

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y SEPARACION DE PODERES

HANS-PETER SCHNEIDER

Traducción: JOAQUIN ABELLAN

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. Función de la jurisdicción constitucional. 2. Límites de la jurisdicción constitucional. 3. Consideración jurídico-funcional. II. CRITERIOS DE CONTROL: 1. Control de contenido. 2. Control de la apreciación efectuada por el legislador. 3. Control de evidencia.—III. DENSIDAD DEL CONTROL: 1. Control del comportamiento. 2. Control del procedimiento. 3. Control del resultado.—IV. MODELOS DE ARGUMENTACIÓN: 1. Autolimitación judicial. 2. Libertad de configuración. 3. Discrecionalidad del Gobierno. 4. Interpretación del derecho ordinario.—V. VARIANTES DE SENTENCIAS: 1. Legislativo. 2. Gobierno. 3. Poder judicial.—VI. CONCLUSIÓN.

Un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán muestra que con el mismo criterio de control se utilizan distintos métodos y modelos de argumentación, según cual sea el objeto de aquél (ley, disposición del Gobierno/Administración, sentencia de los Tribunales), para adecuarse, de una parte, a las funciones de la jurisdicción constitucional y, de otra, a las características de cada función estatal (legislativa, ejecutiva, jurisdiccional). Se intenta conseguir determinadas reglas de decisión, generalizando a partir de motivaciones diferenciadas según funciones. Estas reglas pueden contribuir a solventar con carácter sistemático el problema de la autolimitación judicial.

Desde hace tiempo resulta familiar a la ciencia el reconocimiento de que el problema de la separación de poderes se plantea de una nueva manera con la existencia de una jurisdicción constitucional, a la que están atribuidas las funciones del control abstracto de las normas, así como la decisión sobre conflictos de competencia entre órga-

nos y sobre recursos contra leyes o resoluciones judiciales (1). Pero, sin embargo, hasta ahora se ha descuidado el extraer las consecuencias de todo ello y concretar el principio de la «autolimitación judicial»; principio que encubre más que ilumina la relación de la jurisdicción constitucional con otros órganos del Estado. Tampoco se ha hecho una diferenciación jurídico-funcional ni se ha desarrollado un sistema (abierto) de las reglas de decisión y de los modelos argumentales del Tribunal Constitucional (2). Los magistrados del Tribunal Constitucional han manifestado desde hace años esta carencia y, en relación con el legislativo, declararon, ya en 1975: «La elaboración de un instrumental adecuado que respete la libertad de configuración del legislador será posiblemente una de las tareas principales de la jurisprudencia en las próximas décadas» (3).

La ciencia del derecho constitucional tenía que participar también en «esta búsqueda de instrumentos de control adecuados a su función» (4), después de que el Tribunal Constitucional hubiese dictado varias sentencias que ya permiten una determinación más precisa de sus funciones y de sus límites respecto a otros órganos estatales. La intención del presente trabajo es analizar este material, agruparlo bajo conceptos más comprensivos y aventurar los primeros elementos de una sistematización provisional.

I. PLANTEAMIENTO

1. *Función de la jurisdicción constitucional*

En el Informe de 1952 del Tribunal Constitucional Federal se calificaba a sí mismo de «supremo guardián de la Constitución» y, al mismo tiempo, de «un órgano constitucional provisto de la máxima autoridad», «igual» a los otros órganos federales (5). Esta autocalificación,

(1) K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a edición, Karlsruhe, 1980, pp. 226 y ss. P. HÄBERLE: «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, editado por P. Häberle, Darmstadt, 1976, pp. 1 y ss. *Vid.*, además, R. DOLZER: *Die staatsrechtliche und verfassungsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1972.

(2) Al respecto *vid.* G. F. SCHUPPERT: *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Frankfurt am Main, 1980, así como J. IPSEN: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980.

(3) BVerfGE 39, 1 (72), en el voto particular de los jueces RUPP-V. BRUENNECK y SIMON.

(4) Así SCHUPPERT (*vid.* nota 2), p. 38.

(5) «Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts», en *JöR*, 6 (1957), pp. 144 y ss.

si bien no ha sido aceptada pacíficamente (6), ha podido imponerse ampliamente (7). Se plantea así inmediatamente la pregunta—no contestada suficientemente por el Informe—en torno a la relación del Tribunal con los otros órganos estatales, cuyas decisiones tiene aquél que controlar en lo que respecta a su constitucionalidad. A esta pregunta se le han encontrado, desde entonces, varias respuestas, más o menos satisfactorias.

Si se piensa en la «esencia» de la jurisdicción constitucional, se puede, por una parte, relacionarla con el Poder Judicial y hablar positivamente de *Rechtswegestaat* (8) o críticamente de «Estado Judicial» (9). Por otra parte, se puede considerarla como «órgano constitucional» especial y destacar entonces o sus métodos jurisdiccionales de trabajo (10) o bien sus modos operativos políticos (11). Si, por el contrario, se fija uno en las «funciones» de la jurisdicción constitucional, entonces debe colocarse su centro de gravedad específico en la protección de los derechos individuales (12) o en el control de las leyes (13) o, incluso, en la garantía y perfeccionamiento de la Constitución en su conjunto (14). Si, por último, se acentúan los aspectos

(6) Un punto de vista crítico en R. THOMA: «Rechtsgutachten betr. die Stellung des Bundesverfassungsgerichts», vom 3. Juni 1953, en *JöR*, 6 (1957), pp. 161 y ss. (reimpresión en HAEBERLE, citado en nota 1, p. 254).

(7) En especial para el proceso de control abstracto de normas se reivindica en la jurisprudencia constitucional la misión de «Guardián de la Constitución» desde la sentencia del Tribunal Constitucional Federal 1, 184 (195). Sobre esto vid. K. HESSE, citado en nota 1, pp. 269 y ss.

(8) H. JAHREISS: «Demokratischer Rechtsstaat und Rechtsprechung», en *Mensch und Staat*, Berlin, 1957, p. 126.

(9) E. FORSTHOFF: «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en *Festschrift für C. Schmitt*, Berlin, 1959, pp. 35 y ss.; del mismo autor: «Die Bindung an Gesetz und Recht (art. 20, abs. 3 GG) - Strukturanalytische Bemerkungen zum Uebergang von Rechtsstaat zum Uustizstaat», en *DöV*, 1959, pp. 41 y ss.

(10) Vid. fundamentalmente E. FRIESENHAHN: «Ueber Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen», en *Festschrift für R. Thoma*, 1950, pp. 27 y ss.; del mismo autor: «Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *ZSR NF*, 73 (1954), pp. 129 y ss.

(11) H. LAUFER: *Verfassungsgerichtsbarkeit als politischer Prozess*, Tübingen, 1968; O. MASSING: «Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle», en *PVS*, 1971 (Sonderheft 2), pp. 180 y ss.

(12) F. OSSENBUEHL: «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *NJW*, 1976, 2100 (2107): El Tribunal Constitucional Federal se considera «en primer lugar como "Guardián de los Derechos Fundamentales"».

(13) Así, H. KELSEN: «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, 5 (1929), pp. 30 y ss.

(14) Vid. BVerfGE 6, 222 (240); un punto de vista crítico en H. EHMKE: «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL*, 20 (1963), pp. 53 y ss. Para

institucionales de la jurisdicción constitucional, aparece entonces como «cuarto Poder» para unos (15) o como «cuarta instancia» para otros (16). Y según la posición que se adopte en este espectro de opiniones, así se situará a la jurisdicción constitucional por encima, por debajo o al mismo nivel que los otros órganos estatales.

2. *Limites de la jurisdicción constitucional*

a) Si las controversias sobre la situación de la jurisdicción constitucional en el esquema de las funciones del Estado (17) tuvieran predominantemente carácter académico, no se obtendrían conclusiones muy precisas sobre los límites de los controles legítimos del Tribunal, y sus transgresiones se le reprocharían en cada caso concreto según la posición adoptada. A pesar del reconocimiento del hecho de que aquí se decide sobre la constitucionalidad de las actuaciones de otros órganos estatales en un proceso judicial resolutorio y vinculante, el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo. Desistir de este intento, sin embargo, equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al Tribunal un flaco servicio, mientras éste se yergue calladamente en «amo de la Constitución» (18), porque su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites.

b) Si desde el punto de vista de la eficiencia es necesario buscar el grado óptimo de eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional, sus límites no pueden lograrse, entonces, desde la diferenciación entre Derecho y Política, puesto que la jurisdicción constitucional es de por sí justicia política en el sentido de que tiene que enfrentarse con

una «conjunción» de todas las funciones *vid.* HAEBERLE, citado en nota 1, páginas 14 y ss.

(15) Así, M. DRAHT: «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, 9 (1952), pp. 17 y ss. (98): «Organos de gobierno especiales»; en una dirección similar tiende también W. GEIGER («Einige Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *DöV*, 1952, p. 481) al hablar de la «supremacía del Tribunal Constitucional Federal».

(16) R. MARCIC: «Die Deutung der Natur des Verfassungsgerichts», en *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 267 (*Superrevisionsinstanz*).

(17) Al respecto, recientemente, W. HALLER: «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *DöV*, 1980, pp. 465 y ss.

(18) *Vid.* W. HÖLTFORT: «Bundesverfassungsgericht: Vom Hüter zum Herrn der Verfassung?», en *Vorgänge*, 37 (1979), pp. 64 y ss.

un objeto político (derecho constitucional como derecho «político» (19)), que sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios (vinculación de los órganos políticos). Tanto menor es la posibilidad de una limitación desde el punto de vista de la «justiciabilidad», pues el derecho constitucional es justiciable no sólo en su conjunto, a pesar de su amplitud y apertura (20), sino que además el Tribunal Constitucional Federal tiene que fallar, dentro de sus competencias, sobre la violación de la Constitución en el caso concreto que se le presente y no puede huir con un *non liquet*, pretextando una falta de justiciabilidad. Por esto no se puede trasladar a la praxis judicial alemana la *political question doctrine*. Los límites de la jurisdicción constitucional no se pueden, por último, fijar desde la perspectiva del método jurídico, pues todos los otros órganos del Estado están vinculados a la Ley Fundamental en la misma manera que el Tribunal y, por ello, no sólo están legitimados, sino obligados a interpretar la Constitución según determinadas reglas de interpretación constitucional.

c) Conocimientos metodológicos más recientes han aportado, además, la idea, apenas puesta en duda todavía, de que entre interpretación y perfeccionamiento del derecho, entre aplicación y creación del derecho, no existen diferencias de principio, sino una comunicación fluida (21). Sigue siendo válido el principio de que los límites de la jurisdicción constitucional son idénticos a los de la interpretación constitucional, esto es, a las posibilidades de dar una interpretación aceptable a una norma siguiendo determinadas reglas hermenéuticas (22). Esta limitación, sin embargo, no puede impedir, en cualquier caso, que un Tribunal Constitucional imponga a otros órganos estatales en casos concretos su entendimiento de la Constitución, como tampoco puede impedir que transforme la prerrogativa de la interpretación de la Constitución en un monopolio de hecho y que interfiera, desconociendo sus propias funciones, en las competencias de otros órganos. Para aproximarse, al menos en la práctica, a este problema, irresoluble con el instrumental de la metodología, se ha llegado a un acuerdo bási-

(19) H. TRIEPEL: «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL*, 5 (1929), pp. 2 y ss. (8).

(20) Vid. H.-P. SCHNEIDER: «Die Verfassung. Aufgabe und Struktur», en *AöR*, 99 (1974), Beiheft 1, pp. 64 y ss. (77 y ss.)

(21) H.-P. SCHNEIDER: *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 24 y ss.; además, W. HALLER, citado en nota 17, pp. 465 y siguientes.

(22) Restrictivamente, HESSE, citado en nota 1, p. 229.

co sobre la cuestión, reclamándose, con aprobación general de los Tribunales Constitucionales, y en términos tan poco vinculantes como vacíos, contención, moderación y una autolimitación judicial, no imperativa e implícita, a sabiendas de que «este punto de vista no llega al auténtico fondo de la cuestión» (23).

3. *Consideración jurídico-funcional*

a) Si se observa con detenimiento, la problemática de la determinación de las funciones y límites de la actuación del Tribunal Constitucional dentro del esquema de las funciones del Estado tiene un aspecto material, institucional y funcional. En una perspectiva jurídico-material, la necesidad de una reactivación de la pretensión de eficacia de la decisión del Tribunal Constitucional se desprende de la amplitud, apertura y el carácter incompleto del Derecho constitucional mismo, cuya interpretación por otros órganos estatales, por lo general, no va más allá de las posibilidades brindadas por el análisis de los textos. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal tiene que decidir con carácter de vinculación última, pero no con carácter de última instancia. Además, condicionantes de carácter institucional (atribuciones, requisitos de la acción, modos de trabajo) obligan a una *reducción* del alcance de la decisión del Tribunal, que sólo puede producirse con carácter puntual, referida a casos individuales, de conformidad con determinados tipos de acción y en virtud de un planteamiento concreto. Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal tienen, por ello, precisamente validez general, pero no son omnicomprensivas. Por último, existen condicionamientos funcionales (procedimiento, organización, adquisición de información, tratamiento del problema, hallazgo de la decisión, legitimación) que conducen a *reservar* las formas de la decisión a un órgano sentenciador que, por su estructura y composición, no puede solucionar objetivamente determinados problemas de la comunidad política, por lo que tiene que reconocer al legislador o al Gobierno inevitablemente márgenes de actuación. Por ello, las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal pueden preformar la voluntad estatal en otros órganos, pero no sustituirla.

b) Han triunfado ya ampliamente los numerosos esfuerzos de la década pasada por extraer la función y límites del poder jurisdiccio-

(23) Así, U. SCHEUNER: «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», en *DöV*, 1980, pp. 473 y ss.

nal, en general (24), y de la jurisdicción constitucional, en concreto (25), a partir de una interpretación jurídico-funcional (26), poniendo «sobre pies jurídico-constitucionales la reciente discusión sobre el método, invirtiendo así su cabeza hermenéutica» (27 y 28). Este método funcional todavía no ha logrado demostrar convincentemente que no sólo es útil para el análisis a posteriori de la «corrección funcional» de las sentencias ya dictadas, sino también, al mismo tiempo, para el establecimiento de criterios vinculantes para una decisión judicial funcionalmente justa (29). En cualquier caso es presupuesto necesario realizar un cuidadoso análisis de la jurisprudencia para determinar qué argumentos funcionales emplean los propios Tribunales para la fundamentación o limitación de las facultades de decisión. Un tipo de canon metodológico jurídico-funcional para la valoración de pronósticos está contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la cogestión; en donde expresamente se distingue entre control del contenido, control de los presupuestos de la apreciación y control de evidencia (30), sin indicar, por supuesto, en qué casos o con qué normas constitucionales debe ser aplicado en el futuro uno u otro criterio. Si se generalizan las reflexiones allí formuladas para el problema del pronóstico y se las contempla bajo aspectos funcionales como «distribución» del «poder de interpretación» constitucional, aparece un esquema diferenciado de varios criterios de control, con cuya ayuda se puede tomar en consideración la peculiaridad de la función específica de cada uno de los órganos estatales controlados.

(24) Vid. fundamentalmente J. IPSEN: *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975; además, H.-P. SCHNEIDER: «Die Gesetzmässigkeit der Rechtsprechung», en *DöV*, 1975, pp. 443 y ss.

(25) Vid. G. F. SCHUPPERT, citado en nota 2, pp. 15 y ss.

(26) Al respecto vid. como conjunto E. W. BOECKENFOERDE: «Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandaufnahme und Kritik», en *NJW*, 1976, páginas 2089 y ss. (2089).

(27) Así, H.-P. SCHNEIDER, citado en nota 24, p. 452.

(28) Al respecto se expresa detenidamente G. ZIMMER: *Funktion - Kompetenz - Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979, páginas 88 y ss.

(29) Esto lo intenta por primera vez J. IPSEN (citado en nota 2), quien desarrolla, partiendo directamente de la jurisprudencia, los rasgos fundamentales de una dogmática de los efectos jurídicos de las normas y actos anticonstitucionales» (pp. 209 y ss.).

(30) Vid. BVerfGE 50, 290 (333), donde se pueden encontrar otras referencias adicionales.

II. CRITERIOS DE CONTROL

1. *Control de contenido*

a) El poder de interpretación del Tribunal Constitucional Federal alcanza su máxima extensión en el *control de contenido*, con la consecuencia de que aquí se reducen al máximo los márgenes políticos de actuación y decisión de otros órganos estatales. Por «control de contenido» hay que entender el examen global de las decisiones de los poderes públicos sobre la base de su conformidad objetiva con las normas de la Ley Fundamental y desde el punto de vista de su corrección material. Al analizar las sentencias del Tribunal Constitucional Federal se tiene la impresión de que se prefiere el control de contenido cuando están en un primer plano cuestiones de protección de los derechos individuales y cuando ésta es solicitada en el campo de la libertad personal (libertad de movimiento, vida, integridad física), de las necesidades básicas (alimentación, vestido, vivienda) o de las posibilidades de desarrollo personal (acceso a las profesiones, elección de centros de enseñanza) (31).

b) El propio principio de proporcionalidad formulado con carácter regular en este contexto permite, en cualquier caso, ciertas matizaciones, al menos cuando se tiene en cuenta la «intensidad» o «gravedad» de la infracción y cuando se hace depender el control de contenido de infracciones constitucionales graves, que el ciudadano no tiene por qué tolerar «bajo ninguna circunstancia» (32). Se produce también un control de contenido generalmente con las sentencias de los Tribunales (especialmente en materia de libertad de expresión) en la medida en que se trate de interpretar cuestiones de «Derecho constitucional específico» (33). El control de contenido es especialmente intenso en el ámbito de los derechos fundamentales protegidos sin ningún tipo de reserva (libertad de conciencia, derecho a la producción y creación científica y artística), en cuanto que el Tribunal no se guía en estos casos por reglas propias, sino que adopta criterios ajenos para tomar en consideración lo más ampliamente posible la libertad individual en estos sectores.

(31) De forma similar, BVerfGE 50, 290 (333), donde se justifica expresamente que se prescinde del control de contenido con el argumento de que «los bienes jurídicos, como el de la vida o el de la libertad de la persona, no están en juego».

(32) BVerfGE 35, 202 (226 y ss.); 42, 143 (148 y ss.); 43, 130 (136); 49, 382 (400).

(33) Al respecto *vid.* G. F. SCHUPPERT: «Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *AöR*, 103 (1978), pp. 43 y ss.

2. Control de la apreciación efectuada por el legislador (Vertretbarkeitskontrolle)

a) Con este tipo de control se limita mucho menos la libertad de decisión de los otros órganos estatales. Este criterio exige solamente que la instancia controlada se haya conducido por una ponderación de los elementos de juicio disponibles que sea objetiva y «defendible», esto es: que pueda ser reconstruida de modo concreto por el Tribunal Constitucional. Debe haber agotado todas las fuentes de conocimiento que le fuesen accesibles para poder apreciar con la máxima seguridad posible los efectos probables de una determinada medida y evitar así una infracción del Derecho constitucional. Según el Tribunal Constitucional, se trata aquí «más bien de requisitos del procedimiento» (34). Este control puede convertirse en un control de contenido si, por no producirse los efectos esperados o previstos, surgiera una situación anticonstitucional que generara un deber de rectificación por parte del órgano controlado.

b) El Tribunal Constitucional Federal parece limitar el control de apreciación a aquellos supuestos en que se trata de la apreciación de situaciones y regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico o fiscal, para los que el Tribunal no es más competente que otras instancias (por ejemplo, el Legislativo), o cuando, en relación a su limitada capacidad para tratar la información, otros procedimientos, como el parlamentario, ofrecen la garantía de una proximidad mayor a la realidad o la posibilidad de un análisis objetivo más profundo. El criterio de la apreciación refleja la idea, enraizada en el principio de la división de poderes, de que ningún órgano puede asumir ninguna función que no se corresponda con su estructura, formulando de esta manera la presunción de «corrección institucional». No obstante, esta idea encierra al mismo tiempo el peligro de que el Tribunal Constitucional imponga a otros órganos estatales otras obligaciones complementarias de atención (como sería la observación permanente de los efectos de una ley), con lo que, en último término, los vincula de modo más intenso y duradero de lo que haría el control de contenido, que se realiza en una sola vez.

(34) BVerfGE 50, p. 290 (334).

3. Control de evidencia

a) La mayor libertad de movimientos de los órganos estatales se da allí donde el Tribunal Constitucional Federal se limita a un mero *control de evidencia*. Este tipo de control debe asegurar el cumplimiento de los «límites extremos» del Derecho constitucional. Sólo cuando una disposición de los poderes públicos infringe la Constitución «a primera vista», «de modo reconocible para todo hombre», «abiertamente», «inequívocamente», «sin duda», es declarada anticonstitucional (35). En todos los demás casos, los órganos controlados pueden apelar a la presunción de «corrección funcional» a su favor. Sin embargo, dado que el Tribunal Constitucional tiene que comprobar en principio toda violación de la Constitución—incluso las ocultas o indirectas—, la reducción al control de evidencia podría encontrarse con un reparo insalvable en la medida en que ello supondría forzar al Tribunal a un cumplimiento insuficiente de sus funciones en el caso de que la Constitución contuviese criterios más inequívocos. Por esto, el control de evidencia sólo puede aplicarse a los casos en los que la Constitución misma presenta un grado suficiente de indeterminación, como, por ejemplo, en la interpretación de la cláusula de la reunificación (36), del principio universal de la igualdad como «interdicción de la arbitrariedad» (37) o de los principios generales de la Constitución.

b) Cuando, por ejemplo, en el marco del control de la proporcionalidad se pone en duda la necesidad de ciertas medidas porque en los círculos especializados se están discutiendo otras posibilidades, el Tribunal Constitucional puede limitarse a examinar si las alternativas «podrían lograr el fin deseado de modo más simple y eficaz y limitando sensiblemente menos los derechos fundamentales». El resultado de este examen debe ser, en efecto, tan «inequívoco» que «un Tribunal tendría que estar en situación de decir que el legislador debería adoptar esta vía en vez de la elegida por él» (38). El ejemplo muestra cómo se utiliza el control de evidencia para compensar mediante el agravamiento de los requisitos planteados a la constatación del ca-

(35) BVerfGE 23, 12 (25); 27, 111 (128); 29, 327 (335); 53, 386 (292); «límites máximos». Respecto a la «evidencia» vid. BVerfGE 11, 283 (293); 12, 326 (333); 15, 313 (320); 18, 121 (124); 36, 1 (17); 37, 1 (20); 40, 109 (118); 196 (223); 41, 289 (291).

(36) BVerfGE 36, 1 (17).

(37) Desde el BVerfGE 1, 14 (52), reiterada jurisprudencia.

(38) BVerfGE 40, 196 (223).

rácter mismo de la violación constitucional una carencia, connatural de la estructura de los órganos judiciales, de conocimientos especializados y/o de legitimación democrática. Por debajo de este umbral, el Tribunal acepta las decisiones de otros órganos, en especial del legislador. Esta situación permite concluir que en las resoluciones del Tribunal Constitucional se da—posiblemente incluso con el mismo criterio de control—una modulación de la densidad del control, que depende, en cada caso, del objeto controlado (ley, resolución administrativa, sentencias de los Tribunales). Por esta razón hay que distinguir, en cuanto al contenido objeto de fiscalización, el control del comportamiento, el del procedimiento y el del resultado.

III. DENSIDAD DEL CONTROL

1. Control del comportamiento

a) La actividad fiscalizadora del Tribunal Constitucional Federal puede extenderse, en primer lugar, al *comportamiento* de otros órganos estatales. Respecto a los actos del *Legislativo*, se plantea únicamente si las instancias interesadas han actuado correcta o incorrectamente; si, por lo tanto, sus hipótesis, pronósticos y expectativas fácticas se han valorado como firmes, si las consideraciones aducidas se han valorado como completas, si la situación objetiva se ha explicado suficientemente y si, por último, los hechos se han valorado acertadamente respecto a sus efectos.

Mientras que, de un lado, las incertidumbres insuperables pueden impedir la promulgación de una ley igual que los vicios en la correspondiente actuación del legislador pueden conducir a una ineficacia de la ley (39), de otro lado, la complejidad y la confusión de un sector normativo tienen como consecuencia, en determinadas circunstancias, que el Tribunal Constitucional Federal se abstenga de una declaración de nulidad de la ley, limitándose a dar unas directrices generales para la actuación futura del legislador (40). En ese sentido,

(39) Así, por ejemplo, cuando las consideraciones del legislador «tienen defectos tan visibles que no pueden ofrecer ningún fundamento racional para disposiciones legislativas» [BVerfGE 30, 292 (317), con referencia a BVerfGE 25, 1 (12, 17)] o cuando el legislador viola su deber de «elaboración posterior» *ibid.* BVerfGE, 49, 89 (130) y, de modo similar, BVerfGE 50, 290 (335): «obligación de corregir»].

(40) Un ejemplo recientísimo lo ofrece la «sentencia sobre gravación impositiva de las rentas» del Tribunal Constitucional del 26 de marzo de 1980, donde en las páginas 34 y siguientes se detallan qué vicios del legislador deben evitarse en una nueva regulación de la imposición según escalas de edad.

el control mediante sustitución en la apreciación subyace al control de actuación.

b) El control de la actuación del Gobierno se limita igualmente a la comprobación de infracciones flagrantes del ordenamiento constitucional. Si, por ejemplo, el Gobierno ha realizado una información pública sobre sus propios logros en el período preelectoral que resulta idónea por su forma y contenido para influir en la campaña electoral partidariamente, la calificación de propaganda electoral anti-constitucional se hace sobre la base de «una gravedad importante y notoria de la transgresión» (41) (criterio de evidencia). En asuntos de política exterior y en las cuestiones de las relaciones interalemanas, el Tribunal, según sus propias palabras, «no tiene que criticar ni manifestar su posición sobre las opiniones políticas». Es más bien responsabilidad del Gobierno decidir «con qué medios políticos y por qué vías quiere lograr la meta de la reunificación, reclamada jurídicamente por la Ley Fundamental» (42). Incluso si se trata de la obligación de proteger la vida humana en situaciones de emergencia, los órganos estatales tienen igualmente «que determinar en virtud de su propia responsabilidad qué medidas de protección resultan oportunas y necesarias para garantizar una protección eficaz de la vida» (43). En los dos últimos casos mencionados, el Gobierno dispone de una amplia libertad de movimientos porque el Tribunal Constitucional no ha aplicado aquí ni una sola vez el criterio de la evidencia.

c) Con semejante flexibilidad trata el Tribunal el control de la *jurisprudencia*. Frente al reproche de que un juez, desconociendo las reglas de interpretación, haya dejado de lado su vinculación a la ley y al derecho (art. 20, 3.º, de la Ley Fundamental), se atribuye al poder judicial expresamente la «facultad de crear derecho» y, consiguientemente, la formación de un derecho judicial corrector de la ley. El juez debería, en ese caso, «mantenerse libre de arbitrariedad» y servir de una «argumentación racional», con cuya ayuda tendría que dejar claro «que la ley escrita no cumple su función de solucionar justamente un problema jurídico» (44). Hay que preguntarse si el Tribunal Constitucional Federal, con todo el respeto a la independencia de los tribunales, no ha operado aquí con excesiva laxitud.

(41) BVerfGE 44, 125 (156).

(42) BVerfGE 36, 1 (18).

(43) BVerfGE 46, 160 (164 y ss.); en el preámbulo, el BVerfGE habla expresamente de «límites del control del Tribunal Constitucional».

(44) BVerfGE 34, 289 (287).

En todo caso, un poder de decisión de los jueces tan amplio es quizá aceptable en el Derecho civil, pero no se puede generalizar: cuando el Estado interviene en los derechos fundamentales, necesita una autorización legal clara, inequívoca y completa que no puede lograrse o completarse por la vía del «perfeccionamiento judicial del Derecho» (45). Además, el Tribunal Constitucional ha impuesto al juez en algunos casos un deber de intenso control (46). Prescindiendo de esto, el poder judicial tiene otorgada, no obstante, una libertad de conocimiento y de decisión que roza con la arbitrariedad.

d) De todo lo anterior resulta que el control del comportamiento de todos los poderes estatales en su conjunto muestra una *densidad muy reducida*. Sólo respecto al legislativo se puede concluir que siempre se aplica el control de apreciación. Para los actos del Gobierno vale en todo caso la regla de la evidencia; por lo demás —en las decisiones políticas concretamente— no se produce ninguna otra limitación de alcance considerable. La jurisprudencia es libre en la formación por propia cuenta del derecho judicial dentro de los límites que marcan la arbitrariedad y la racionalidad. Si se acoge esta reducida densidad del control del comportamiento como resultado funcionalmente «correcto» de una autolimitación plenamente lograda, llama la atención entonces que se apliquen reglas mucho más severas a la actuación del legislativo que a la del Gobierno o a la de los tribunales. El caso del legislativo puede estar condicionado, en parte, por la necesidad de concentrarse en el control dependibilidad a causa de la inutilidad del control de resultado (libertad de conformación), pero no explica suficientemente el trato privilegiado dado al Gobierno y al poder judicial.

2. Control del procedimiento

a) A diferencia de lo que sucede con el control del comportamiento, este control lo realiza el Tribunal Constitucional Federal de forma estricta. Esta afirmación vale, en primer lugar, para la legislación en cuanto que los vicios de procedimiento legislativo (por ejemplo, ausencia de aprobación por el Bundesrat) conducen por lo general a la nulidad de la ley, dependiendo sus efectos jurídicos de la variante de sentencia preferida por el Tribunal en el caso concreto (47). En todo

(45) BVerfGE 34, 293 (301 y ss.).

(46) Al respecto *vid.* SCHUPPERT, citado en nota 33, p. 66.

(47) *Vid.* más abajo apartado V, 1; además, IPSEN, citado en nota 2, pp. 95 y ss.

caso, se puede reconocer, en efecto, una cierta tendencia a evitar al máximo la comprobación de vicios de procedimiento en el *iter* legislativo o a aminorar su significación. A título de ejemplo: una renuncia del Bundesrat a la convocatoria de la Comisión Conjunta es entendida como aprobación de la ley (48) o un número reducido de diputados presentes en la votación final no es considerado como un vicio, porque siempre entra en juego una «presunción» a favor de una representación suficiente del pueblo (49). Prescindiendo de estos casos, es preciso un rígido control del procedimiento legislativo porque las normas que se han producido irregularmente infringen ya el artículo 2, 1.º, de la Ley Fundamental.

b) Con rasgos casi aún más tajantes se presenta el control del procedimiento en el ámbito del *Gobierno*. Aquí el control se extiende, en los contactos del Gobierno Federal con los Gobiernos de los Länder, incluso hasta el «estilo de las negociaciones» y al *procedere* al que sometidos según uno y otro al principio del «comportamiento en favor de la federación», precepto de un comportamiento amistoso (50). Sin que hasta el momento se hayan dictado sentencias especiales sobre el artículo 65 de la Ley Fundamental o sobre el Reglamento del Gobierno Federal, el Tribunal tiende en otros casos a obligar al Gobierno o a sus miembros a cumplir determinadas máximas de procedimiento, que pueden deducirse de un precepto de cooperación con otros órganos estatales; así, por ejemplo, la «obligación de comunicación y consulta» del ministro de Hacienda con la finalidad de controlar si la utilización de la competencia del artículo 112 de la Ley Fundamental (en caso de una necesidad imprevista e ineludible) puede evitarse por una oportuna aprobación legislativa de los medios financieros requeridos (51).

El Tribunal reacciona de manera particularmente sensible cuando existe el peligro de que pueda ser burlado por un procedimiento apresurado de las instancias políticas, colocándole ante hechos consumados. En estos casos, el deber de los órganos estatales de tenerse mutuamente en consideración se hace presente en la relación del Gobierno Federal con el Tribunal Constitucional Federal: éste «no puede ser pasado por alto por ningún tipo de consideraciones políticas» porque «el Tribunal Constitucional Federal no puede ser puesto en la situación de

(48) BVerfGE 8, 274 (296 y ss.).

(49) BVerfGE 44, 308 (320 y ss.).

(50) BVerfGE 12, 205 (257 y ss.): «Anticonstitucionalidad del procedimiento» (259).

(51) BVerfGE 45, 1 (32 y ss.).

no cumplir su función» (52). Dificilmente se podrá negar la justificación de esta exigencia de autolimitación política del Gobierno en todos los casos en que intente evitar o dificultar un control constitucional sobre sus disposiciones (53).

c) El control del procedimiento en el ámbito de las decisiones judiciales se ha intensificado considerablemente en los últimos años. La causa de esto puede estar, en parte, en la creciente y generalizada apertura a la dimensión procesal de la protección de los derechos fundamentales (54), pero se debe predominantemente a la casi desbordante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio del «fair trial» (juicio justo) (art. 103, 1.º, de la Ley Fundamental). Esta máxima procesal de rango constitucional conlleva el derecho del ciudadano a una limpia «dirección de las actuaciones procesales» por parte del juez (55), de la que puede resultar, por ejemplo, un aplazamiento de la fecha de la subasta forzosa por ausencia del deudor (56).

Estas consecuencias procesales se han deducido, no hace mucho, incluso directamente de la idea de la efectividad de la protección de los derechos fundamentales (art. 3.º, 14, de la Ley Fundamental). En muchos campos, el juez tiene ciertamente «en interés de un procedimiento adecuado a los objetos en cuestión del proceso márgenes de discrecionalidad y apreciación en lo que concierne a la dirección, impulso y conformación del proceso» (57). Esta libertad sería extralimitada si la dirección del proceso fuese «arbitraria», esto es, «si ya no pudiese entenderse razonablemente a la luz de los conceptos que dominan la Ley Fundamental, concluyéndose que descansaba en consideraciones extrañas al objeto». En opinión del Tribunal Constitucional, el derecho procesal debe producir resoluciones no sólo conformes con la ley, correctas, sino, además, justas (58). Por este motivo, los tribunales están obligados también a «procurar una eficacia real a la vigencia

(52) BVerfGE 35, 193 (199 y ss.).

(53) Sobre esto véase la controversia entre Helmut Schmidt y Ernst Benda sobre el problema de una obligación de autolimitación de todos los órganos del Estado, en un congreso de la Ev. Akademie de Tutzing, publicada por N. SCHREIBER (ed.): *Die Zukunft unserer Demokratie. Initiativen, Verantwortung, Gemeinsamkeit*, München, 1978, pp. 76 y ss., 125 y s.

(54) Vid. H.-P. SCHNEIDER: «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en J. PERELS (ed.): *Grundrechte als Fundament der Demokratie*, Frankfurt am Main, 1979, p. 30. Recientemente BVerfGE 49, 252 (257).

(55) BVerfGE 38, 105 (111); 40, 95 (99); 46, 325 (334 y ss.); 49, 220 (225); 51, 150 (156).

(56) BVerfGE 46, 325 (333 y ss.).

(57) BVerfGE 42, 64 (73).

(58) BVerfGE 46, 325 (333), con referencia a BVerfGE 42, 64 (73 y s.).

normativa de los derechos fundamentales en los respectivos procesos» (59). En principio, es preciso acoger con satisfacción un control tan amplio del procedimiento en los tribunales, pero éste puede generar también la consecuencia negativa de que el Tribunal Constitucional Federal haya de estatuir acerca de la justicia o injusticia de las decisiones de los tribunales ordinarios.

d) Si se comparan las distintas formas del control del procedimiento desde el punto de vista de la *densidad del control*, llama la atención que el legislativo y el Gobierno están sometidos a un control de sus formas de actuación considerablemente más estricto que la jurisdicción. Aunque el proceso de gobierno se caracteriza por una densidad normativa muy reducida desde el punto de vista del Derecho constitucional, las exigencias que le formula el Tribunal Constitucional son especialmente elevadas a través de las obligaciones de cooperación y de mutua consideración: prácticamente se produce un control de contenido sobre el cumplimiento de esas obligaciones. También el procedimiento legislativo es vigilado cuidadosamente, dándose una cierta tolerancia del Tribunal exclusivamente en casos de pequeñas irregularidades. La densidad mínima del control, en términos relativos, se produce en el procedimiento judicial, pues el juez goza de libertad para dirigir el proceso hasta la frontera de lo arbitrario, siempre que en sus actos procesales no viole derechos fundamentales procesales (por ejemplo, art. 103, 1.º, de la Ley Fundamental) o derechos fundamentales sustantivos (por ejemplo, art. 14). El continuo reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de que los derechos fundamentales pueden influir en la configuración del proceso supone un considerable reforzamiento no sólo de la efectividad de su protección jurídica, sino también de su vigencia.

3. *Control del resultado*

a) El punto esencial del control a posteriori de las disposiciones de otros poderes estatales reside en el control del resultado, porque el resultado de una decisión recaiga principalmente sobre el ciudadano o provoque un escándalo político. Los actos del legislativo se miden, en cuanto afectan a las libertades individuales, fundamentalmente por el principio de proporcionalidad o sus concreciones (por ejemplo, «teoría de los escalones», en el artículo 12 de la Ley Fundamental) y en

(59) BVerfGE 49, 252 (257 y ss.).

cuanto afectan al principio general de la igualdad se miden por la interdicción de la arbitrariedad (60). En ambos casos no se somete a control ni la racionalidad ni la justicia material del resultado (61), sino que más bien se le atribuye al legislador «libertad de configuración».

El legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad —si una medida es «idónea» para alcanzar un fin determinado o qué medida, entre varias posibles, es la «necesaria» (el problema del pronóstico)— que para distinguirla de la libertad de configuración debería denominarse «prerrogativa de estimación» (*Einschätzungsprärogative*). El principio de proporcionalidad, especialmente en la consecución de metas de política económica, sólo pone «límites extremos a la libertad de apreciación y decisión del legislador», límites que únicamente pueden ser traspasados si sus consideraciones son tan abiertamente falsas que no pueden ofrecer ningún fundamento nacional para decisiones legislativas» (62).

En el control del legislador dentro del marco del principio general de la igualdad (art. 3, 1.º, Ley Fundamental), el Tribunal parte, de manera semejante, de una primacía de la política. El legislador está llamado fundamentalmente no sólo a elegir aquellas situaciones objetivas a las que quiere vincular iguales o desiguales efectos jurídicos, sino también a determinar las características que han de ser comparadas y a delimitar, hasta la frontera de lo arbitrario, el ámbito de las diferencias (63). Esta frontera de la arbitrariedad es, por último, permeable hasta un cierto punto: sólo cuando las decisiones legislativas llegan a un nivel de irracionalidad evidente, se consideran anti-constitucionales. Cada vez con mayor frecuencia niega el Tribunal la existencia de violación del artículo 3.º, 1, con el argumento de que la decisión del legislativo «no es anticonstitucional objetivamente» o de que la violación de la igualdad carece de la necesaria «eviden-

(60) Vid. W. RUPP-v. BRUENNECK: «Verfassungsgerichtbarkeit und gesetzgebende Gewalt», en *AöR* 102 (1977), pp. 1 y ss.; U. SCHEUNER, citado en nota 23.

(61) Con el principio de proporcionalidad el examen de oportunidad sólo deja de realizarse en el caso de faltar la «evidencia» de la idoneidad de otros medios [*vid.* BVerfGE 40, 198 (223)]. Respecto al principio de igualdad: BVerfGE 4, 144 (155) en reiterada jurisprudencia; en efecto, «la primacía de los valores constitucionales» prohíbe al legislador «dar cabida a consideraciones de proporcionalidad violando estos valores» [BVerfGE 6, 55 (83); más adelante, BVerfGE 13, 280 (317); 18, 97 (110); 19, 226 (240)].

(62) BVerfGE 30, 292 (317).

(63) BVerfGE 50, 381 (392). Vid. también BVerfGE 17, 210 (216), con referencia a BVerfGE 12, 353 (367 y s.); además, BVerfGE 29, 337 (339), con referencia a BVerfGE 11, 50 (60); 12, 151 (166); 17, 210 (216); 22, 100 (104).

cia» (64). De esta manera, el criterio de la evidencia se convierte en el criterio principal del control de resultado del legislativo, tanto en el ataque a las libertades (concretamente en el terreno económico) como en la configuración del principio general de la igualdad.

b) La actividad del *Gobierno*, por el contrario, no parece someterse en absoluto a ningún control de resultado, pues hasta ahora no se ha conocido ni un solo caso en que una disposición gubernamental haya sido declarada directamente anticonstitucional. La prohibición de las actividades encaminadas a lograr la confianza de la opinión pública mediante la propaganda de las propias conquistas gubernamentales antes de las elecciones federales o regionales cae bajo el control de actuación, no por las actividades como tales, sino porque su abuso con fines electoralistas a favor del Gobierno infringe el principio de igualdad de oportunidades de los partidos. Esto mismo es válido para el respeto de los límites más allá de los que se da abuso en el ejercicio de las otras facultades gubernamentales (por ejemplo, el derecho a intervenir en cualquier momento en el Parlamento).

En el sector de la política exterior, un dominio clásico del ejecutivo, el Tribunal no ha declarado hasta ahora ninguna violación de la Constitución en ningún tratado internacional. Se produce aquí, efectivamente, una no menos eficaz dirección de la política por una vía mediata: o se acude al «ánclora de salvación» de la interpretación conforme con la Constitución, confirmando al tratado la significación que el Tribunal considere correcta según la ley Fundamental para evitar que el barco del Estado vaya a la deriva, escorándose de la Constitución (65) o, por el contrario, el Tribunal deduce de los principios constitucionales mandatos o prohibiciones concretos, que deben orientar la actuación futura del Gobierno (control preventivo). De esta manera, el control de resultado se ha mantenido hasta ahora, en todo caso, dentro del estrecho marco que podía ser satisfecho con una interpretación conforme con la Constitución (*verfassungskonforme Auslegung*).

c) El control de resultado de las resoluciones judiciales se limita al examen de si la decisión judicial recurrida ha violado en el caso in-

(64) *Vid.* nota 35.

(65) Así, no sin problemas, BVerfGE 36, 1 (20 y ss.).

dividual el «derecho constitucional específico» (66). Este es realmente el caso que se presenta en los derechos fundamentales cuando un tribunal: 1) no los ha tenido en cuenta absolutamente; 2) cuando ha desconocido el ámbito real de su protección, y 3) cuando no ha visto con claridad la significación jurídica del derecho fundamental. En casos muy especiales, el Tribunal ha vuelto a aplicar el control de resultado respecto al poder judicial, incluso con mayor amplitud, anulando sus sentencias cuando los tribunales han partido de un «punto de vista o de una opinión fundamentalmente incorrectos» sobre la dimensión o significación de un derecho fundamental (67).

El «derecho constitucional específico» puede resultar también violado cuando el juez interpreta equivocadamente otros principios constitucionales o los aplica incorrectamente, cuando pondera defectuosamente los conflictos entre normas constitucionales o los conflictos entre éstas y las cláusulas generales del Derecho de rango ordinario o cuando, por último, al interpretar el Derecho ordinario crea principios anticonstitucionales (recursos de interpretación). En todos los casos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se ha caracterizado por los esfuerzos por no dejarse lanzar al papel de una «superinstancia de recurso» (68). La excepción está constituida únicamente por aquellos pocos casos cuyo resultado le pareció tan «injusto» al Tribunal Constitucional, que estimó se habían traspasado los límites de la arbitrariedad del artículo 3.º, 1, de la Ley Fundamental (69).

d) El control de resultado se caracteriza en su conjunto por una *elevada densidad de control*. Tan sólo los actos del Gobierno no han conocido hasta ahora un control efectivo de resultado. Además, esto no sería justo objetivamente ni deseable, sobre todo cuando ya tiene lugar un control de la actuación o del procedimiento aún más eficaces (y por ello tan problemáticos). En este punto se puede observar la acuñación específica que en la República Federal ha experimentado la *political question doctrine*. El control de resultado de los actos del legislativo, limitado en general a la regla de la evidencia, parece igualmente justificado porque existen, como complemento, el control del

(66) Vid. U. STEINWEDEL: «Spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht». *Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen*, Baden-Baden, 1976; H. J. PAPIER: «Spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht» als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts», en Chr. STARCK (ed.): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, tomo I, pp. 432 y ss.; G. F. SCHUPPERT, citado en nota 33.

(67) BVerfGE 49, 304 (314 y s.).

(68) BVerfGE 51, 130 (143).

(69) BVerfGE 42, 64 (73).

comportamiento y un rígido control de procedimiento y porque ha de evitarse que en asuntos de índole política el Tribunal Constitucional se salte las mayorías democráticas. Los resultados de la jurisprudencia, por último, están sometidos a un control especialmente intenso que, en ocasiones, roza la frontera del control de contenido (por ejemplo, en los recursos por interpretación). Aquí la densidad del control debería «corresponderse lo más posible con el nivel de abstracción de los respectivos elementos de la creación judicial del Derecho» (70) para poder, de una parte, reaccionar adecuadamente frente a las infracciones de la Constitución y, de otra, evitar extralimitaciones en las funciones de los tribunales.

IV. MODELOS DE ARGUMENTACIÓN

1. *Autolimitación judicial*

En la aplicación de sus criterios de control, en relación con la densidad del control, el Tribunal utiliza en cada caso concreto determinados modelos argumentales que ponen de manifiesto ciertos aspectos de *autolimitación judicial* y deben ser analizados de nuevo brevemente.

Llama la atención antes que nada que el Tribunal Constitucional Federal sólo en raras ocasiones se pronuncia sobre el principio de la autolimitación judicial. Y cuando esto ocurre es porque un voto particular reprocha a la mayoría del Tribunal la violación de este principio (71) o porque el principio es utilizado con carácter apologético en las motivaciones de una dudosa competencia de control (72). Más allá de comprobar que al Tribunal se le ha impuesto una prudencia judicial, en especial en las relaciones del legislativo con el Gobierno (concretamente en las cuestiones de política exterior), no se puede obtener ningún punto de apoyo más inmediato, de las breves referencias de las motivaciones de las resoluciones, para llevar a la práctica jurisdiccional ese principio. En su lugar, el Tribunal practica *de hecho*, desde el comienzo de su existencia y en formas muy diversas, la autolimitación judicial, limitando sus propias competencias de

(70) G. F. SCHUPPERT, citado en nota 33, p. 65.

(71) BVerfGE 39, 1 (69, 73).

(72) BVerfGE 36, 1 (14 y s.); con anterioridad sobre el mismo asunto BVerfGE 35, 257 (262).

control sobre actos del Legislativo, del Gobierno y de los Tribunales con ayuda de distintos argumentos y teniendo en cuenta cada función estatal.

2. Libertad de configuración

Antes de que se impusiera con carácter general el concepto de «libertad de configuración del legislador», se hablaba de «discrecionalidad» (Ermessen) (73). El nuevo concepto quiere decir que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se produce ningún control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional, lo que ciertamente no impide un control de comportamiento o de procedimiento. Cuando se renuncia también al control del comportamiento, el Tribunal suele hablar de «libertad de resolución» (*Entschliessungsfreiheit*) (74). Mientras tanto, se ha concretado el concepto general de «libertad de configuración»: dentro del marco de control de proporcionalidad se concede al poder legislativo una «prerrogativa de apreciación» de la idoneidad de ciertos medios al disponer de «un ámbito de libertad» en la comprobación de la necesidad. Sería preciso mantener esta terminología y no volver a la del Derecho administrativo (discrecionalidad...), con el fin de evitar al máximo los malentendidos. Con el artículo 3.º, 1, de la Ley Fundamental, el Tribunal sigue empleando en el control de igualdad el término «libertad de configuración». Pero como aquí se trata no sólo de configuración del contenido, sino también de la elección de situaciones objetivamente comparables, de la determinación de las características a comparar y del establecimiento de las diferencias, en donde el legislativo goza de libertad hasta el límite de la arbitrariedad parece más acertada en este contexto la expresión «libertad de diferenciación» (*Differenzierungsspielraum*).

3. Discrecionalidad del Gobierno

Al Gobierno le concede el Tribunal una amplia «discrecionalidad política» en cuanto a los contenidos de sus decisiones. En algunas ocasiones se ha hablado incluso de «discrecionalidad del canciller

(73) Reiterada jurisprudencia desde BVerfGE 18, 121 (124); *vid.* también K. Hesse, citado en nota 1, p. 229 (nota 81). En BVerfGE 13, 356 (361 y ss.) se establece con carácter general que «el Tribunal tiene que practicar la moderación respecto al legislador y sólo puede establecer la transgresión de los límites extremos de la libertad legislativa».

(74) BVerfGE 38, 187 (205).

federal» o «discrecionalidad de los órganos políticos» (75). En este caso se podrá estar de acuerdo con la utilización del concepto «discrecionalidad», porque está referido al Ejecutivo. Como ocurre con la Administración, la discrecionalidad política del Gobierno se guía por consideraciones de racionalidad teleológica y de utilidad; no está sometida a ningún tipo de control por parte del Tribunal Constitucional, mientras no se compruebe una violación evidente de la Constitución (76). Esto acontece especialmente cuando el Gobierno actúa contra un precepto expreso de la Constitución, por ejemplo, «creando una situación jurídica subjetiva incompatible con la Ley Fundamental o participa en la creación de semejante situación jurídica» (77) (control de comportamiento). Por lo demás, los «acontecimientos políticos», las cuestiones «de alta significación política», «las previsiones de una evolución política en el futuro» y, sobre todo, los «pactos políticos», «no son justiciables» (78). En materia de reflexiones políticas, de fijar metas y de establecer valoraciones, el Gobierno tiene que decidir «según su propia responsabilidad» (79). A pesar de estos esfuerzos por renunciar ampliamente al control de la actividad gubernamental, las sentencias del Tribunal «en los años setenta han conducido a un nivel extraordinariamente elevado la densidad del control», en especial en el ámbito de la política exterior a la hora de enjuiciar los acuerdos internacionales (80).

4. Interpretación del derecho ordinario

Para la delimitación de las competencias de control sobre la jurisprudencia, el Tribunal ha encontrado una fórmula tan simple como confusa: a él le compete la reparación de una «violación del Derecho constitucional específico» (81); por el contrario, «no tiene que interpre-

(75) Vid. BVerfGE 1, 281 (282): «restricción inadmisibles de la discrecionalidad política que debe atribuirsele aquí al canciller federal».

(76) BVerfGE 38, 1 (17); 44, 125 (156).

(77) BVerfGE 38, 1 (18).

(78) Así, la terminología más antigua: vid. BVerfGE 4, 157 (169). Sobre la «justiciabilidad» de las decisiones de gracia vid. BVerfGE 25, 252 (358 y ss., 363 y ss.); 30, 108 (110 y s.).

(79) Así la terminología más reciente: vid. BVerfGE 48, 127 (180).

(80) W. DÄUBLER: «Aussenpolitik durch das Bundesverfassungsgericht», en DÄUBLER y KÜSEL (eds.): *Verfassungsgericht und Politik*, Reinbek, 1979, pp. 119 y siguientes (134).

(81) En la cuestión de constitucionalidad («Vorlageverfahren») (art. 100-1.º de la Ley Fundamental) el Tribunal Constitucional debe, por ejemplo, «establecer independientemente con su sentencia el contenido de la norma sometida a control

tar ni aplicar el derecho común como tal» (82), con la excepción de las cuestiones prejudiciales del orden constitucional.

De cara a la aplicación práctica de esta «regla empírica» en la Judicatura, todos los intentos de sistematización o de reformulación —como, por ejemplo, la distinción entre infracciones directas e indirectas de la Constitución— parecen inútiles o, al menos, prematuros, si falta una explicación del Tribunal (83). Por este motivo, aquí únicamente se va a sugerir la dirección en que tendrán que moverse las reflexiones en el futuro, señalando tres grupos de casos (84).

El recurso de amparo por actos u omisiones en el proceso (*Verfahrenbeschwerde*) afecta al Derecho constitucional específico siempre que, en relación con determinadas normas constitucionales, haya que recurrir contra la dirección del proceso (arts. 101-1 y 2 y 103-1 de la Ley Fundamental) o contra la aplicación desigual del derecho (artículo 3.º-1) o contra el desconocimiento de la dimensión jurídico-procesal de los derechos fundamentales (por ejemplo, artículo 14). En este caso coinciden el control de la actuación, el del procedimiento y el del resultado. El criterio de control a aplicar depende del vicio del proceso. Por el contrario, el recurso de interpretación (*Interpretationsbeschwerde*) sólo se refiere al Derecho constitucional específico cuando el juez al interpretar el derecho ordinario ha sentado una premisa anticonstitucional (85). En este supuesto el Tribunal Constitucional intervendrá dentro del marco del control de la actuación (infracción de las reglas de interpretación). Sin embargo, por lo mismo, no puede traerse a colación aquí el control de apreciación, sino que debe producirse un control de contenido.

Especiales dificultades presenta el tratamiento del recurso de ponderación (*Abwägungsbeschwerde*). En cuanto que los defectos de ponderación están sancionados dentro del Derecho constitucional,

a posteriori» [BVerfGE 17, 155 (163 y s.). M. W. NACHW.]. Esto vale también para otras «cuestiones incidentales» que el Tribunal tiene que examinar «independientemente de la opinión jurídica del juez que plantea la cuestión constitucional» [BVerfGE 2, 181 (193) en reiterada jurisprudencia].

(82) Vid. fundamentalmente BVerfGE 42, 143 (147 y ss.); vid. también BVerfGE 18, 85 (92).

(83) Así H. J. PAPIER, citado en nota 66, p. 450 y ss.

(84) Vid. al respecto también G. F. SCHUPPERT, citado en nota 33, pp. 55 y ss.

(85) Véase más detenidamente E. SCHUMANN: *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, Berlín, 1963, p. 334 (según esto, este principio del Tribunal Constitucional debe ser tratado como una ley en la cuestión de constitucionalidad).

subyace aquí un «recurso por interpretación de la Constitución» (86), para el que vale lo dicho sobre el recurso por interpretación. Cuando se trata de una ponderación defectuosa entre Derecho constitucional y Derecho ordinario (por ejemplo, desconocimiento de fuerza de irradiación de un derecho fundamental o de la interacción entre derechos fundamentales y derecho ordinario) se aplica el control de comportamiento con el criterio de apreciación—si el vicio hay que buscarlo en los antecedentes de la ponderación—, y se aplica un control de resultado, si el vicio está en el hecho mismo de la ponderación (87). Si se trata de una ponderación dentro del derecho ordinario, no se produce, por lo general, ninguna violación específica del Derecho constitucional. El futuro dirá si al Tribunal Constitucional Federal le será suficiente una casuística de este tipo.

V. VARIANTES DE SENTENCIAS

1. *Legislativo*

Junto al arsenal de tipos de control, de densidad de control y de modelos argumentales, el Tribunal se ha creado un amplio sistema de variantes de sentencias, con las que pretende modificar determinados efectos jurídicos de sus sentencias desde un punto de vista de justicia material y funcional (88). En los casos de leyes anticonstitucionales entra en juego, en primer lugar, una *declaración de nulidad*—total o parcial— que tiene efectos generalmente *ex tunc*, pero en ocasiones también *ex nunc*. Esta posibilidad la ha utilizado el Tribunal cada vez menos en los últimos años y sólo ha declarado la nulidad de una ley si con ello se lograba restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución (89), admitiendo incluso una *nueva formulación* de la norma anulada si solamente podía tomarse en consideración una única solución conforme con la Constitución. En los demás casos, el Tribunal se ha contentado con una

(86) Sobre las dificultades para diferenciar el recurso por interpretación y el recurso por ponderación, *vid.* G. F. SCHUPPERT, citado en nota 33, p. 54 (nota 51).

(87) De forma similar, G. F. SCHUPPERT, citado en nota 33, pp. 62 y ss.

(88) *Vid.* al respecto Chr. MOENCH: *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977; además, J. IPSEN, citado en nota 2; U. SCHEUNER, citado en nota 23, pp. 478 y s. El concepto de «variantes de sentencias» lo utiliza también W. RUPP-V. BRUENNECK, citado en nota 60, p. 20.

(89) *Vid.* BVerfGE 38, 187 (205 y ss.). Según una estadística aún no publicada de E. FRIESENHAHN, hasta el 11 de junio de 1980 se han declarado nulas en total 190 leyes o disposiciones, total o parcialmente.

declaración de *incompatibilidad* o de *inconstitucionalidad* encomendando al Legislativo la nueva redacción (90). En estos casos sigue estando vigente la norma anticonstitucional—para evitar un vacío de regulación—hasta su inaplazable reelaboración.

A pesar de sus vicios, una ley puede ser, sin embargo, mantenida en vigor por el Tribunal durante una época transitoria, si, por ejemplo, la anticonstitucionalidad no es evidente o sobreviene con el transcurso del tiempo (por haber cambiado las circunstancias y/o por omisión del legislador). Entonces el Tribunal dicta una «resolución de recomendación» (*Apellentscheidung*), en la que, si bien la demanda es desestimada, se le encarga al legislador, sin embargo, en las motivaciones—eventualmente con fijación de plazos determinados o no—que formule una nueva redacción de acuerdo con la concepción jurídica expuesta. Desde hace muy poco tiempo el Tribunal practica también la forma de «resolución de aviso» (*Warn- oder Signalentscheidung*), con la que califica a una situación como «todavía conforme con la Constitución», pero añade numerosas indicaciones sobre necesarias reglamentaciones para el futuro (91). Por último, una ley es confirmada cuando es posible una *interpretación conforme con la Constitución* o cuando no se reconoce en la ley ningún vicio formal. En el caso concreto de la «resolución de recomendación», cuya viabilidad no deja de estar sometida a discusión (92), pero también en los supuestos de interpretación, de conformidad con la Constitución existe el peligro de que la libertad de configuración del legislador sea recortada en exceso.

2. Gobierno

En el control de los actos del Gobierno existen, sin embargo, muchas menos variaciones en las resoluciones, quizá debido a la falta de ocasiones suficientes para dictarlas. Si una disposición del Go-

(90) Según la misma estadística (citada en nota 89), hasta el 11 de junio de 1980 han sido declaradas incompatibles con la Ley Fundamental, total o parcialmente, 82 leyes o reglamentos singulares en total.

(91) Vid. W. RUPP-V. BRUENNECK: «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?», en *Festschrift für G. Müller*, Tübingen, 1970, pp. 355 y ss.; Chr. PESTALOZZA: «"Noch verfassungsmäßige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, editado por Chr. STARCK, Tübingen, 1978, tomo I, pp. 518 y ss.

(92) La «resolución de aviso» se distingue de la «resolución de recomendación» en que ni se ha producido todavía ni tampoco preexiste una situación jurídica anticonstitucional, sino que más bien sólo puede observarse un desarrollo que,

bierno tiene que ser impugnada como anticonstitucional, el Tribunal se contenta, por lo general, con una *comprobación de la infracción constitucional*, sin añadirle indicaciones complementarias para la eliminación de las consecuencias o para una actuación futura. Aún no se ha producido ninguna resolución de recomendación contra el Gobierno, pero se le lanzan, cada vez con mayor frecuencia, sugerencias y consejos en los considerandos de las resoluciones (93). En el ámbito de los tratados internacionales la declaración de nulidad se sustituye las más de las veces por una *declaración de no aplicabilidad* como derecho interno (94). Especialmente temida es la *interpretación conforme con la Constitución* de un tratado internacional, porque por esta vía puede el Tribunal obligar al Gobierno a una interpretación que no fuera objeto de las negociaciones o que, incluso, hubiera sido excluida en un protocolo o en notas. En estos casos, debido a la preocupante descalificación del Gobierno en sus relaciones con la otra parte contratante, hay que utilizar este tipo de interpretación las menos veces posibles y examinar mucho más cuidadosamente la admisibilidad de tales iniciativas de control.

3. Poder judicial

Las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal afectan al poder judicial, de manera distinta según se dicten en el procedimiento del recurso de amparo o en el de control concreto de normas (*Konkrete Normen kontrollverfahren*). Cuando el recurso de amparo prospera, se comprueba por la general la infracción de la Constitución en primer lugar, se invalida después la decisión del tribunal de instancia y se le devuelve por último el asunto. En ocasiones, la suspensión se extiende a otras o futuras decisiones, y la devolución lleva aneja una nota de suspensión. Si la infracción reside en una omisión de los jueces, se comprueba, de nuevo en primer lugar, la infracción y luego se efectúa la devolución, a no ser que la declara-

si no es obstaculizado, podría conducir en algún momento a una situación anti-constitucional. El ejemplo más reciente de un «resolución de aviso» es el «auto sobre gravación impositiva de las rentas» de 26 de marzo de 1980.

(93) Vid. BVerfGE 12, 205 (255): el Gobierno no puede actuar «según el principio *divide et impera*»; BVerfGE 36, 1 (24): el Gobierno no debe abandonar «ninguna posición jurídica de la Ley Fundamental que sirva a la reunificación sobre la base de la libre autodeterminación del pueblo alemán»; BVerfGE 45, 1 (52): el Gobierno habría tenido que «considerar si debían realizarse gastos fuera del presupuesto aprobado...».

(94) Vid. BVerfGE 37, 271 (282).

ción no afecte al contenido de la resolución (95). La declaración simultánea de nulidad o de inaplicabilidad de leyes es muy rara en los procesos constitucionales. En su lugar se dictan también aquí las resoluciones de recomendación o de aviso, con las que, si bien el recurso constitucional es desestimado, sin embargo, se obliga al Legislativo a realizar una actuación (96). En los procesos de control de normas según el artículo 100 de la Ley Fundamental coinciden la declaración de nulidad y de inaplicabilidad. Las resoluciones de recomendación y de aviso no son frecuentes. La interpretación conforme con la Constitución, sin embargo, adquiere una gran importancia que se manifiesta en una *declaración de compatibilidad*—total o parcial.

VI. CONCLUSIÓN

El análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal ha mostrado que el Tribunal ha logrado considerablemente, hasta el momento, incorporarse al juego de los órganos estatales y —prescindiendo de algunas excepciones, políticamente explosivas— ha logrado ejercer realmente la necesaria autolimitación. Con esta finalidad ha desarrollado un conjunto de distintos instrumentos como tipos de control, modelos de argumentación y variantes de resoluciones, con diversa intensidad de control, que hay que unificar y sistematizar en interés de la seguridad jurídica. Además hay que pensar en las consecuencias para la metodología jurídica, concretamente para la interpretación constitucional, que se derivan de la posible divergencia entre norma de control, criterio de control y densidad de control de una resolución del Tribunal Constitucional, si no existe ningún control de contenido o de resultado. El reconocimiento de que el principio de igualdad o el de proporcionalidad significan, en su caso, algo distinto para el Legislativo; el Gobierno y la Jurisprudencia difícilmente se puede hacer compatible con las ideas de la hermenéutica recibida. Sin embargo, esta opinión constituye el presupuesto para una integración objetiva de la jurisdicción constitucional en la estructura de las funciones del Estado.

(95) BVerfGE 10, 302 (330); 16, 119 (124).

(96) BVerfGE 15, 337 (352); finalmente, el «auto sobre gravación impositiva de las rentas» de 26 de marzo de 1980.

