colegiales, cuya composición trata de combinar la máxima responsabilidad individual de cada juez con un óptimo grado de socialización, en la cual, más que contarse, deben conocérse.

El juez constitucional alemán es ante todo un ciudadano que ha aprendido los misterios del jurista, pero que, adicional a ello, se presume capaz de asumir, según la edad, responsabilidades para la generación pasada y para la futura. Para defender la Constitución no debe haber tenido en el pasado el carácter de enemigo de la democracia, y para enjuiciar las leyes o arbitrar los conflictos entre órganos políticos no puede ser parte de ellos.

Aquello que tal vez cuente más es que el juez constitucional, a diferencia del ordinario, debe acompañarse de una legitimación política incluso superior a la de la mayoría gubernamental, derivada en consecuencia tanto de la mayoría como de la oposición.

La elección parlamentaria del juez constitucional reproduce no sólo la confianza en la legalidad y la imparcialidad del juez de las leyes, sino también la renovación del pacto constitucional entre los partidos. Por esto mismo, la fórmula del juramento del juez constitucional exalta la lealtad hacia la Constitución, fuente principal de su legitimación.

Los deberes del juez constitucional se encuentran orientados de manera particular por el principio de colegialidad; su imparcialidad política debe garantizarse no sólo mediante la práctica de la recusación, sino sobre todo por el modo en el que contribuye a la formación de la opinión pública. El juez constitucional no es un ciudadano que debe emanar de los partidos, pero en primera línea debe representar una identidad republicana.

Por esto mismo, debe combinar el deber de secrecía, en calidad de herramienta instrumental a la colegialidad, con la manifestación de una conciencia personal, disidente ahí donde la colegialidad no alcance a integrarla, en calidad de mecanismo instrumental a la cultura republicana.

A diferencia del juez común, el juez constitucional dispone además de notables elementos de asistencia técnica. Dichos elementos no están ahí para que construya una “Corte dentro de la Corte”, sino para garantizar un alto nivel en los servicios de justicia ofrecidos, y para valorizar de mejor manera las particulares características de la interpretación constitucional.

Su régimen económico se aproxima, al menos en parte, al que corresponde a los cargos políticos más relevantes, pero su nivel de responsabilidad aumenta con relación a los ciudadanos que le contribuyen con sus recursos.

La exigencia de legitimidad democrática justifica la limitación de la duración del encargo, lo cual puede poner también límites a su prorrogabilidad, mientras que la reelección, por el contrario, se considera menos favorable a la independencia personal del juez constitucional como presupuesto del gobierno de la ley.

Incluso la responsabilidad del juez constitucional es más compleja que la del juez ordinario, lo que ofrece a la pregunta “*quis custodiet ipsos custodes*” una respuesta diferenciada que impide atribuir responsabilidad política al juez constitucional o considerarlo juez de sí mismo.

Para Gerhard Leibholz, el estatus jurídico de los jueces constitucionales diseña un rol más político que jurisdiccional. No son simples funcionarios, sino “en realidad representantes que derivan su propia legitimidad a través del parlamento y los partidos políticos que en última instancia se organizan

en el, por voluntad del pueblo”. El juez constitucional, portador de “un determinado valor personal”, decide en nombre del pueblo sobre todo aquello que toca a “la existencia del todo”, asemejándose más a un “máster”, y no a un “*Her Majesty’s servant and agent*”.⁵⁰ Es verdad que no es un lord, pero también lo es que la elaboración teórica de la identidad del juez constitucional alemán con mucha probabilidad no pueda detenerse aquí.

⁵⁰ Leibholz, G., *op. cit.*, p. 129.

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 (*Denkschrift*) 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.