

Según la sentencia de Lüth, la ley fundamental no desea ser un “orden neutro al valor”, sino que en la parte dedicada a los derechos fundamentales ha “*establecido un sistema valorativo objetivo*”, expresado precisamente aquí como un reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales”. “Este sistema valorativo que encuentra su punto central en la personalidad humana, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad humana y en su dignidad, tiene que valer en tanto la decisión básica jurídico-constitucional, para todos los ámbitos del derecho.”

El TCF concibe a los derechos fundamentales no sólo como regulaciones de mecanismos de competencia general y pública, sino también individual y privada. No extiende, por otro lado, su competencia totalmente en el ámbito del derecho civil, sino limita la realización de la influencia de los derechos fundamentales primordialmente a las cláusulas generales, tales como las buenas costumbres, que nombra “lugares de irrupción”, rechazando doctrinas de efectos inmediatos de los derechos fundamentales hacia terceros, que llevaría consigo una disolución de la autonomía privada. El resultado esencial, en cambio, es que se supera la separación esquemática entre individuo y comunidad, de suerte que se puede hablar de la construcción de una “teoría básica del derecho positivo” de tipo dogmático constitucional. La valoración de la función legislativa de la jurisprudencia encuentra una confirmación expresa que le faculta “hacer valer”, o sea “realizar” la significación de los derechos fundamentales en el derecho privado.

El mismo TCF suele hablar de *Güterabwägung*, palabra que significa literalmente “ponderación de los bienes”; se puede traducir por *valoración de los bienes*. Se trata de un ensayo de describir el procedimiento para resolver un conflicto, una divergencia o una tensión de distintos valores relevantes en el caso concreto. Hay investigaciones que parten de ella para aclarar las estructuras de la jurisprudencia constitucional, pero que generalmente no encuentran resultados satisfactorios.<sup>28</sup>

La valoración de los bienes”, sin embargo, describe el proceso de encontrar una resolución sólo parcialmente. Parece más adecuado hablar

general de la Constitución (*cfr.*, Schreckenberger, *loc. cit. supra*, pp. 180 y ss.), que en tiempos más recientes fue confirmado por una sentencia de la segunda sala del 23 de abril de 1986, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 827 y ss.

<sup>28</sup> Cfr., por ejemplo, el estudio empírico de Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden 1979, que nombra la valoración de bienes un “mal necesario” (p. 258); cfr. mi reseña en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982, p. 752. Los ensayos de abarcar la jurisdicción constitucional mediante un sistema deductivo, como el emprendido por ejemplo por Peine, Franz-Joseph, *Das Recht als System*, Berlín 1983, naturalmente deben fracasar; *cfr.*, Horns, Hans-Rudolf, en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1985, p. 743 y ss.

del *modelo preferético*, o simplemente de la *preferética*, como lo hace Schreckenberger para exponer las estrategias retóricas del TCF.<sup>29</sup> Tales elementos aparecen con mayor frecuencia en el ámbito de la argumentación de los derechos fundamentales y en algunas argumentaciones con respecto al principio del Estado de derecho que se encuentra cerca de la dogmática de los derechos fundamentales.

Un papel importante juega en la argumentación preferética también la *cuestión de la competencia* respectiva. El TCF deja a las distintas autoridades y poderes —especialmente al legislador— decidir sobre los puntos de vista de exigibilidad, de proporcionalidad y de la probabilidad del equilibrio de intereses; los fundamentos empíricos, las consideraciones y valoraciones del legislador tienen siempre “la mayor importancia para el TCF” y, cuando no es posible disvirtuarlos, poseen a su favor la “*suposición de rectitud*”.

### 3. La revisión judicial de leyes

Todavía se divultan opiniones respecto a que la justicia constitucional amenace la soberanía popular que se manifieste en el Parlamento libremente elegido, por revisar los actos parlamentarios. La revisión judicial de leyes es una cuestión crucial de la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial que despierta naturalmente también críticas serias. Respecto al Tribunal de la Federación (TCF) se ha hablado de los “contra-capitanes de Karlsruhe” (en donde la TCF tiene su sede) que no se restringen a la función del piloto, evitando los arrecifes y bancos de arena.<sup>30</sup> Cuando los jueces constitucionales deciden sobre asuntos políticos, no estarán excluidas las intervenciones judiciales en el ámbito del Parlamento, las cuales pueden efectuarse mediante el control abstracto de la constitucionalidad y el control normativo concreto, pero también bajo condiciones excepcionales a través de un *recurso constitucional* de un ciudadano particular.

El *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por partes de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones ante el TCF es de ca-

<sup>29</sup> Schreckenberger, *loc. cit. supra* nota 26, pp. 332 y ss.

<sup>30</sup> Schüler, Hans, “Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von den Verfassungsgerichten regiert?” en *Die Zeit*, Nr. 9 vom 24 de febrero 1978, p. 9; *cfr.*, Landfried, *loc. cit. supra* nota 11; pero también Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin, 1985, con la reseña de Häberle, Peter, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1986, pp. 206 y ss.

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

rácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*. Cuando un tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al TCF —salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudirse al tribunal constitucional de ella—, a fin de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteando.

El TCF, en su propia jurisprudencia, modificaba las normas de competencia en el sentido de que valgan las regulaciones constitucionales y legales sobre *el control normativo concreto*, exclusivamente en los casos de *leyes formales promulgadas durante la vigencia de la ley fundamental*, es decir, los demás tribunales podrán decidir por sí mismos cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal. Dichas restricciones de la competencia del TCF no valen en los casos del *control normativo abstracto*, porque el Tribunal parte de la idea de que entonces debe cumplir su función como *guardián de la Constitución en sentido amplio*, mientras que con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal de Alemania. El TCF extiende esta jurisprudencia también a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión se aclara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma; pero también cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. Por ejemplo, no es admisible que un juez ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil, aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.

#### 4. *El problema de la nulidad de leyes inconstitucionales*

Si el TCF llega a la convicción de que una regulación de derecho federal es incompatible con la Constitución o una regulación jurídica de una entidad federativa con la ley fundamental u otra norma federal, en su resolución debería *declarar su nulidad*, como establece el artículo 78 de la ley orgánica. La versión primitiva de la ley había hablado de que el Tribunal *constata* la nulidad de una ley; mediante la reforma de la ley orgánica se quiso aclarar, como se destacó en la exposición de

motivos del proyecto legal, que el conocimiento de la jurisdicción constitucional abarca un elemento dispositivo. A pesar del texto claro, todavía domina la doctrina de que la nulidad existe *ipso iure*, es decir, también sin fallo del TCF.

En la discusión jurídica a veces se confunde dicha nulidad automática con la nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*). Según esta doctrina, la nulidad depende del fallo judicial, pero produce efectos retroactivos. Teóricamente, dicha opinión corresponde a la jurisprudencia del mismo TCF, expuesta en muchas decisiones, y a la doctrina dominante. En la práctica, sin embargo, el Tribunal logró encontrar pluriformes posibilidades para evitar resultados desfavorables de la nulidad retroactiva. Cabe decirse que la regla mantenida propiamente casi representa una excepción que motiva discusiones especiales.

La teoría de la nulidad retroactiva tiene sus raíces en dos tradiciones distintas. Una de ellas, el derecho civil, partió de ideas del *derecho romano*. Cuando un negocio jurídico contraviene a la ley o las buenas costumbres, es nulo de antemano.

El principio de la nulidad total, sin embargo, en el derecho privado tampoco se puede tomar como absoluto. Cuando por ejemplo en el caso frecuentemente discutido del negocio usurario, la nulidad abarcaría todas las prestaciones, la víctima de la usura sería privilegiada sobremanera, en el sentido de que no tendría que devolver el dinero recibido como préstamo ni pagar intereses. En México, el Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de la reducción equitativa de su obligación (artículo 17), aunque, por lo general, parte del principio de la nulidad, como demuestran los ordenamientos del derecho de obligaciones.

Puesto que el TCF reanuda más bien la jurisprudencia del Tribunal del Imperio, no es de extrañar que sigue pensando en categorías del derecho civil de manera tradicional, abandonándolas sólo paulatinamente. La otra raíz de la nulidad retroactiva es la jurisprudencia de la *Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos*, que representa el origen de la justicia constitucional moderna. En la famosa sentencia *Marbury versus Madison* fueron destacados los efectos de nulidad de una ley inconstitucional como cosa natural y obvia. Se ha denominado esta argumentación como una *teoría ingenua del derecho natural*, pues no se trata de una argumentación auténticamente jurídica, sino más bien de reflexiones que parecen plausibles a primera vista, pero que presuponen lo que propiamente quieren comprobar, el principio de la revisión judi-

cial, que uno podría solamente imaginarse en el supuesto que una ley inconstitucional sea nula de antemano.<sup>31</sup>

La jurisprudencia de la misma Corte estadounidense ha resuelto los problemas surgidos de esta teoría reconocida hasta la actualidad, por respetar los llamados efectos consolidados (*consolidated effects*).<sup>32</sup> Respecto de los resultados, dicha jurisprudencia no difiere esencialmente de la del TCF o la de la Corte Constitucional austriaca. Cabe hablarse de una divergencia entre la doctrina tradicional, adoptada por los tribunales, y el *uso judicial*, que es *más pragmático* de lo que se quiere admitir. Para resolver los problemas de una manera convincente, sin embargo, conviene abandonar las categorías del derecho civil tradicional —abandonadas ya parcialmente por los mismos civilistas—, como lo ha hecho también el derecho público actual respecto de la dogmática del derecho civil en los demás campos. La teoría de la nulidad viene de una época anterior al desarrollo de las codificaciones procesales.

Por otra parte, tampoco puede negarse que la *doctrina austriaca*, en que el fallo constitucional tiene efectos *sólo para el futuro*, necesita ciertas modificaciones, pues el resultado sería absurdo; cuando el acto impugnado sea una sentencia judicial, un acto administrativo o un contrato, seguiría teniendo vigor, aunque la ley sobre la cual se fundó haya sido declarada inconstitucional. Para prevenir estos resultados, el sistema austriaco fue modificado en el año 1929 a fin de que el demandante tenga la ventaja de que se haya declarado nula una ley, mientras que los efectos generales del fallo valgan solamente para el futuro.<sup>33</sup> A veces se opina que dicho resultado no corresponde al principio de la igualdad. Bajo los puntos de vista de la seguridad jurídica, sin embargo, no se puede admitir una confianza en la incostitucionalidad de leyes, sino, por el contrario, exclusivamente en la vigencia de las leyes, publicadas en la *Gaceta Oficial*, hasta que se publique un fallo derogatorio. Convendría establecer los detalles necesarios mediante normas constitucio-

<sup>31</sup> Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", en *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84 y ss., refiriéndose al artículo de Paulson, Stanley L. para el Congreso Internacional de la Filosofía del Derecho de Basilea de 1980. Un panorama excelente sobre "La jurisdicción constitucional en Europa: una comparación", por Albrecht Weber, fue publicado en el número 17 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, mayo-agosto de 1986, pp. 47 y ss., especialmente por los efectos retroactivos de las sentencias constitucionales; *cfr.*, pp. 64 y ss., en contra del título abarcando también la jurisdicción estadounidense.

<sup>32</sup> Cappelletti, Mauro y William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Stanford, 1979, pp. 73 y ss., esp. p. 101.

<sup>33</sup> *Loc. cit. supra*, p. 66.

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

nales legales para que tanto el ciudadano como las autoridades y los tribunales sepan con certeza qué regulación y desde qué plazo y en qué alcance no seguirá teniendo vigencia, y bajo cuáles condiciones una ley no corresponde a la Constitución y cuáles son los efectos de la inconstitucionalidad. Se debe tomar en cuenta que los constituyentes, entonces, no habían dedicado la debida atención a dichos asuntos, al intentar solamente una Constitución provisional. A pesar de la necesidad teóricamente obvia de la mencionada regulación constitucional y legal, no parece probable una reforma del tipo descrito, por razones políticas.

En la práctica, el mismo TCF ha suavizado las consecuencias de la doctrina sobre la nulidad absoluta y retroactiva por una jurisprudencia flexible según las particularidades del caso concreto que debe resolverse. Un papel importante desempeña la llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*), que permite armonizar la norma cuestionada con los principios y disposiciones de la ley fundamental, y que por las evidentes ventajas que implica se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de anulación. Este procedimiento de la interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la ley fundamental, puede describirse como la declaración de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones, o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la Constitución. Tanto los tribunales como las autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo del acuerdo con el criterio interpretativo del TCF, el cual orienta el organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad. El Tribunal llama la atención del Parlamento para que subsane las omisiones en que hubiesen incurrido o tome las medidas legislativas necesarias.

## 5. La reserva judicial

El TCF no sigue a la doctrina de la cuestión política y principalmente reclama la competencia de averiguar todos los asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial (*judicial self-restraint*) —aunque en cierto sentido vinculada con la otra doctrina—, en cambio, está adoptada generalmente; pero, en realidad, no era un obstáculo eficaz en contra de resoluciones judiciales que se podrían considerar intervenciones del TCF en la esfera del legislador, como tampoco

en los Estados Unidos la decisión de que se trata de una cuestión política.

Decretar la abstención por parte de los jueces en tales cuestiones, sería un gran renunciamiento a su función específica, en perjuicio, precisamente, de la política, campo que se pretende preservar con la abstención judicial.

Hasta ahora el TCF ha resistido la tentación de ensayar él mismo un catálogo de las tareas estatales que definen el bien común; pero, desde el comienzo, se ha apartado del manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como mera realización de libertades puntuales de acción y les ha otorgado el rango de un sistema de objeciones del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, se ha prescindido de avanzar en una clasificación profunda de las funciones del Estado. La jurisprudencia corresponde más bien a la imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales del Estado. La publicidad es un elemento esencial de tal sociedad abierta, porque posibilita *el control mediante la transparencia*. La eficacia de este instrumento depende de la medida en que logre hacer comprensible la situación de decisión. Como un obstáculo para esta comprensión, se presenta ante todo el carácter puntual de la situación de decisión, pues una decisión sobre preferencias supone necesariamente alternativas de acción. Existe una estrecha vinculación funcional entre la eficacia de los controles y los esfuerzos por una más fuerte “racionalización” de los procesos de decisión pública.<sup>34</sup>

## 6. Funcionamiento y potencia del Tribunal Constitucional de la Federación

El TCF se compone de jueces federales y otros miembros, como dice el artículo 94 de la ley fundamental. Los constituyentes confiaron la reglamentación de todos los detalles a la ley orgánica. El Tribunal está integrado por dos salas (*Senate*): cada una de ellas cuenta con ocho miembros; antes de la reforma de 1956 fueron doce en cada sala. En la actualidad, tres magistrados, en cada sala, son electos entre los jueces de las Supremas Cortes Federales. También los demás jueces deben haber cumplido su carrera jurídica; su periodo de función dura doce años; la

<sup>34</sup> Cfr., Schreckenberger, *loc. cit. supra* nota 26, p. 354, sin hacer referencia a Kelsen y Getzewitsch, cuya idea de la “racionazación del poder” tenía repercusiones grandes en Austria y en el mundo hispánico, pero apenas en Alemania.

reelección está prohibida. Todos los jueces deben tener más de 40 años y se les prohíbe ejercer otra profesión que la de un catedrático de derecho en una universidad alemana.

Mientras el Consejo Federal elige a los jueces constitucionales que le corresponden, en votación directa, en la Cámara de Diputados rige un sistema indirecto de una comisión de doce electores. Las elecciones en ambos gremios requieren mayoría de dos tercios. El presidente y el vicepresidente son electos de manera alterna por la Cámara de Diputados y el Consejo Federal.

Las dos salas, en cierto modo, son autónomas en el sentido de que además de poseer competencias específicas, los miembros de una no pueden ser trasladados a la otra. Por eso se ha hablado de *tribunales gemelos*, ya que sólo en contadas ocasiones se reúnen en sesión plenaria para resolver la tesis que debe prevalecer, cuando una de las salas pretenda apartarse en determinados asuntos de los criterios sostenidos por la otra.

Puesto que no se había previsto la *interposición de tantos recursos constitucionales*, fue inevitable introducir un procedimiento previo de admisión de los mismos, a cargo de comisiones integradas por magistrados del propio tribunal con la facultad de desestimar aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los demandantes. Las reformas de la ley orgánica de 1956, 1963, 1970 y 1985 se dedicaron a estos problemas.

El procedimiento previo que había sido objeto de discusiones controvertidas, se elevó al rango de disposición constitucional, al adicionarse por una reforma de 1969 el inciso 2 del artículo 94 de la ley fundamental, en el sentido de que la ley orgánica puede exigir como condición previa el agotamiento de las vías judiciales ordinarias y establece un procedimiento especial de admisión, requisitos que ya se habían establecido antes por la ley.

Por el creciente número de los recursos constitucionales en el año 1985 se introdujo una tarifa penal de 1000 marcos, que puede ser impuesta al reclamante en el caso del abuso del derecho. A pesar de todo, no se puede esperar una exoneración eficaz del TCF, que sigue estando cargado por procesos sobre muchos asuntos políticos muy delicados.

Al tomar en cuenta que la elección de los jueces constitucionales primordialmente es la obra de los *partidos políticos* entre los cuales se suelen distribuir ciertos curules judiciales desde muchos años, se podría asumir que los partidos también tengan influencia decisiva en la jurisdicción constitucional. Lo opuesto es cierto. Los mismos jueces destacan

muy enérgicamente que la política del partido no desempeñe papel alguno y que los mismos políticos, ni siquiera de una manera indirecta, ensayan influirlos.<sup>35</sup> Inclusive, investigaciones objetivas y detenidas de extranjeros, como la del prestigiado conocedor de la justicia constitucional Donald Kommers, llegaron a la conclusión de que la influencia de los partidos no entre en cuenta.<sup>36</sup> Otro observador americano constató que se forman lealtades dentro de una sala que poco tienen que ver con ser miembro o seguidor de un partido determinado.<sup>37</sup> Tal imparcialidad parece menos asombrosa cuando se considera que se trata de decisiones de un colegio, en donde tendencias de política de partido en la mayoría de los casos no pueden conseguirse, aunque naturalmente se pueden nombrar también algunas excepciones importantes, que, sin embargo, solamente confirman la regla.

Las sentencias del TCF que afectaron a los partidos políticos en su conjunto, casi siempre resultaron desfavorables para ellos. Atención primordial merece la jurisprudencia sobre el *financiamiento de los partidos políticos* desde 1958 hasta la actualidad; en esta materia, el TCF ha prescrito siempre nuevas codificaciones que todavía no son completas, puesto que también su sentencia de 1986 ha reclamado contra una regulación de la ley vigente.

El TCF tiene, sin lugar a dudas, la tarea importante de proteger a los partidos pequeños contra los partidos establecidos y fomentar la fundación de nuevos partidos. Con toda razón toma muy en serio esta función, que, sin embargo, no puede consistir en regular cuestiones especiales de una manera demasiado detallada. La regulación vigente antes del año de 1958, según la cual una donación para un partido político disminuyó la suma que debe ser tributada, cuando no exceda el 10 por ciento de los

<sup>35</sup> Así, Christine Landfried, *loc. cit. supra* nota 11, pp. 15 y ss., donde se cita al juez constitucional Mahrenholz quien declaró en una entrevista que nunca les haya alcanzado una llamada, una carta o una insinuación delicada por mediadores, para buscar un resultado jurídico que fuera acaso bastante útil para su partido.

<sup>36</sup> Kommers, Donald, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, London, 1976, p. 155.

<sup>37</sup> Cole, Taylor, "Three Constitutional Courts: A Comparison", en Apter, David y Harry Eckstein (compiladores), *Comparative Politics*, 6<sup>a</sup> ed., Nueva York, London, 1968, p. 166. En el mismo sentido subraya Bryde, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung. Stagilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, p. 181, que las votaciones de los jueces que desde la publicación de opiniones discrepantes en 1970 no siguen siendo más un secreto, no se dirigen a las actitudes de los partidos que habían nombrado al juez en cuestión. Landfried, *loc. cit. supra* nota 11, pp. 16 y ss.; menciona, sin embargo, también algunos casos en los cuales la política de los partidos ha influido a las sentencias según su opinión.

ingresos, fue impugnada por el gobierno de la entidad federativa de Hesse en un procedimiento del control abstracto de normas y anulada por el TCF. Fue consecuencia natural que en la posterioridad se disminuyeron esencialmente las donaciones para los partidos, sin las cuales no podrían cumplir sus funciones; de ahí que el Parlamento otorgara recursos públicos a los partidos políticos, estando convencido de que se seguían las intenciones del TCF. Pero el gobierno de Hesse otra vez impugnó la ley sobre el financiamiento de los partidos políticos. El juez constitucional Gerhard Leibholz, constitucionalista internacionalmente renombrado, fue acusado de sospechoso por un discurso en el Congreso de los maestros del derecho político en 1965, en el cual había recomendado un financiamiento oficial de los partidos según la ley.<sup>38</sup> Por la exclusión de Leibholz, se cambió la mayoría en la sala segunda del TCF en el sentido de que será anticonstitucional el financiamiento de las actividades políticas por la hacienda pública, abandonando de esta manera silenciosamente una de las pocas sentencias del pleno del TCF, según la cual los partidos se equipararon a órganos del Estado por cooperar a la formación de la voluntad política del pueblo, de acuerdo con el artículo 21 de la ley fundamental. Exclusivamente los gastos de las campañas electorales adecuadas serán desembolsados según una ley que respetará los principios de la libertad de partidos y de la igualdad de oportunidades de los partidos.

Los diputados, al discutir la nueva ley que corresponda a los postulados del más alto tribunal, deploran que sus manos estén atadas por el fallo constitucional. Ellos hubiesen preferido el camino opuesto en el sentido de que los mismos partidos financien sus campañas electorales, porque entonces los miembros prestarían donaciones adicionales, mientras que se necesitarían recursos públicos para posibilitar los negocios permanentes, siendo funciones públicas según la Constitución. El Parlamento, después de haber superado los temores de una nueva anulación por el TCF, despidió con gran mayoría una ley que proveyó un favor tributario para donaciones a los partidos hasta la suma de 600 marcos y una compensación de los gastos de campañas electorales de aquellos partidos, que alcancen *por lo menos el 2.5 por ciento de los votos*, como está establecido, por ejemplo, en Suecia. El TCF, en cambio, decretó que también los partidos con *más del medio por ciento* de votos tendrán derecho a subsidios públicos. Cuando otro gobierno estatal, el de Baja Sajonia, trató de conseguir una sentencia más favorable para las cajas vacías de los

<sup>38</sup> Landfried, *loc. cit.*, p. 103.

partidos, el TCF adoptó más o menos la *doctrina de la cuestión política*, antes siempre verbalmente rechazada, y dejó la decisión a la potestad decrecional del legislador.<sup>39</sup>

La ley vigente de 1984 sobre el financiamiento de los partidos políticos, confirmado en su núcleo por una sentencia del TCF de 1986, favorece a los partidos de una manera semejante como a las asociaciones de beneficio común. Antes de dicha ley, las donaciones fueron entregadas a organizaciones ficticiamente de beneficio común, por ejemplo, en el campo de la enseñanza pública; en realidad, fueron nada más que cajas indirectas de los partidos. Por la incertidumbre legal, entretanto hubo una serie de procesos penales que en muchos casos llevaron consigo una condenación de donadores y políticos. La víctima más prominente de dichos procesos penales fue el exministro federal de Economía, el conde Lambsdorff, acusado por haber aceptado donaciones para su partido, los liberales, las cuales no habían sido tributadas regularmente.

## 7. *El futuro de la justicia constitucional*

En la República Federal de Alemania el TCF sigue gozando de la más alta autoridad, aunque, desde luego, también existen algunas voces escépticas importantes. Parece significativo que no solamente en discusiones jurídicas en sentido estricto, sino también en debates políticos, inclusive con la elaboración de leyes, siempre de nuevo se refiere a la jurisprudencia constitucional para fundar sus propias sugerencias y para refutar las opiniones de los adversarios. Se ha hablado de una “astrología sobre Karlsruhe” para caracterizar la actitud típica de adivinar las sentencias posibles del TCF.

Las funciones del TCF, sin embargo, no se deben juzgar meramente bajo puntos de vista únicamente discutidos. Su sistema valorativo, abierto a nuevas ideas de la sociedad, que ha creado *criterios para proteger las decisiones cruciales de la ley fundamental*, representa una garantía de que no se repita el destino de la República de Weimar, cuya Constitución contenía principios articulados de una manera impresionante; pero no dispuso de *procedimientos eficaces para proteger los derechos humanos* en contra de un barbarismo que nadie había podido imaginarse en el siglo xx. Teniendo en memoria estos fundamentos de una cooperación democrática, no parece necesario citar “las sombras de Weimar” cada día.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 107.

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

En el contexto del derecho constitucional comparado debe destacarse que la justicia constitucional sólo puede funcionar eficazmente cuando se consideran su legitimación y sus límites, respecto a los cuales el sistema alemán enseña criterios en sentido tanto positivo como negativo. El *Tribunal Constitucional de España* es un ejemplo más reciente de cómo se puede apoyar en las experiencias de otros países, como Australia, Italia, México y también Alemania, para desarrollar un modelo propio, que se ha caracterizado como el más avanzado del mundo.<sup>40</sup>

Algunas sugerencias para reformar el régimen de la justicia constitucional alemán pueden ser útiles tal vez para otros países que están introduciendo una justicia constitucional, mientras que en la misma República Federal de Alemania apenas tienen oportunidad de realizarse. En investigaciones más recientes se ha referido a Alexis de Tocqueville, que, sin lugar a duda, fue el protagonista clásico de la justicia constitucional, para fundar la *abolición del control abstracto de normas*, puesto que en muchos casos lleva consigo una mera continuación de las controversias políticas, sin fomentar consenso común sobre el asunto controvertido.<sup>41</sup> Cuando las dos partes esperan que el TCF confirme su convicción, no se busca un compromiso posible. Otras sugerencias se refieren a los efectos obligatorios de los fallos constitucionales que son menos variables que una ley. Parece difícil encontrar una solución para limitar los efectos de una sentencia del TCF.<sup>42</sup> Parece preferible el *sistema austriaco* en el sentido de que los fallos constitucionales no tienen vigencias retroactivas, sino *meramente para el futuro*.<sup>43</sup>

El *proceso del diálogo y compromiso*, mediante el cual se realiza la vida constitucional, primordialmente debe tener lugar en el Parlamento. Al considerar la primacía del Parlamento, países democráticos importantes como Gran Bretaña —aparte de ciertas posibilidades de revisar una ley antes de su promulgación— y Francia, el principio de la revisión judicial de leyes después de su promulgación no se acepta. En Alemania,

<sup>40</sup> Sommermann, Karl-Peter, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Berlin, 1984, especialmente p. 349 de acuerdo con el austriaco Herbert Schambeck.

<sup>41</sup> Landfried, *loc. cit.*, pp. 175 y ss., refiriéndose a los Estados Unidos de América, y Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, p. 171, quien previno que el juez sea el campeón o el adversario de un partido.

<sup>42</sup> Se ha propuesto restringir los efectos de una sentencia judicial a un periodo legislativo; pero éste sería demasiado esquemático, como opina también Landfried, *loc. cit.*, p. 174, que de su parte somete también la sugerencia de establecer un servicio científico con el TCF (actualmente cada juez tiene a uno o dos ayudantes).

<sup>43</sup> Esta sugerencia ha sido fundada un poco más detenidamente en mi aportación al *Libro de homenaje para Héctor Fix-Zamudio*. Cfr., también *supra* VI. 4 y nota 23.

sin embargo, como también en otros países, el monopolio del Parlamento de decidir por sí solo sobre las cuestiones constitucionales fundamentales fue puesto en duda por razones históricas entendibles.

La justicia constitucional tiene la función crucial de velar sobre la cultura cívica, fundándose en un *consenso básico* de la comunidad y en los derechos fundamentales. De ahí que crece el número de países en todo el mundo, especialmente en Iberoamérica, que atribuyen la defensa de la Constitución a los tribunales.