

El artículo 165 consagró también el principio de la *cogestión de los trabajadores*. Como en el caso de los contratos colectivos, se trata de concepciones que tienen sus raíces en épocas anteriores. Su fundamento fue la *idea de la fábrica constitucional*, que fue realizada por primera vez en la ley prusiana sobre la protección laboral de 1891 y en la novela de la ley minera prusiana. En el año 1920 fue promulgada la Ley de Consejos de Empresas de 1892, cuyos miembros fueron elegidos por los obreros y los empleados de las empresas; éstos tuvieron el derecho de cooperar con el empresario en asuntos laborales y convenir acuerdos sobre ciertas cuestiones del orden del trabajo; además, enviaron representantes al Consejo de Vigilancia de la empresa.

Las ideas de cogestión fueron objeto de discusiones muy controvertidas. Sus adversarios podían apuntar a declaraciones de los extremistas de la izquierda, que proclamaron los consejos obreros como instrumentos de la revolución comunista. En la realidad, sin embargo, los consejos de la empresa alcanzaron mucho por su cooperación objetiva que fue posible por obstrucción. Aunque los representantes obreros no obtuvieron la mayoría en los consejos de vigilancia, los representantes del capital no descuidaron objeciones fundadas de aquéllos en su propio interés.⁵ Cabe decir que las ideas de la cogestión fueron articuladas en la República de Weimar de una manera eficaz para el futuro. Encima de tales fundamentos se podía establecer no solamente el sistema de la cogestión y la “fábrica constitucional”, desarrollado después de la Segunda Guerra Mundial, sino también el conjunto del seguro social, según el postulado del Estado de derecho social consagrado en la ley fundamental, que, sin embargo, renunció a regulaciones detalladas en el estilo de Constitución de Weimar. Destacamiento especial merece el principio de la *pensión dinámica*, introducida en el año 1957 bajo el canciller federal Konrad Adenauer, la cual garantiza que las pensiones crecen en el mismo grado que los salarios.

4. Alcance y fin de la Constitución de Weimar

Las constituciones de Querétaro y de Weimar cumplieron su función principal de asegurar la *unidad nacional*. Entonces, en Alemania, la

ficó una derrota del ministro de Trabajo Wissell; *cfr.*, Huber, *loc. cit. supra*, tomo VI, quien dedica al conflicto laboral de la industria de acero en el terreno del río Ruhr un capítulo especial (pp. 1138 y ss., 1145).

⁵ Huber, *loc. cit.*, p. 1112, sobre el derecho de la cogestión por lo general, pp. 1103 y ss.

tarea de conservar la unidad del imperio obviamente fue más difícil que en el caso de la República Mexicana, al tomar en cuenta que desde la fundación del Reich en 1871 ni siquiera había pasado medio siglo. Además, es preciso recordar que, en el fondo, se había tratado de una federación de reyes, duques grandes, duques, condes y príncipes, cuyas coronas habían sido echadas a la basura, como lo demostró una caricatura significativa de esta época; solamente las ciudades libres quedaron como habían sido antes. De ahí que parece impresionante que la derrota del imperio en la Primera Guerra Mundial no llevó consigo una disolución de él; al contrario, los elementos unitarios fueron fortalecidos, sin abandonar la estructura federativa.

Los méritos de los políticos de Weimar, al conservar la unidad y el orden del imperio alemán, sin embargo, fueron desconocidos no sólo por los extremistas, sino también por grandes partes de la burguesía, que siguieron más y más al creciente número de voceros derechistas y su leyenda del golpe de puñal, la cual pretendió contrariar a la verdad histórica respecto a que el ejército bravo fue traicionado por “los criminales de noviembre”, es decir, los revolucionarios, que crearon la República de Weimar.

Otra hipótesis de ella fue la circunstancia de que de veras ya antes de la derrota se había introducido el régimen parlamentario y exigido la abdicación del emperador para cumplir las exigencias del presidente estadounidense Wilson, que había prometido en este caso una paz de conciliación; pero todos los esfuerzos fueron en vano: el Tratado de Versalles no tuvo que ver nada con una paz de conciliación. Formalmente, sin embargo, la Constitución de Weimar no fue impuesta por los aliados victoriosos, sino que fue obra de la revolución de los alemanes mismos, que anuló la carta imperial de 1871.

En México, la situación fue completamente distinta. Venustiano Carranza se consideró como el *restaurador de la Constitución de 1857*; había declarado solemnemente en una circular, que fue telegráficamente transmitida a toda la República, su intención de ponerse al frente del sentimiento nacional y desplegar la bandera de la legalidad para sostener el gobierno constitucional, según una vieja idea en el derecho mexicano de que las entidades federativas controlarán la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso de la Unión.⁶ Es verdad que, después en su famoso discurso de Hermosillo, declaró que iba a crear una nueva Constitución, puesto que faltaban leyes que favorecieran al cam-

⁶ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3ª ed., México, 1979, p. 47.

pesino y al obrero; pero el título oficial del nuevo código constitucional, decidido bajo su presidencia por la Asamblea Constituyente de Querétaro, fue: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*. No obstante, la creación y el contenido de la Constitución de 1917 comprueban que se trata de una Constitución auténticamente nueva, siendo el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo xx.⁷

Fue el destino común de las constituciones de Querétaro y de Weimar, el que necesitaran luchas duras para obtener su reconocimiento efectivo. Fue el destino de aquellos que habían restaurado el orden público, ser asesinados por fanáticos, como Carranza y Obregón en México, Erzberger y Rathenau en Alemania. En Alemania el ministro de la defensa Noske fue criticado por la supresión sangrienta de rebeliones, especialmente en Berlín, de parte de sus seguidores, sin encontrar el reconocimiento permanente de las fuerzas burguesas.⁸

A pesar de su origen revolucionario, la República de Weimar, en el fondo, no puede considerarse como el resultado de una revolución auténtica. Aparte de la destitución de los príncipes, ya mencionada, no se realizó un cambio fundamental ni en la política ni en el campo social. La renuncia a modificaciones radicales no se debe vituperar como traición a la idea socialista, como lo hicieron las izquierdistas, por ejemplo, del “Pacto Spartacus”, sino que significa una visión de las realidades sociales. No fue necesario un cambio total de las circunstancias, ni siquiera el sistema parlamentario fue una cosa absolutamente nueva. Hubo también una tradición democrática desde la revolución fracasada de

⁷ *Idem*, pp. 21 y ss. El carácter revolucionario de la Constitución mexicana de 1917 está reconocido internacionalmente; *cfr.*, por ejemplo, Mols, Manfred, *Mexiko im 20. Jahrhundert*, Paderborn, 1981, especialmente pp. 18 y ss., citando la palabra de Needler del “milagro mexicano”. *Cfr.* también la literatura mencionada en mis investigaciones “Grundzüge des mexikanischen Verfassungsrechts”, publicadas en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, tomo 29 (1980), pp. 479 y ss., y en mi libro *Legitimation und Grenzen der Exekutive - Vergleichende Betrachtungen zur gegenwärtigen Verfassungsentwicklung in Mexiko und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, 1979, pp. 20 y ss.

⁸ En este respecto desempeña un papel eminente la rebelión de marzo de 1919 en Berlín, que desembocó en una lucha dura entre las tropas del general V. Lüttwitz en la parte del gobierno cuyo jefe en el caso de emergencia fue el ministro de Defensa Noske, y las tropas comunistas del ejército de los soldados republicanos y la división de marineros populares, en la parte de los revolucionarios izquierdistas. Muy controvertida fue después la ordenanza de Noske de fusilar a los revolucionarios armados, justificada por él ante la Asamblea Nacional por la necesidad estatal de restaurar orden y seguridad cuanto antes. Su declaración entonces encontró aplauso fulminante de la mayoría, aunque sus medidas no fueron legales. *Cfr.*, Huber, tomo V, *loc. cit.*, pp. 1099 y ss., especialmente p. 1104.

1848. Recientemente se ha destacado la importancia de la *Constitución de la Iglesia de San Pablo*, que, sin tener vigencia oficial en ningún momento, ha influido mucho las ideas sobre Estado y derecho.⁹

Llama la atención que los constituyentes de la ley fundamental de Bonn nunca pensaron en restaurar la Constitución de Weimar, que oficialmente nunca había perdido su vigencia. La toma de poder por Adolfo Hitler como jefe del partido más fuerte, constitucionalmente, no podía ser puesta en duda después del nombramiento de tantos cancilleres imperiales anteriores sin mayoría parlamentaria. Como en los casos anteriores, se buscó también una legitimación democrática por nuevas elecciones. Tampoco la Ley de Plenos Poderes del 24 de marzo de 1933, que entregó temporalmente la legislación al gobierno imperial, significó la anulación de la Constitución. Efectivamente, debe decirse que el fin de la República de Weimar como Estado constitucional, sin embargo, fue la “ordenanza del presidente imperial para la protección del pueblo y del imperio” del 27 de febrero de 1933, que abrogó todos los derechos fundamentales de los ciudadanos y de las entidades federativas, sin que se hubiese escuchado una voz de crítica de aquellos que habían dedicado al constitucionalismo monografías famosas. Ni siquiera los representantes de la oposición contra Hitler defendieron verbalmente la Constitución de Weimar. Ésta, sin embargo, no merece tal desprecio que parece seguir dominando hasta nuestros días.

La ley fundamental de Bonn fue una continuación lógica de Weimar, también respecto a regulaciones estrictamente opuestas.

III. EL RÉGIMEN PARLAMENTARIO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

1. *Algunas peculiaridades del parlamentarismo alemán*

La idea del régimen parlamentario no está consagrada en la ley fundamental expresamente, sino meramente de una manera indirecta por las normas sobre la elección del canciller federal como jefe del gobierno federal y dispersas regulaciones acerca de ciertas formas del control parlamentario. Dichas normas constitucionales no gozan de la garantía

⁹ Kühne, Jörg Detlef, *Die Reichsverfassung der Paulskirche, Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, Frankfurt del Meno, 1985, p. 30, destaca la continuidad significativa del desarrollo del derecho constitucional alemán desde la Constitución de la Iglesia de San Pablo, encontrando, sin embargo, también reservas, como en la reseña de Koch, en *Die Öffentliche, Verwaltung*, 1987, p. 263.

del artículo 79 de la ley fundamental, que sólo prohíbe cada modificación constitucional que afecte a la división de la Federación en entidades federativas, al principio de la cooperación de éstas en la legislación y a los derechos o principios fundamentales. De ahí que no fuese admisible restringir las facultades del *Consejo Federal* esencialmente, pues mediante él las entidades federativas cooperan en la legislación federal; pero sí se podría inferir teóricamente al Parlamento federal, al *Bundestag*, la facultad de elegir al jefe del gobierno e introducir la elección popular de él. Un sistema presidencial correspondería también al artículo 20 de la ley fundamental que prescribe un régimen democrático.

Tal reserva de los constituyentes de Bonn respecto a la descripción de la importancia de la Cámara de Diputados alemana, podría tal vez explicarse por el *carácter provisional* de la ley fundamental, que contiene la norma constitucional de que perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiese sido adoptada en libre decisión por todo el pueblo alemán, siendo este aspecto provisional también la razón de que se había evitado el término “Constitución” y preferido la denominación “ley fundamental”. Pero tampoco la Constitución de Weimar había dicho algo sobre la naturaleza del Parlamento nacional, sino lo describió solamente de una manera indirecta para establecer que los diputados son representantes del pueblo en su conjunto y que el canciller y los ministros necesitan la confianza del Parlamento.

Una innovación esencial de la ley fundamental es la *moción de censura constructiva*, que puede ser realizada solamente en el caso de que el Parlamento elija simultáneamente a un nuevo jefe de gobierno. De esta manera se intentó prevenir que el canciller pierda su mayoría parlamentaria sin que los partidos políticos puedan convenir sobre la persona del nuevo jefe del gobierno, como sucedía muchas veces en la República de Weimar, cuando el Parlamento se excluyó a sí mismo del proceso de la decisión política y la dejó al presidente imperial que nombró al canciller según el artículo 53 de la Constitución de Weimar. El nuevo sistema de la moción de censura, integrada con la presentación de un candidato a la presidencia del gobierno, fue modelo también para el artículo 113 de la Constitución española de 1978.

2. La disolución del Parlamento federal

En la historia de la República Federal de Alemania, solamente en

un caso se logró elegir a un nuevo canciller federal mediante una moción de censura constructiva. Sucedió en el año 1982, cuando el partido liberal quitó la coalición con el Partido Social-demócrata bajo Helmut Schmidt y eligió a Helmut Kohl del Partido Demócrata-cristiano. Este proceso parlamentario corresponde, sin lugar a dudas, a la letra y al espíritu de la ley fundamental. A pesar de todo, tanto el gobierno nuevo como la oposición buscaron una posibilidad de nuevas elecciones, que propiamente los constituyentes querían prevenir por condiciones extraordinarias.

Se habían discutido las posibilidades de una disolución de la Cámara de Diputados alemana por primera vez en el año 1972, cuando el entonces canciller federal Willy Brandt había perdido su mayoría parlamentaria; pero también una moción de censura constructiva había fracasado. La ley federal solamente menciona la disolución del Parlamento como fin de un procedimiento complicado en los artículos 63 y 68. Entonces se fundó por primera vez en el artículo 68, en la medida de que el canciller federal pidió una moción de confianza con la intención francamente expresada de que el Parlamento le rechace, para obtener la facultad de proponer la disolución de la Cámara al presidente federal. El mismo procedimiento se prefirió en el año 1982 para posibilitar las elecciones en el comienzo del año siguiente.

La otra posibilidad constitucional que concede la ley fundamental en el artículo 63, es más complicada. Presupone que el canciller federal se retire y que fracasen tres ensayos de alcanzar la mayoría absoluta. En este caso, el presidente federal ni siquiera está obligado a disolver el Parlamento, sino que puede nombrar también a un canciller que sólo haya obtenido la mayoría simple de los diputados presentes.

Desde luego, ya se había constatado antes que dichas regulaciones constitucionales no pueden considerarse satisfactorias. Cuando no se quiere conceder el derecho de disolver el Parlamento al gobierno como en España y Gran Bretaña, queda solamente el remedio de otorgar la facultad al Parlamento mismo. Hace algunos años la *Comisión de Encuesta* de la Cámara de Diputados alemana había sometido la sugerencia de que la Cámara tenga la capacidad de *disolverse por una mayoría de dos tercios*.¹⁰ Hubiese sido posible modificar la Constitución en este

¹⁰ *Schlusbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform, Bundestragsdrucksache 7/5924* (impreso del Parlamento federal), pp. 39 y ss. El dictamen de la Comisión de Encuesta fue publicado también en la serie del Bundestag "*Zur Sache*", 7/76. Cfr., Achterberg, Norbert, *Parlamentsrecht*, Tübingen, 1984, pp. 202 y ss. El Tribunal Constitucional de la Federación confirmó la disolución del Parlamento como la decretó el presidente federal (véase *supra* en el texto), pese a sus dudas

sentido, porque existía en 1982 una mayoría clara política en favor de elecciones nuevas; pero prevaleció la opinión de que no debe modificarse la ley fundamental sólo para resolver el problema de una situación política particular. Aunque tal argumento no puede convencer al tomar en cuenta que cada reforma constitucional es la consecuencia de una necesidad política actual, fue preferido el procedimiento complicado establecido en el artículo 68, como en el año 1972, aunque entonces la situación política fue distinta, pues en 1982 el canciller había obtenido una mayoría clara, que faltó diez años antes. El presidente federal, doctor Carstens, al fin y al cabo suprimió sus dudas severas que tenía como catedrático de derecho constitucional, disolvió la Cámara de Diputados alemana y abrió el camino a nuevas elecciones.

Al resumir la discusión acerca del tema de la disolución del Parlamento, cabe decirse que fue adecuado introducir una regulación clara

apenas disimuladas, también expresadas en la literatura, citada por Achterberg, *loc. cit.*, p. 203, nota de pie 14. La ley fundamental, en el capítulo acerca del gobierno federal, establece las siguientes normas que son decisivas para el problema de la disolución del Bundestag según el derecho constitucional vigente:

Artículo 63 (Elección y nombramiento)

(1) El Canciller Federal es elegido sin debate por el Parlamento Federal a propuesta del Presidente Federal.

(2) Resulta elegido el que reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal. El electo deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

(3) Si la persona propuesta por el Presidente Federal no resultare elegida por el Parlamento Federal, éste podrá elegir, por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

(4) Si en dicho plazo no se realizare la elección, se efectuará de inmediato otra votación, resultando elegido el que reciba la simple mayoría de los votos. Si el electo reuniere los votos de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal deberá nombrarlo dentro de los siete días siguientes a la elección, si no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal dentro de los siete días, deberá nombrarlo o disolver el Parlamento Federal, *Artículo 67 (Voto constructivo de desconfianza)*

(1) El Parlamento Federal no podrá expresar su desconfianza al Canciller Federal sino mediante la elección, por la mayoría de sus miembros, de un sucesor y solicitando del Presidente Federal el relevo del Canciller. El Presidente Federal deberá acceder a esta solicitud nombrando al que resulte electo.

(2) Entre la moción y la votación deberán transcurrir 48 horas.

Artículo 68 (Voto de confianza, disolución del Parlamento Federal)

(1) Si una moción de voto de confianza del Canciller Federal no fuere aprobada por la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, el Presidente Federal, a propuesta del Canciller, podrá disolver el Parlamento Federal dentro de un plazo de 21 días. El derecho a la disolución expirará tan pronto como el Parlamento por la mayoría de sus miembros elija otro Canciller Federal.

(2) Entre la moción y la votación deberán transcurrir 48 horas.

y entendible que no hiciera necesarios los procedimientos descritos, que podrían llamarse farsas o burlas que no corresponden al rango del Parlamento en una democracia constitucional. El temor de que el gobierno federal tenga demasiada potencia, cuando obtenga la facultad de decidir sobre el plazo de las elecciones, no está justificado, cuando se exige una mayoría de dos tercios de los votos de la Cámara de Diputados. Tampoco se puede decir que el diputado tiene el derecho ilimitable de quedar como miembro del Parlamento, hasta que éste termine su legislatura regular.

3. *El problema de las dietas*

La discusión de la pregunta respecto a si se concederá una asignación por ejercer la función del representante del pueblo, tiene raíces históricas en los comienzos de la democracia clásica en Grecia. Entonces, los intensos pleitos finalmente eran resueltos otorgando indemnizaciones a los participantes de las asambleas populares, para fomentar el funcionamiento de la democracia. Desde este punto de vista, en la Alemania del siglo XIX, la Constitución de Prusia de 1850 tuvo rasgos progresivos de establecer no sólo la inmunidad del diputado, sino también el pago irrenunciable de dietas para asegurar la independencia de los diputados; mientras, por lo general, la Constitución prusiana es considerada como modelo escolar negativo por haber fijado el sistema electoral de las tres categorías tributarias que representa lo opuesto de sufragios universales, directos, iguales y secretos. Estos elementos de un derecho electoral verdaderamente democrático, en cambio, fueron adoptados en la carta imperial alemana de 1871. Menos avanzada, sin embargo, fue la norma constitucional prohibiendo expresamente dietas o pagos al diputado. La razón de esta regulación fue la intención del canciller imperial von Bismarck de prevenir políticos profesionales en el Parlamento.

En el año 1906 se introdujo el pago de dietas a los diputados, después de que la jurisdicción había extendido la prohibición de dietas también a prestaciones de parte privada. Así, prácticamente se había excluido de la vida parlamentaria a los candidatos menos adinerados, presentados especialmente por los partidos laborales. De hecho, el relevo de la prohibición de dietas favoreció al Partido Social-demócrata de Alemania, que alcanzó la mayoría de los curules en las elecciones nacionales del año 1912.

En 1874 ya se había otorgado el uso gratuito de los ferrocarrileros a los diputados. Diez años después, en cambio, dicho privilegio fue limitado,

de una manera muy poco generosa, a los viajes entre el domicilio del diputado y la capital de Berlín. El texto de la Constitución de Weimar confirmó una regulación posterior sobre el derecho al uso gratuito de todos los ferrocarriles alemanes. La ley fundamental de Bonn lo extendió a todos los medios de transporte estatales.

Según el artículo 48, inciso 3, de la ley fundamental, los diputados tienen *derecho a una indemnización adecuada* que asegure su independencia. La ley federal acerca de los diputados de 1977 adoptó la reglamentación que había prescrito el Tribunal Constitucional de la Federación en su sentencia de 1975, el llamado fallo de dietas.

El Tribunal abandonó el principio de la exención tributaria antes vigente, considerándole solamente justificado cuando se partiera de la idea de que se trate meramente de indemnizaciones especiales por actuaciones parlamentarias, mientras que será una compensación por una profesión de tiempo completo la profesión del diputado.¹¹

Aparte de las asignaciones, el diputado tiene derecho a prestaciones reales o financieras que se refieren inmediatamente al ejercicio de su función, como son los gastos de una oficina, el empleo de ayudantes y los equipos, que necesita no sólo para su trabajo en el Parlamento mismo, sino también para conservar las relaciones en su distrito electoral.

En México, los mismos textos constitucionales regulan las sanciones en contra de los diputados que falten en sesiones parlamentarias; por ejemplo, el artículo 64 de la Constitución mexicana de 1917 asienta que los diputados que no concurren a una sesión sin causa justificada o sin permiso de la Cámara respectiva, no tendrán derecho a la dieta correspondiente el día en que falten. Cuando ellos falten diez días consecutivos, como rige la norma constitucional mexicana, se supone que el diputado en cuestión renuncia a su escaño en virtud de que su suplente se hace cargo del escaño. En España y en la República Federal de Alemania estas cuestiones son objeto de los reglamentos parlamen-

¹¹ La sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación del 5 de noviembre de 1975 es objeto de múltiples discusiones controvertidas. El mismo juez constitucional Seuffert criticó por voto disociado la tendencia de la mayoría de los jueces que consideran la diputación como una carrera especial del servicio público, publicado también en la *colección oficial* de los fallos constitucionales, tomo 40, p. 335. Cfr., especialmente, Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber: Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden, 1984, pp. 96 y ss. En los debates parlamentarios sobre la nueva ley sobre las dietas deploraron muchos diputados que el Tribunal les había prescrito todos los detalles esenciales (*Protocolos del Bundestag de la sesión del 10. de julio de 1976*, p. 18415).

tarios, cuya promulgación está constitucionalmente encargada a los mismos parlamentos.

4. Control parlamentario

El control parlamentario se realiza a través de acciones parlamentarias en tres niveles: primero, en el momento de la formación del gobierno; segundo, durante el funcionamiento de éste, y tercero, como uno de los modos de terminación de su mandato. La formación y el cese del gobierno ya se han discutido en el contexto del problema de la disolución de la Cámara de Diputados alemana.

Por lo general, se distingue estrictamente entre la *función legislativa* y la *función fiscalizadora* del Parlamento. La diferencia entre dichas dos funciones puede ser útil para describir mejor el régimen parlamentario; pero, en el fondo, no existe un antagonismo real, pues la legislación representa una medida del control parlamentario anticipado. Este aspecto es obvio en sistemas presidenciales, como en los Estados Unidos, en donde por razones entendibles el presidente a veces trata de prevenir una ley que amenaza limitar sus facultades constitucionales, por su veto. Pero tampoco en sistemas parlamentarios se debe descuidar este aspecto del control anticipado.

La pregunta y la interpelación —en alemán se habla de “pregunta pequeña” y “pregunta grande”; en el Parlamento de Baviera se usa también la denominación *Interpellation*— son dos manifestaciones centrales del régimen parlamentario y tienen distinta finalidad y efectos diferenciados. Contestada la pregunta, se termina el trámite sin debate y sin más consecuencias. Por el contrario, la interpelación tiene mayor trascendencia y produce debate sobre el tema tratado, en el cual pueden participar los demás grupos parlamentarios.

La hora de las preguntas o el turno de ruegos y preguntas está regulado en el Reglamento de la Cámara y por directrices especiales, que conceden al diputado individual el derecho de hacer preguntas breves singulares. De esta manera, cada diputado por sí solo puede ejercer su derecho fiscalizador sin apoyarse en su grupo parlamentario. Se trata de una excepción de la regla principal del Reglamento que cada presentación necesita: por lo general, las firmas de un grupo parlamentario con *status* de fracción o de cinco por ciento de los miembros de la Cámara de Diputados. “Presentaciones”, en el sentido de dicha norma del Reglamento, no solamente son proyectos de ley, todas las formas de

solicitudes importantes e interpelaciones, sino también preguntas regulares.

Cabe decirse que hubo horas de las preguntas que obtuvieron importancia histórica. En tres días del mes de noviembre de 1962, dieciocho preguntas apuntadas de seis diputados de la oposición y muchas preguntas adicionales sobre el asunto de la revista *Der Spiegel*, la cual fue acusada indebidamente por traición al país, condujeron inmediatamente al retiro del entonces ministro de defensa Straub. Las experiencias respecto a tales horas de preguntas fueron la razón de introducir en el año 1965 la llamada *hora actual*, pues se había enseñado que las regulaciones acerca de la hora de las preguntas son demasiado rígidas, por no conceder al diputado la oportunidad de declaraciones propias.¹²

Mientras que el derecho de preguntas e interpelaciones no está consagrado expresamente en la ley fundamental, contiene prescripciones sobre otra medida importante del control parlamentario, las *comisiones de investigación* según el modelo del artículo 34 de la Constitución de Weimar de acuerdo con la sugerencia de Max Weber. El artículo 44 de la ley fundamental otorga al Parlamento el derecho y la petición de una cuarta parte de sus miembros; es su deber el nombrar comisiones investigadoras que reúnan las pruebas necesarias en sesión pública. A las prácticas de prueba se aplicarán análogamente las disposiciones relativas al proceso penal. Esta regulación constitucional ha causado varias dificultades en la *praxis*, las cuales fueron discutidas, por ejemplo en el año 1986, muy detenidamente sobre la publicidad. El Tribunal Constitucional de la Federación tuvo que decidir sobre la delicada cuestión de si la Comisión de Investigaciones podría solicitar que se le entregasen protocolos secretos de una sociedad mercantil. La sensación pública se fundó en la circunstancia de que se trató de la sociedad *holding* de la Federación Sindical Alemana, cuya constructora benéfica había sido afectada por un escándalo financiero. El gerente de la sociedad *holding* fue detenido por haber negado la declaración como testigo citado por la Comisión de Investigaciones, al salir de un congreso sindical. La sociedad *holding* había negado los protocolos del Consejo de Administración, cuyos miembros son los líderes de los sindicatos, para no publicar detalles sobre los fondos sindicales. El Tribunal ordenó la entrega de los protocolos a la Comisión, pero simultáneamente la obligó respetar las normas de guardar secreto meticulosamente.

¹² Busch, Eckart, *Parlamentarische Kontrolle, Ausgestaltung und Wirkung*, 2ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 126 y ss.

Falta todavía una ley sobre el procedimiento de las comisiones investigadoras, como lo había propuesto la Comisión de Encuesta acerca de la reforma constitucional. Con toda razón se había destacado que tales comisiones y los tribunales no pueden observar principios mismos o semejantes del proceso, pues un proceso judicial debe ser imparcial y neutral, mientras que las investigaciones de una comisión parlamentaria en el fondo son nada más una serie de discusiones pleitosas políticas, siendo completamente distintas de los debates objetivos en las comisiones de materias especiales, cuyas sesiones no son públicas. Los pleitos políticos dentro de la Comisión de Investigaciones se fundan en la circunstancia de que, por un lado, espera ventajas de las informaciones buscadas, y por el otro, trata de prevenir investigaciones desfavorables para él. Los frentes no son siempre los mismos, sino se cambian según las cuestiones tratadas en el caso particular. De ahí se puede entender que, generalmente, los resultados de las investigaciones calurosamente discutidas no valen la pena. La regla es que se publica una relación de la mayoría y otra de la minoría. Es verdad que ésta tiene el derecho importante de exigir una comisión investigadora; pero no puede dirigir las investigaciones como lo quiera, sino debe restringirse a la satisfacción de que el escándalo discutido haya ocupado a la publicidad durante algún tiempo.

La *Comisión de la Defensa*, según el artículo 45, *a*, de la ley fundamental, tiene los derechos de una comisión investigadora dentro de su competencia para guardar los secretos militares.

A los asuntos de la defensa se refiere otro artículo más, insertado asimismo en la ley fundamental posteriormente. El artículo 45, *b*, prescribe la elección de un comisionado de la Cámara de Diputados alemana para defender los derechos fundamentales y con carácter de órgano auxiliar de la Cámara en el ejercicio del *control parlamentario*. Este término se usa sólo una vez en la ley fundamental.

Las *comisiones de la encuesta* no están mencionadas en la ley fundamental; se difieren principalmente de todas las demás comisiones parlamentarias. Sus miembros pueden ser expertos sin ser diputados. Las discusiones comúnmente son objetivas y no se refieren a las funciones actuales del Parlamento, sino se dedican a asuntos principales, como la reforma de la ley fundamental, como ya hemos mencionado. Dicha Comisión de Encuesta también elaboró sugerencias para el trabajo de comisiones de encuesta, especialmente respecto a su consagración constitucional y un orden de su procedimiento, asegurando sus facultades de obtener las informaciones necesitadas. En el mes de enero de 1987

fue publicado un dictamen voluminoso sobre las oportunidades y los riesgos de la tecnología a los genes.

Un campo crucial en donde se realiza la función fiscalizadora es el *control financiero*. Puesto que, según Cicerón, las finanzas son los nervios del Estado, el *nervus rerum*, se trata de una tarea decisiva el establecer el presupuesto que solamente puede efectuarse por una cooperación estrecha entre el gobierno y el Parlamento. El presupuesto fija principalmente los límites de los gastos públicos; el ministro de Hacienda tiene derecho de conceder recursos en casos urgentes, de una necesidad imprevista e ineludible, como está asentado en el artículo 112 de la ley fundamental. Mientras que al comienzo de la historia del parlamentarismo los diputados habían seguido su obligación principal de limitar gastos innecesarios del príncipe, en la actualidad muchas veces los parlamentos enseñan la tendencia de gastar más dinero que el mismo gobierno estime admisible. De ahí se puede explicar que, según el artículo 113 de la ley fundamental, requieren su aprobación aquellas leyes que eleven los gastos del presupuesto sugeridos por el gobierno federal o que impliquen nuevos gastos o los involucren para el futuro.

IV. COOPERACIÓN DEMOCRÁTICA DENTRO DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

1. *División de poderes y reserva de la ley*

Al discutir algunos rasgos fundamentales del régimen parlamentario llamó la atención que la función del control parlamentario, aun, sin lugar a dudas, siendo un principio crucial de la Constitución, no siempre corresponde al esquema continental-europeo del gobierno parlamentario que centra la relación entre un gobierno que gobierna y un Parlamento que controla. Se trata de un antagonismo que no existe en la terminología inglesa, que abarca también el Parlamento por la palabra *government*, es decir, gobierno.

La doctrina del liberalismo clásico partió de la opinión simplista de que fuese necesario separar los poderes públicos para garantizar la libertad del individuo; según las palabras famosas de Montesquieu: “para que no pueda abusarse del poder, es preciso, que por disposición misma de las cosas, el poder detenga el poder.” De ahí que se llegó a la conclusión errónea de que la unidad del poder público fuera algo dado por sí mismo, que se debería separar para posibilitar la libertad del ciudadano, que se consideró como posible solamente en un rincón no accesible al poder público. En verdad, la unidad del poder

público es el resultado de esfuerzos indispensables de coordinación, fundándose en los principios de la democracia y del Estado de derecho. El mismo Montesquieu había expresado la necesidad de consenso y compromiso político en su obra *Pensées*. Las modificaciones del texto primitivo, que realizó en el curso de la redacción al adoptar dicha idea en su obra principal, *El espíritu de las leyes*, no significan que hubiese querido abandonar su convencimiento original, sino que se trató de un lenguaje muy usual en su época de las grandes investigaciones de las ciencias naturales, al describir las fuerzas físicas y el paralelogramo de éstas. Según las teorías del Estado, que ya prevalecieron en la Antigüedad y en la Edad Media, una colaboración de funciones públicas hacia un fin común era considerada como indispensable para la existencia de la comunidad.¹³

La supremacía del Parlamento en un sistema democrático se funda en la idea de la soberanía popular. Sin embargo, las relaciones entre gobierno y Parlamento, así como entre ellos y el Poder Judicial, son demasiado difíciles y diferenciadas para abarcarlas mediante meras categorías de rango y subordinación. Hay múltiples doctrinas que deducen resultados relevantes de la idea de la supremacía del Parlamento. Conviene restringirse a un aspecto de tales discusiones que todavía desempeña un papel importante en la *praxis* jurídica, es decir, a la *doctrina de la reserva de la ley*, que contiene también la Constitución española, pero sin dar una definición, mientras que en Alemania la ley fundamental ni siquiera la menciona.

En la doctrina alemana parece dominar todavía la tesis de reserva de la ley total, en el sentido de que cada acto de la administración pública debe fundarse en una norma legal, no importando si se trata de una intervención o de una prestación pública. En el caso de una intervención es obvio que necesita la autorización de una ley específica; pero cuando se trata de prestaciones, especialmente para garantizar la subsistencia vital, la situación es distinta. La reserva legal estrictamente entendida se deriva de varios principios, como son la soberanía orgá-

¹³ Lange, Ulrich, "Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu", en la revista *Der Staat*, 1980, pp. 213 y ss., esp. p. 217. Cfr., también especialmente, Sánchez Agesta, Luis, *Principios de la teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976, pp. 462 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, pp. 15 y ss.; Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt del Meno, 1971, pp. 232 y ss.; Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado* (traducción del alemán por Héctor Fix-Fierro), México, 1985, pp. 321 y ss.; Horn, Hans-Rudolf, "República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución", en *La Constitución y su defensa*, México, 1984, pp. 569 y ss., pp. 606 y ss.

nica del Parlamento, la idea del Estado de derecho, la división de poderes, la interdependencia de intervenciones y prestaciones, el principio de la igualdad, abarcando a los actos tanto onerosos como favorables, y la jerarquía normativa, que garantizará la primacía del Parlamento.¹⁴

Sin subestimar la importancia de los argumentos discutidos del principio de la legalidad de la administración, cabe decirse que la teoría de la obligatoriedad absoluta de la reserva legal parece perder su influencia con toda razón. Se adelanta la convicción de que el Poder Ejecutivo tiene originalmente competencias propias, fundadas en la Constitución, que permite actividades públicas no sólo dentro de determinadas normas legales específicas sino también más allá de ellas. En casos de emergencias imprevistas, las autoridades competentes deben apoyarse en facultades originarias para poder prestar la ayuda necesaria a los ciudadanos afectados, sin esperar hasta que se despida una ley que regule precisamente las prestaciones para las necesidades en el caso particular.

Las doctrinas que fundan la reserva de la ley total en el principio de la democracia parten, erróneamente, de la idea de que el Parlamento tuviese el monopolio de la legitimación democrática. En realidad, no se debe descuidar la posibilidad de una *mediación de la legitimación democrática* que se extiende al Ejecutivo, cuyo jefe es elegido por el Parlamento y es responsable ante él. En un sistema presidencial no surgen problemas teóricos de esta manera, puesto que tanto el presidente como los diputados son elegidos por el pueblo mismo.

Sin dejar aparte la supremacía del Parlamento, cabe decirse que la relación entre legislación y Ejecutivo, así como entre estos dos y el Poder Judicial, estará regida por una *cooperación democrática*, como lo describió el actual juez constitucional Böckenförde en una publicación del año 1964.¹⁵

La idea de tal cooperación democrática corresponde a los resultados del derecho comparado constitucional y las ciencias políticas. El problema de la división de poderes se ha tratado bajo la luz del proceso de decisión. En la medida en que se atribuye a cada órgano o agencia de decisión una función específica con cierto rigor, se puede hablar de una división de funciones que tiene un sentido un poco más profundo

¹⁴ Cfr., Achterberg, *loc. cit. supra* nota 10, pp. 337 y ss., apuntando a un sinnúmero de publicaciones sobre el tema. Respecto a España véase Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 292 y ss., esp. p. 364.

¹⁵ Böckenförde, Christoph, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*, 1964, pp. 59 y ss.

que lo que significaría una simple división del trabajo.¹⁶ En el mismo sentido se suele preferir el término *división de funciones* al término “división de poderes”.¹⁷

2. La participación en sufragios como cooperación democrática

El concepto de la cooperación democrática desempeña un papel importante, no solamente para describir las relaciones de los poderes públicos entre sí, sino también la participación del pueblo en la democracia viva. El derecho eminente del ciudadano democrático es participar en elecciones, aunque, desde luego, la soberanía popular no se limita a los sufragios que tienen lugar cada cuatro o cinco años.

El problema del *abstencionismo* se discute en muchas partes del mundo como señal dudosa de la falta de adhesión popular al sistema político. Asimismo, en la República Federal de Alemania, ya se hablaba de un abstencionismo peligroso, refiriéndose otra vez a las ya citadas “sombras de Weimar”. En los últimos sufragios federales de enero de 1987, la participación alcanzó el 84.4 por ciento, en lugar del 89.1 por ciento en 1983. Este retroceso, junto con los éxitos electorales del partido ecologista, llamados “Los Verdes”, que obtuvieron 8.3 por ciento de los votos, fueron deplorados muy seriamente en algunos comentarios, como también en un simposio acerca de la cultura cívica realizado en el mes de febrero de 1987 en Mainz, la capital de Renania-Palatinado. Con toda razón, las opiniones de que se debería pensar en el desastre de la República de Weimar, fueron rechazadas por los representantes de los grandes partidos políticos. La doctora Hanna Renate Laurien, antes ministro de Educación en Mainz y actualmente de la Democracia Cristiana en Berlín, apuntó al consenso básico vivo de la República Federal de Alemania. El gerente federal del Partido Social-demócrata, Peter Glotz, refutó las tendencias de un llamado “catastrofismo”, expresadas por algunos participantes del simposio mencionado.

Cuando se toman en cuenta las realidades políticas en el mundo contemporáneo, inclusive en México, el hablar de un abstencionismo en el caso de una participación electoral de casi 85 por ciento de la población completa parece absurdo. Ciertamente, una participación electoral entre 60 y 70 por ciento —según Luis Sánchez Agesta— ya significa un sentimiento de adhesión al sistema democrático,¹⁸ sin que se pudiera decir

¹⁶ Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 6ª ed., 1976, pp. 461 y ss.

¹⁷ Achterberg, *loc. cit. supra* nota 10, pp. 341 y ss.; *idem*, *Probleme der Funktionenlehre*, p. 114.

¹⁸ *Loc. cit. supra* nota 16, p. 288.

que una tasa menor fuese automáticamente la prueba de una cooperación democrática insuficiente. En países tradicionalmente democráticos como Suiza y Estados Unidos, menos de la mitad de la población participan en elecciones federales.

Por otra parte, naturalmente, sería peligroso subestimar las señales obvias del descontento del parlamentarismo y asegurar que las “*sombras de Weimar*” sean superadas para siempre. Por ello, se expresó la hostilidad frente al parlamentarismo en la denominación desdenosa por el Parlamento imperial *Schwatzbude*, palabra que tal vez se podría traducir por “tinglado del parloteo”.

3. Miseria y esplendor del parlamentarismo moderno

La publicidad del trabajo parlamentario desempeña un papel importante en un sistema democrático, pues es el presupuesto de una relación estrecha entre el pueblo y su representación. Desgraciadamente, las posibilidades modernas de la telecomunicación no solamente tienen ventajas, sino también desventajas obvias en el sentido de que provocan la impresión de que los debates parlamentarios son nada más que polémicas entre algunos pocos diputados, mientras que la mayoría de ellos no cumplen sus deberes de presencia, como demuestran los asientos vacíos que enseñan las cámaras televisoras. La televisión alemana tiene el acceso más libre cuando se compara la situación con otros países. Notoriamente, por ejemplo, el Parlamento inglés no admite la televisión en ningún caso; también en el Bundestag hubo voces que exigieron la exclusión de la misma. Aunque no se puede dudar que el parlamentarismo aparece en mala luz, cuando el público está forzado a participar en pleitos parlamentarios desagradables, mirar los asientos vacíos y saber de nuevos aumentos de las dietas —decididas por los mismos diputados—, no es probable que el Parlamento mismo pudiera dirigir las actividades de la televisión, que junto con la prensa se ha llamado “el cuarto poder”, a veces más poderoso que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La ausencia de los diputados que propiamente tendrían que estar presentes, tiene múltiples razones. El problema de los curules vacíos está conectado con cuestiones cruciales del parlamentarismo actual, especialmente la transparencia de los procesos de decisión. Las decisiones fundamentales no suceden en el pleno del Parlamento, sino antes, en las deliberaciones de las *comisiones parlamentarias*; estas mismas preparadas en los grupos parlamentarios, que también tienen de su parte gremios de expertos que siguen las directrices de su partido. Por eso, en el fondo,

no se puede vituperar al diputado que no tiene tiempo suficiente para escuchar otra vez los argumentos que ya conoce de memoria, y por tanto prefiere trabajar en su oficina, participar en la sesión de una comisión o un gremio o discutir con los electores de su distrito.

Como remedio para la enmienda de la publicidad del trabajo parlamentario, se ha propuesto que las comisiones parlamentarias negocien públicamente. Prescindiendo de que esto es posible en cada momento, según el Reglamento actual, no puede decirse que esta forma de publicidad siempre sería útil, pues en la mayoría de los casos los asuntos son demasiados complicados para alcanzar el interés público. Parece preferible extender las informaciones por escrito, por ejemplo, por publicar más relaciones sumarias sobre todas las formas del trabajo parlamentario, destinadas especialmente para escuelas y universidades, comentarios sobre eventos actuales del Parlamento, etcétera. Con toda razón se ha destacado la importancia de que se ofrecen los protocolos parlamentarios en forma atractiva, como es usual en Inglaterra.

Los esfuerzos para enmendar el *trabajo parlamentario* y el *prestigio de la representación popular* deben ser vistos como parte de una dirección política que tiene la función de expulsar las citadas actitudes anti-parlamentarias que habían favorecido al movimiento nacionalsocialista. Según investigaciones demoscópicas, el Parlamento federal no goza de un prestigio grande con la mayoría de la población. Una razón es la falta de comprensión frente a los eventos políticos. A muchos disgustan las disputas y polémicas de los políticos. Quien se asusta en un debate político controvertido entre los partidos, sin embargo, debe preguntarse si preferiría un gremio de mera concordancia y armonía, como lo fue el llamado Parlamento imperial durante la época del “Tercer Reich”, el cual se reunió primordialmente para escuchar las declaraciones del “caudillo y canciller imperial” y cantar juntos el himno nacional.

El parlamentarismo alemán merece mejores calificaciones por los jornaleros, comentaristas y profesores que le critican indebidamente. El Parlamento federal seguramente no siempre cumple sus funciones de una manera perfecta, despidiendo todavía demasiadas leyes que deben ser modificadas y completadas después. Pero lo que importa es la circunstancia de que no acepta ciegamente los proyectos del gobierno federal, sino se concentra en su tarea de despedir las leyes indispensables para conservar el Estado de derecho social y los fundamentos financieros.

También respecto al *control parlamentario*, que en parlamentos modernos llegó a ser en primer lugar un *derecho de la minoría*, no se puede hablar de deficiencias insoportables, cuando se compara la situación con

sistemas democráticos tradicionales. En Francia, por ejemplo, a pesar de su doctrina tradicional de la supremacía del Parlamento, uno no podría imaginarse que los ministros del gabinete, inclusive su jefe de él, sean citados y encuestados tan inexorablemente como sucede en las comisiones de investigación alemanas en sesiones públicas.

4. *El sistema federativo y el Consejo federal*

El control político del gobierno central no es el monopolio del Parlamento. En Estados federales desempeñan papeles similares, o hasta más importantes, las estructuras del federalismo, cuyo desarrollo merece consideraciones más detalladas. Los Estados Unidos Mexicanos y la República Federal de Alemania subrayan, por sus denominaciones oficiales, su estructura federal. En ambos países existían opiniones erróneas, acerca de que el federalismo es un sistema impuesto o importado.^{18 bis}

El imperio alemán de 1871, que excluyó la monarquía austriaca, era una Estado federal. El primer ministro de Prusia, al mismo tiempo, tuvo la función de canciller del imperio. El “Consejo Federal” (*Bundesrat*) era el órgano más importante; estaba compuesto por representantes de los príncipes alemanes y de las ciudades libres. Podía dejar sin efecto por su voto todas las leyes promulgadas por el Parlamento libremente elegido. En la República de Weimar no existía una representación tan poderosa de las entidades federativas que habían perdido sus príncipes. Frecuentemente se desconoce que la Constitución de Weimar era mucho menos federativa que el imperio alemán de 1871. Bajo la dominación del nacional-socialismo, los estados se convirtieron en meros distritos administrativos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania fue dividida por las cuatro fuerzas aliadas, que siguieron políticas propias en su zona de ocupación respectiva. Los americanos fueron los primeros que formaron entidades federativas. Los primeros ministros de los Estados en las zonas americana, inglesa y francesa decidieron formar un “Consejo Parlamentario” (*Parlamentarischer Rat*), formado por diputados de los parlamentos estatales, para preparar una Constitución provisional. La ley fundamental de 1949 fue el resultado de estos esfuerzos.

El sistema del Consejo Federal, consagrado con la ley fundamental, es

^{18 bis} Cfr., respecto a las exposiciones siguientes, Horn, Hans-Rudolf, “Legitimación y límites del Poder Ejecutivo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 37, 1980, pp. 53 y ss., especialmente pp. 81-93, con varias indicaciones de literatura.

el resultado de un compromiso de los constituyentes. Se rechazó la supremacía del Consejo Federal, que existió en el imperio de 1871, y se adoptó la llamada “solución atenuada” del Consejo Federal. Éste tiene la facultad de participar en toda forma de legislación; sólo determinadas leyes necesitan, en cambio, su aprobación; sus miembros no son elegidos por los habitantes de un estado, como los senadores, sino que son los ministros de los gobiernos de las entidades federativas o sus mandatarios. La ley fundamental otorga a cada estado por lo menos tres votos (artículo 51). Los estados con más de dos millones de habitantes, tienen cuatro, y los estados con más de seis millones, cinco votos. Cada estado envía tantos representantes como votos tiene; sin embargo, éstos sólo pueden votar unánimemente. Berlín tiene cuatro votos; pero, por la reserva de las fuerzas aliadas al aprobar la ley fundamental, sus votos no cuentan cuando se refieren a asuntos que tienen eficacia exterior, es decir., leyes, contratos internacionales, etcétera. La misma regla tiene vigencia respecto de los diputados berlineses.

Aunque las facultades del Consejo Federal no se pueden equiparar a las de un Senado en el sistema del bicameralismo, juegan papeles políticamente importantes.

Antes de remitir un proyecto legal a la Cámara de Diputados, el gobierno federal tiene que someterlo al Consejo Federal, para que éste tenga la oportunidad de expresar su actitud sobre la iniciativa legislativa, dentro de 6 semanas (artículo 76 de la ley fundamental). Su decisión es preparada por comisiones especiales de cada materia legislativa, como por ejemplo la Comisión del Trabajo y Orden Social, de la Hacienda, etcétera. En las comisiones del Consejo Federal, por lo general no actúan los propios miembros del Consejo, sino otros funcionarios competentes. Sólo el presidente de la Comisión suele ser un ministro de un estado. Los gobiernos estatales pueden contribuir con sus experiencias de administración, pues los estados-miembros asumen las leyes federales como asuntos propios (artículo 83). En muchos casos, el gobierno federal asiente a las recomendaciones del Consejo Federal al remitir el proyecto a la Cámara de Diputados. Ésta tampoco descuida las advertencias de los expertos de la administración local, sin razones importantes. Las recomendaciones del Consejo Federal no se limitan a críticas generales, sino que articulan modificaciones textuales al proyecto legal. Prevalen en el trabajo regular del Consejo Federal los casos sobre los cuales no existen controversias desde el punto de vista político. La causa de las divergencias puede ser que los expertos de una materia no están de acuerdo con los de otra; por ejemplo, pueden hacer prevalecer

sus intenciones los expertos de hacienda, pues no solamente disponen de conocimientos detallados sobre las partidas del presupuesto, sino que tienen más influencia en la distribución de los recursos públicos. La cuestión de cómo el gobierno estatal votará en el pleno del Consejo Federal, muchas veces no es resuelta por el Consejo de Ministros, sino por sesiones de los funcionarios de todas las secretarías, que se realizan antes de cada sesión del Consejo Federal. Puesto que dicho trabajo legislativo tiene lugar a un nivel primordialmente burocrático, es casi desconocido públicamente, y aun por los juristas que no se dedican al derecho público. En realidad se trata de un procedimiento eficaz del federalismo cooperativo.

La importancia —obviamente política— del Consejo Federal, se funda en su atribución de vetar una ley aprobada por la Cámara de Diputados. Los constituyentes probablemente no previeron que mucho más de la mitad de las leyes necesitarían de la aprobación del Consejo Federal, al establecer que todas las leyes referentes a la hacienda de los estados y al procedimiento administrativo pertenecen a esta categoría.

El principio del federalismo goza de la protección especial de la ley fundamental, la cual prohíbe una reforma constitucional que toque a la estructura federal y a la participación de los estados en la legislación federal.

El federalismo no puede ser un instrumento para librar a la política de los conflictos, sino que significa regulación institucional de esos conflictos y tensiones, por una síntesis que no puede tener la meta de aniquilar los contrastes, sino de ordenarlos por un diálogo permanente, en una dialéctica abierta, fundándose en la lealtad federal.

El renombrado comentarista de la ley fundamental y actual segundo presidente del Tribunal Constitucional de la Federación, Román Herzog, ha llamado al sistema federal alemán “nuestro artículo de exportación decisivo constitucional”. Se puede advertir —especialmente en países unitarios— un interés creciente en las estructuras federativas, como forma de resolver problemas que no puede arreglar el poder central. El autor francés d’Ohson, en 1962, exigió que Francia fuera una república federal, democrática y social, refiriéndose a los modelos suizo y alemán, pues considera a las instituciones federales como el origen de la prosperidad y equilibrio de un país en donde se había descubierto un régimen verdaderamente democrático. Actualmente, en muchos países del mundo crecen los esfuerzos políticos por adoptar elementos federales. En Francia e Italia se crearon regiones, como primeros grados del federalismo. Se discuten soluciones similares en Portugal, Gran Bretaña,

Bélgica, Checoslovaquia, que ya concedió ciertos derechos de autonomía a los slovaques; pero también en países de África y Asia. En países que ya tienen estructuras federativas, se dedican estudios detenidos a las instituciones federativas alemanas, como en Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Yugoslavia y otros.

V. DESDE EL RECHAZO HISTÓRICO A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. *El desprecio histórico frente a los partidos políticos*

La actitud de rechazo frente a los partidos políticos, divulgada en muchos países, tiene múltiples razones que se pueden explicar por las actividades de ellos mismos en la actualidad. No obstante, resulta una tarea fascinante indagar las raíces históricas del desprecio de los partidos hasta la antigüedad. Aquí parece suficiente apuntar a la época de la Ilustración como la fuente del constitucionalismo moderno, donde se consideró a los partidos, por sus rasgos a veces menos racionales, como contradicciones insoportables a la razón y la voluntad general. La aversión común en contra de las particularidades de la vida política fue articulada no solamente por poetas, escritores satíricos¹⁹ o filósofos, tal vez motivados por el anhelo irracional de un mundo raro, dominado por la armonía y concordancia, sino también por los pensadores de la teoría política y del derecho constitucional, ya que los mismos políticos expresaron su desprecio frente a los partidos en el curso de la época nueva.

Los constituyentes en Europa y América, partiendo de las ideas del liberalismo, estaban dominados por el temor “al peligroso vicio del espíritu de partido”, como dijo Pedro Molina, uno de los diputados más renombrados del Primer Congreso Constituyente Centroamericano de 1823-1824, que habló de “partidos o más bien facciones, perniciosas siempre a un Estado libre”.²⁰ En los Estados Unidos de América, Hamilton había llamado a los partidos: “contrarios a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes y generales de la comunidad.” Para los constituyentes de Filadelfia esta idea fue la razón de introducir

¹⁹ Cfr., mis “Reflexiones comparativas sobre consenso real y partidos políticos”, en *Anuario Jurídico*, México, IX, 1982, p. 121. Una narración satírica muy impresionante contiene el libro de Jonathan Swift, *Los viajes de Guilliver*, en el cual describe una isla de caballos sabios y felices que no conocen ni disputas ni partidos ni crímenes ni dolor, siguiendo exclusivamente a la razón.

²⁰ García Laguardia, Jorge Mario, *La Constitución y su defensa*, México, 1984, p. 685.

un sistema de electores, en lugar de la elección directa del presidente, todavía vigente hasta la actualidad; pues se había supuesto que de esta manera se pudiese excluir la influencia de partidos al evento crucial de la república, la elección del jefe del Estado y del gobierno.

La actitud de rechazo frente a los partidos políticos prevalecía hasta el primer tercio de este siglo en la teoría del Estado. Jorge Jellinek opinó en su famosa *Teoría general del Estado*, en el año 1919, que la vida de los partidos tiene tantos elementos extraños e impredecibles que es imposible describirlos desde el punto de vista científico.²¹ Henrique Triepel, quien dedicó fructíferas investigaciones al problema de los partidos, los llamó “fenómenos extraconstitucionales”, cuyas decisiones son expresiones de cuerpos sociales ajenos al organismo del Estado, sin compromiso ni trascendencia.²²

2. La constitucionalización de los partidos políticos

A pesar de las mencionadas objeciones contra los partidos políticos que al comienzo de su historia fueron perseguidos como asociaciones criminales en muchos países hasta el siglo xx, su constitucionalización, como fin natural del desarrollo político, ya fue prevista por algunos escritores, especialmente por el mismo Triepel, quien no escondió su espanto respecto a su propia profecía.

Uno de los primeros que postuló francamente, sin reservas mentales y sin deplorar tal desarrollo, fue Hans Kelsen, cuyas obras, que no se refieren a su famosa *Teoría pura del derecho*, merecen más atención. Con toda razón, destacó la idea esencial de que el rechazo rotundo de los partidos políticos es nada más que la expresión de la hostilidad frente a la democracia misma;²³ habló, en este contexto, de la necesidad de una *racionalización del poder* usando el mismo término que aquel que le sirvió para fundar la ‘justicia constitucional, realizada por primera vez en el Tribunal Constitucional austriaco de 1920, que llamó orgullosamente

²¹ Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 1919, p. 114, mientras que Schmidt, Richard, *Allgemeine Staatslehre*, 1901, pp. 238 y ss., ya había descrito la necesidad de los partidos y también de polémicas políticas; *cfr.*, especialmente Leibholz, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 4ª ed., Frankfurt del Meno, 1974, pp. 84 y ss., y *passim*, siendo el autor el protagonista más destacado de una teoría realista de los partidos políticos.

²² Triepel, Heinrich, *Staatsverfassung und politische Parteien*, 1928, pp. 24 y ss.; en un sentido semejante, también Lachenal, *Le Parti Politique*, Basiles, 1944, p. 152.

²³ Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, nueva imprenta a la 2ª ed. de 1929, 1963, pp. 19 y ss.; *cfr.*, mi aportación al *Libro de homenaje para Héctor Fix-Zamudio*, Justicia constitucional y consenso básico, México.

“su hijo favorito”. Todavía no cabe decirse que, comúnmente, esté reconocida la convicción de que los partidos políticos representan partes integrantes de la cultura cívica.

En el Parlamento, el diputado individual, por lo general mediante su grupo parlamentario, obtiene la oportunidad de cooperar en el proceso de la decisión parlamentaria. El principio de la independencia del diputado, consagrado constitucionalmente, en la práctica no puede ser tomado por absoluto. En la mayoría de los casos, el diputado participa primordialmente en la formación de la voluntad de su grupo parlamentario, después en el Parlamento y sus comisiones. Los debates que conceden la oportunidad de expresar nada más que convicciones personales representan excepciones. El procedimiento de consideración, discusión y exposición de ideas políticas, primero dentro del propio grupo parlamentario, tiene la ventaja obvia que lleva consigo cierta diligencia y premeditación. De esta manera, el Parlamento, en su conjunto, es protegido en contra de opiniones menos fundadas y emociones incomprensibles, que no puedan dar orientación ni al gobierno ni a la publicidad.

Algunas críticas frente a los partidos políticos que se pueden escuchar también de parte de muchos diputados, parten todavía de una visión del Parlamento que tal vez correspondía a los siglos pasados, si en algún tiempo verdaderamente hubiese existido un Parlamento de tal manera. De todo alcance, en la actualidad sería ficticio imaginarse diputados aislados que sigan exclusivamente sus convicciones muy personales fundadas en sus propios estudios, y vean su función primordial en luchar juntos en contra del predominio del gobierno. Una condición indispensable de la libertad absoluta del diputado individual sería una independencia económica absoluta, como, por ejemplo, la posibilidad de retirarse a su hacienda cuando el negocio político no guste más al diputado en cuestión. Tales criterios no parecen adecuados para caracterizar una democracia verdadera.

Muchas veces se deplora que ya antes de los debates parlamentarios se constate su resultado, siendo esta circunstancia una razón de que los debates ni interesan a los diputados mismos ni a la publicidad. Es verdad que los debates en el *Parlamento Nacional de la Cuarta República Francesa* fueron más fascinantes, especialmente por la razón de que todavía no se sabía en la mañana si en la noche el gobierno seguiría ejerciendo su cargo después de un discurso fulminante de un diputado de la oposición. Los mismos franceses, sin embargo, han abandonado ese sistema en la Constitución de la Quinta República por causas entendibles. Rousseau no tiene razón al rechazar los partidos como enemigos

de la soberanía popular; los grupos parlamentarios y sus organizaciones canalizan mejor los movimientos políticos sin su ayuda. El *régimen de los partidos políticos* no se debe considerar exclusivamente bajo el punto de vista de la restricción de la independencia del diputado, sino más bien como base del funcionamiento de una democracia parlamentaria que merece dicho nombre verdaderamente.

3. *Advertencias breves sobre el sistema electoral*

Los partidos políticos desempeñan un papel crucial especialmente por nominar los candidatos. Dos terceras partes de los diputados de la Cámara Federal ya antes de las elecciones pueden estar seguros de obtener un escaño parlamentario, puesto que fueron nominados en distritos electorales en donde su partido comúnmente alcanza una mayoría cierta o porque tiene un lugar seguro en la lista estatal. La única incertidumbre puede originarse cuando un partido obtenga más candidatos en los singulares distritos que se previó, pues quedan menos curules que concede el partido mediante la lista electoral. Entonces, un candidato que no ganó en su distrito puede perder su asiento, a pesar de su lugar medio en la lista, que de lo contrario hubiese garantizado un curul parlamentario.

En el Parlamento federal alemán actualmente están representados solamente cuatro grupos parlamentarios, que son: la democracia cristiana, los social-demócratas, los liberales y los “Verdes”. Según el derecho electoral, está excluido que un partido que no alcance por lo menos cinco por ciento de los votos en total, obtenga asientos parlamentarios. El Tribunal Constitucional de la Federación ha confirmado la constitucionalidad de la *cláusula del cinco por ciento*. A pesar de todo, parece aumentar una crítica que la niega, refiriéndose a la circunstancia de que no está consagrada en la ley fundamental, aunque fue discutida en el Consejo Parlamentario, sino introducida sólo en el año 1953 por una ley simple natural. La objeción principal contra la regulación vigente consiste en la consideración de que puede suceder que un gran número de votos válidos estén perdidos, porque fueron dados a un partido que alcanzó meramente muy poco menos del cinco por ciento de los votos; de ahí que se pueda entender la sugerencia de que se introduzca un *voto facultativo* que subsidiariamente sea efectivo cuando el voto principal fue dado a un partido fracasado. Cuando en un caso supuesto los liberales ganen menos del cinco por ciento, como sucedió en algunos parlamentos estatales, el elector —según dicho propósito— podría deter-

minar que su voto en favor de los liberales sea atribuido al Partido Cristinano-demócrata o al Partido Social-demócrata.²⁴ Por la actitud conocida del Tribunal Constitucional, sin embargo, no parece probable la introducción de tal regulación.

VI. LEGITIMACIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Alcance y orígenes de la justicia constitucional en Alemania*

El *Tribunal Constitucional de la Federación* (TCF) desempeña un papel crucial dentro del sistema político-constitucional de la República Federal de Alemania. Puede caracterizarse su función en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y del Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque oficialmente suele declarar que no es una instancia adicional de jurisprudencia. En la realidad, sin embargo, en muchos casos el TCF destaca un aspecto del derecho constitucional; por ejemplo, la negación de la audiencia judicial, para fundar su facultad de revisar las sentencias de tribunales generales. Puede hablarse de una paralela interesante con el desarrollo del *juicio de amparo* en México que paulatinamente fue extendido a todos los ámbitos de la jurisdicción, inclusive las materias sin referencia inmediata al derecho constitucional. La diferencia esencial entre los dos sistemas consiste en la circunstancia de que el TCF es un tribunal especializado en asuntos constitucionales al lado de Cortes Supremas de los demás ramos jurídicos con propios códigos de procedimiento, mientras que la Suprema Corte de Justicia en México es el único tribunal supremo, cuya función está establecida por la Constitución, leyes, jurisprudencia y doctrina.

El TCF, por otro lado, definió sus competencias por sí mismo, de una manera muy independiente, a veces decidiendo en un caso, cuando se hubiese negado su competencia al tomar en cuenta la jurisprudencia anterior; a veces negando una sentencia sustancial en un caso, en el cual se hubiese esperado un fallo sobre una cuestión importante. El gran prestigio del TCF podría despertar la impresión de que se funda en una

²⁴ Linck, Joachim, "Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5% - Klausel", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1984, pp. 884 y ss.; Wenner, Ulrich, *Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt, Bern, Nueva York, 1986, niega la constitucionalidad de la cláusula de los cinco por ciento por razones jurídicas y desde el punto de vista de las ciencias políticas.

tradición de siglos, mientras que en realidad ni siquiera alcanzó la edad de cuarenta años que, según un dicho popular de Suebia, es el presupuesto de la sabiduría.

En Alemania ya hubo en el siglo xix intentos de asignar la defensa constitucional a un tribunal supremo. Debe mencionarse en este contexto a la Constitución de 28 de marzo de 1849, resultante de la revolución alemana de 1848, nombrada la “*Constitución de la Iglesia de San Pablo*”, según el lugar en donde se reunió el primer Parlamento libremente elegido en Frankfurt del Meno. Se había previsto una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones. Un Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) como supremo tribunal de Alemania, la que entonces estaba formada por un sinnúmero de reinados, ducados, principados y ciudades libres soberanos, decidiría también sobre una acción que hoy sería denominada “recurso constitucional”: al ciudadano alemán individualmente le fue concedido interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución.

La idea de la justicia constitucional apenas jugó un papel en la posterioridad. El Tribunal del Imperio, establecido en el imperio creado por Bismark en el año 1879 en Leipzig, era exclusivamente un tribunal supremo para decidir sobre asuntos civiles y penales. En la República de Weimar este tribunal reclamó la competencia de *decidir sobre la constitucionalidad de leyes*. En su famoso fallo del 4 de noviembre de 1925 examinó la cuestión de si las leyes de devaluación, regulando las consecuencias de la inflación de 1923, eran compatibles con la garantía constitucional de la propiedad. Tal investigación judicial presupone que el tribunal tenía a la facultad de declarar nula una ley, como contrato que contravenga a la ley o las buenas costumbres, de acuerdo con los artículos 134 y 138 del Código Civil. En este caso, el contrato es nulo de antemano (*ex tunc*). El Tribunal no llegó a la conclusión de que las leyes en cuestión eran inconstitucionales. Lo esencial de la sentencia fue el reconocimiento principal de la *Revista Judicial de Leyes*; de ahí que debe decirse que el precursor del TCF ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte Estatal, aunque la ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.²⁵

Los constituyentes de Bonn fueron más allá de la tradición de la *Corte Estatal para el imperio alemán*, provista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar. La ley orgánica concedió solamente muy pocas facultades a la Corte Estatal, facultades que no abarcan la protección

²⁵ Horn, Hans-Rudolf, “Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem”, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, p. 84 y ss., esp. p. 89.

de los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 109 y ss. de la Constitución de Weimar.

2. Estructuras esenciales de la jurisprudencia constitucional

Las estructuras esenciales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación son objeto de un sinnúmero de publicaciones en la República Federal de Alemania; pero también, de una manera creciente, en el campo del derecho constitucional comparado, especialmente en el mundo hispanico. Muchas investigaciones alemanas desembocan en la desilusión de los autores que se funda en su experiencia de que no habían podido encontrar un sistema o un esquema imaginados por ellos. Tales desiluciones son una consecuencia natural de la opinión errónea de que se podría comprender la jurisdicción constitucional por medio de un sistema deductivo. Se trata de un error entendible, puesto que muchos giros en las mismas sentencias del Tribunal Constitucional parecen insinuar un sistema de tal carácter. Al buscar otro remedio para acercarse a los rasgos típicos de la jurisdicción que juega un papel eminente en la vida política y jurídica alemana, se ha examinado su argumentación bajo los puntos de vista no exclusivamente jurídicos, en el sentido más estricto, sino más bien lingüístico. El lenguaje específico que se ha elaborado y confirmado de una manera impresionante será el punto de partida para indagar las consideraciones del Tribunal más alto.²⁶

En una primera aproximación, el uso de ciertos términos, especialmente el uso frecuente del *esquema valorativo*, puede despertar la impresión de que el TCF parte de un esencialismo axiológico que conoce valores absolutos que serían comprendidos con la ayuda de una intuición axiológica especial. La jurisprudencia del TCF ofrece un amplio repertorio de esquemas que se encuentran entre nociones centrales de la filosofía y la teoría del derecho, tales como “idea del derecho”, “idea rectora”,

²⁶ Los aspectos pragmáticos y retóricos del derecho constitucional y de la justicia constitucional son investigados especialmente por Schreckenberger, Waldemar, *Rhetorische Semiotik-Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg, München, 1978. La versión castellana en la traducción de Ernesto Garzón Valdés será publicada dentro de poco por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Respecto al análisis semiótico del principio de la igualdad, *cfr.* especialmente pp. 245 y ss.; en este contexto es importante la idea de la naturaleza de la cosa, p. 255; un papel crucial desempeña el esquema valorativo; *cfr.*, pp. 263 y ss., más detalles en el texto que sigue. La traducción de la obra tendrá el título *Semiótica del discurso jurídico-Análisis retórico de textos constitucionales*.

“postulado”, “razón práctica”, “pensamiento de la justicia”, etcétera. No es muy difícil ver que aquí se trata de esquemas que juegan un papel decisivo ante todo en la filosofía neokantiana. Sin embargo, sería apresurado inferir de ahí un aseguramiento racional en el sentido de un idealismo neokantiano. El TCF utiliza como sinónimos de la *idea de justicia* expresiones tales como intuición o sentimiento o sensibilidad de justicia, las cuales se adaptan más al vocabulario de teorías jurídicas psicológicas o fenomenológicas. Otros esquemas, en cambio, revelan la proximidad con las concepciones jurnaturalistas y ontológicas; aquí hay que mencionar primordialmente el uso frecuente del esquema de la *naturaleza de la cosa*. Expresiones tales como *bienestar general* o *bien común* se remontan a tradiciones antiguas europeas que han adquirido una importancia relevante en las teorías jurídicas, que parten de las doctrinas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Pero no cabe decir que el TCF se refiere a criterios universales, pues muy a menudo se encuentra también el uso del esquema de interés que recuerda más bien a concepciones de orientación sociológicas.

Finalmente, no faltan las referencias a la tradición idealista de origen hegeliano al utilizar versiones también de una metáfora organológica o sistemático-funcional. Elementos similares encontramos también en la *tradición de la teoría general del Estado alemana* que hasta ahora —ni dependientemente de su localización teórica— muestra la influencia del estilo de Hegel.

La forma de hablar axiológica del TCF tropieza crecientemente con la crítica. Se debe poner de relieve, sin embargo, que nunca se limita a una constatación intuitiva, si no presenta una especie de procedimiento inductivo, de suerte que la “ley moral”, a la cual se refiere el artículo 2 de la ley fundamental, parece convertirse en una función de constataciones científico-sociales especialmente demoscópicas. En esta medida, el *positivismo legal*, temido por los constituyentes, queda superado por un *positivismo cultural pragmático* de mayor alcance. Los criterios más importantes han demostrado ser la cultura, la tradición, el consenso, la “concordancia ideológica” y el “procedimiento democrático”.

El uso reiterado de términos como juicio valorativo tiene su origen primordialmente en el fallo del 15 de enero de 1958, la famosa *sentencia de Lüth*, así llamado según el reclamante del recurso constitucional que inició el proceso. Se trata del fundamento de una jurisprudencia sentada.²⁷

²⁷ “La sentencia de Lüth” de la primera sala del TCF del 15 de enero de 1958 (Colección oficial tomo 7, pp. 198 y ss.) sigue siendo el fundamento de una teoría

DR © 1988. Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México