

PAPEL Y PODER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

JUTTA LIMBACH

Presidente del Bundesverfassungsgericht

1. EL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT COMO FACTOR POLÍTICO

En los últimos años, *el Bundesverfassungsgericht ha sustituido a la política y asumido parcialmente el papel de supremo legislador*, en palabras de la crítica. Voces autorizadas lo explican menos por la ambición de poder de los Magistrados que por *el creciente fracaso de la política*¹ —en el fondo, lo que hay es flaqueza de los políticos a la hora de adoptar decisiones; cuando vacilan o están divididos, remiten simplemente el problema a Karlsruhe para quitárselo de encima. En tal sentido, se hace mención de las sentencias sobre *interrupción legal del embarazo*², el *Tratado de Maastricht*³, la *intervención internacional de las Fuerzas armadas alemanas (Bundeswehr)*⁴ y los *impuestos sobre el patrimonio y la herencia*⁵. En los últimos meses, podríamos añadir el debate sobre *la compensación financiera de los Länder*.

Y, sin embargo, el reproche de que los Magistrados hacen política viene de lejos, en Alemania. Recordemos que en la segunda mitad de los setenta el Tribunal desautorizó las reformas liberales de la *objeción de conciencia*⁶, la *interrupción*

* Rolle und Macht des Bundesverfassungsgerichts, en Jutta LIMBACH, *Im Namen des Volkes*, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1999. Traducción de Antonio López Pina.

1. Vid. H. H. VON ARNIM, *Demokratie vor neuen Herausforderungen*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1995, pp. 340, 342.

2. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, hrg. von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 88, 203.

3. BVerfGE 89, 155.

4. BVerfGE 90, 286.

5. BVerfGE 93, 121 y 165.

6. BVerfGE 48, 127.

*legal del embarazo*⁷, la *composición gremial en régimen de codecisión de los órganos deliberantes en la Universidad*⁸. Las decisiones jurisprudenciales de entonces desataron una tormenta de desaprobación semejante a la vivida los años 1995 y 1996⁹. *Una vez más el Bundesverfassungsgericht hace política y maniata al legislador*, tituló la crónica el semanario *Der Spiegel*.

Cada generación de críticos del Tribunal Constitucional estaba convencida, de que se incrementaba amenazadoramente el *activismo judicial*. A juzgar por tales voces, los jueces tejen una cada vez más tupida red de los preceptos constitucionales, constriñendo así la libertad de configuración del legislador. Pero no sólo los jueces constitucionales caen en la cuenta: el reproche del *aventuramiento judicial* en las áreas de la política, más allá de la linde de las propias competencias, es la mayoría de las veces pronunciado por quiénes pierden un contencioso ante el *Bundesverfassungsgericht*, mientras, los ganadores se deshacen en elogios de la sabiduría del Tribunal. Las decisiones *son celebradas como expresión del Derecho auténtico o condenadas como injustas ... , según se ajusten o no a la propia idea de la política* (Ernst Friesenhan). Ello se evidencia a partir de las calificaciones dadas a la judicatura en la polémica historia del *Bundesverfassungsgericht*: a fines de los años setenta, se caracterizaba al Tribunal Constitucional como *último recurso para frenar al grupo parlamentario CDU/CSU*. A mediados de los noventa, se pretendía ver en Karlsruhe *jueces rojos o a sesentayocheros obsesionados con su idea de progreso*.

Cuando alzamos la mirada por encima de nuestras fronteras y nos fijamos en nuestro aliado los Estados Unidos, allí parecen producirse transgresiones semejantes de la linde de los poderes. En 1930, se lamentaba el Senador George Norris: *Tenemos una cámara legisladora con el nombre de Cámara de Representantes, de 400 miembros. Una segunda Cámara legislativa conocida por Senado, de menos de 100 miembros. En realidad, tenemos una tercera Cámara legisladora que lleva por nombre la Corte Suprema de Justicia, de 9 Magistrados. Pues bien, éstos últimos detentan mayor poder que todo el resto*¹⁰.

La denuncia de acumulación de poder a uno y otro lado del Atlántico nos plantea la cuestión, de si no habrá algún fallo en el régimen constitucional. ¿Tendrán a la postre razón quiénes consideran la Jurisdicción constitucional una *escandalosa violación de la división de poderes*? De hecho, parece cuestionable que la Jurisdicción constitucional pueda invalidar leyes –como sucede en los regímenes constitucionales alemán y norteamericano. A primera vista, no parece *conforme al principio democrático* la revisión constitucional de las leyes. Tal competencia afecta a la supremacía de la representación popular. Altera el equilibrio de poderes y limita la soberanía de la mayoría popular. En fin, los jueces constitucionales someten a revisión leyes

7. BVerfGE 39, 1.

8. BVerfGE 43, 242.

9. Para una crónica de *querellas del Bundesverfassungsgericht* cfr. Richard HÄUSLER, *Der Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Berlin, 1994, especialmente pp. 69 ss., 229.

10. Vid. James Q. WILSON, *American Government*, 5. ed., Lexington, Mass. 1992, p. 228.

aprobadas mayoritariamente por un legislador popularmente elegido, colocándose por encima del *principio mayoritario* —por más, que no hayan sido popularmente elegidos, ni sean políticamente responsables y revocables¹¹.

La Jurisdicción constitucional como institución no es algo evidente en una Democracia. Algunas Democracias como Gran Bretaña o los Estados escandinavos, que protegen los derechos de los ciudadanos mediante otros instrumentos, carecen de Tribunal Constitucional. La Jurisdicción constitucional existe sobre todo en Estados que tienen a sus espaldas los horrores de una dictadura. Es el caso de muchas democracias recientes en Europa Oriental, Africa y Centroamérica; es el ejemplo de la República Federal de Alemania, sin ir más lejos.

Cuando los *founding fathers* de la Ley Fundamental trataron de esbozar una Constitución, sacaron lecciones del *terror* de los años 1933 a 1945. La horrible enseñanza de la *negación de lo humano* luego del fracaso de la República de Weimar, movió a buscar principios e instituciones que garantizaran una *convivencia digna del hombre* en un Estado liberal-democrático. Justo con tal ánimo, han sido convertidos en contenidos constitucionales los derechos fundamentales, los postulados de la división de poderes y del Estado de Derecho. Las amargas experiencias bajo el totalitarismo nazi llevaron a los ideadores de la Constitución no solamente a formular como derechos subjetivos directamente invocables ante los tribunales los derechos humanos y libertades; adicionalmente, han vinculado a tales derechos Legislación, Administración y Jurisdicción (art. 1.3 GG). Justo el *Bundesverfassungsgericht* debía garantizar la primacía de la Constitución sobre la voluntad del legislador, a juicio de la *Asamblea Parlamentaria constituyente* (*Parlamentarischer Rat*). El Tribunal debía no solamente controlar la conformidad de las leyes con la Constitución. Además, debería garantizar a todo residente en Alemania la protección necesaria frente a una lesión de los derechos constitucionalmente garantizados¹². Konrad Adenauer explicaba tal encomienda, dado que *no solamente es posible una dictadura personal; cabe asimismo una dictadura de la mayoría*¹³.

No se agota la tarea del *Bundesverfassungsgericht* en proteger los derechos fundamentales y revisar constitucionalmente la legislación. Actúa también como *Staatsgerichtshof*: debe arbitrar contenciosos competenciales entre los órganos estatales, y procurar que funcione la división y el recíproco control de los poderes, de un lado, entre legislativo y ejecutivo, de otro, entre la Federación (*Bund*) y los *Länder*.

Adicionalmente, cabe al *Bundesverfassungsgericht* declarar inconstitucional un partido, y revocar tanto al *Presidente federal* como a jueces, en caso de que hayan atentado contra la Ley Fundamental. En los primeros años, el *Bundesverfassungsgericht* declaró inconstitucionales el *Sozialistische Reichspartei*, una aso-

11. Vid. Ronald DWORKIN, *Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk und die Richter*, en Ulrich K. Preuss (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt a. M. 1994, p. 171.

12. Intervención del Diputado Süterhenn en la Asamblea Constituyente (*Parlamentarischer Rat*), *Stenographischer Bericht der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates*, Bonn 1949, p. 25.

13. Id.

ciación neonazi¹⁴, en 1952, y el *Kommunistische Partei Deutschlands*, en 1956¹⁵. No se ha dado hasta hoy, sin embargo, proceso alguno contra un Presidente Federal o un juez.

Tal elenco no exhaustivo de tareas ilustra el poder del Tribunal en la dinámica de los poderes de las fuerzas constitucionales. Ayuda a una toma sobria de conciencia constatar que el *Bundesverfassungsgericht* es un factor sobresaliente en el proceso político¹⁶. Puede sonar a provocación que se caracterice al Tribunal como factor político de poder. Al hacerlo, sin embargo, únicamente estamos conceptualizando un supuesto jurídico. El parámetro de referencia de las decisiones del *Bundesverfassungsgericht* es la Constitución de nuestra comunidad política¹⁷. Un Tribunal que decide sobre contenciosos competenciales entre el ejecutivo y el legislativo, que puede suspender normas por razón de su inconstitucionalidad o disolver un partido inconstitucional, interviene regulando en la ordenación política del Estado. El ejercicio controlador del poder es en sí mismo necesariamente poder¹⁸.

1.1 UN ÓRGANO DEL DERECHO

Como botón de muestra de la influencia del Tribunal en la política actual, podemos tomar la *decisión sobre la actuación de las Fuerzas armadas (Bundeswehr) en misiones de paz bajo mandato de las Naciones Unidas*. Como es sabido, en 1994 el Tribunal declaró conforme a la Constitución la intervención de las Fuerzas armadas alemanas en el marco de un sistema de seguridad colectiva. Pero ha inferido de la Ley Fundamental, además, una *reserva de Parlamento*. A su tenor, para cada intervención de las Fuerzas armadas alemanas el Gobierno federal deberá recabar previamente el acuerdo del *Bundestag*¹⁹. Ello se explica, dado que la Ley Fundamental no ha confiado exclusivamente al ejecutivo las Fuerzas armadas. Antes bien, la Constitución ha garantizado al Parlamento una considerable influencia en la regulación jurídica del desarrollo y empleo de las Fuerzas armadas. El *Bundesverfassungsgericht* aprovechó la ocasión para acuñar la categoría de *Ejército del Parlamento (Parlamentsbeer)*. Mediante tal sentencia, no solamente decidió el Tribunal sobre la controversia constitucional abierta a raíz de la intervención de las Fuerzas armadas alemanas en Somalia, sino que definió la distribución de competencias entre Gobierno y Parlamento. En última instancia, el Tribunal restableció la capacidad de acción del Gobierno, hasta ese momento paralizada

14. BVerfGE 2,1.

15. BVerfGE 5, 85.

16. Cfr. Christoph GUSY, *Das Bundesverfassungsgericht als politischer Faktor*, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1982, pp. 93, 99.

17. Vid. Peter HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein 1980, p. 59.

18. Respecto de la actividad judicial en general con acierto, Adolf ARNDT en *Das Bild des Richters*, Karlsruhe 1957, pp. 8, 12.

19. BVerfGE 90, 286.

por el autobloqueo de la coalición Demócrata-Cristiana-Liberales. Tal fallo valió al *Bundesverfassungsgericht* el dudoso mérito de ser calificado de *supergobierno*.

De todos modos, por más que como árbitro supremo esté el *Bundesverfassungsgericht* por encima de todos los órganos estatales y tenga la última palabra a la hora de interpretar la Ley Fundamental, no está dotado del máximo poder. Para empezar, el Tribunal no actúa *ex officio*, sino tan sólo a instancia de parte. Por otra parte, su función es tan sólo de control, de freno y limitación del poder. Su tarea consiste precisamente en vincular la política al Derecho sometiéndola al mismo, toda vez que la Ley Fundamental *ha decantado a favor del Derecho la rancia tensión entre el poder y el Derecho*²⁰. La tarea del Tribunal es tan limitada, como interpretar y aplicar la Constitución a un contencioso concreto en un procedimiento judicial. No incumbe al *Bundesverfassungsgericht* la toma en consideración de razones de oportunidad política. El Tribunal ha sido *concebido como un órgano del Derecho y no como un órgano político*, por más que sus decisiones conlleven inevitablemente efectos políticos²¹. Los jueces constitucionales no están llamados a examinar, si una determinada ley es la solución más funcional, razonable, justa o incluso humana.

Al contrario, el Tribunal deberá tener en cuenta que la Ley Fundamental ha querido hacer del legislador el *protagonista* de la modelación social de la comunidad. La autonomía del legislador es así plena. El Parlamento (*Bundestag*) tiene facultad de iniciativa —a diferencia del *Bundesverfassungsgericht*—. Únicamente cabe a éste último, actuar en un procedimiento de revisión a partir de impulsos exógenos en reacción a decisiones ya adoptadas. La estrechez de perspectiva impuesta por el procedimiento judicial comporta el riesgo, de que los jueces puedan no tener suficientemente en cuenta los aspectos sociales del caso; sobre todo, que no acierten a prever efectos o consecuencias. El legislador, en cambio, puede seguir los resultados de sus decisiones y, en su caso, corregirlas; el legislador continúa *controlando el producto de su acción*²². Por razones estructurales queda vedado al Tribunal, por el contrario, el procedimiento de *trial and error*.

1.2 ¿ESTÁ EL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* LIBRE DE ERROR?

Dada la posibilidad de que un Tribunal yerre, ¿no habrá sido aventurado que los constituyentes hayan dado en materia de interpretación constitucional la última palabra al *Bundesverfassungsgericht*? Ciertamente, por competentes que puedan ser los Magistrados, son seres falibles y no criaturas del *espíritu objetivo del*

20. A efectos de un planteamiento certero, vid. Helmut SIMON, «La Jurisdicción constitucional», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse; edición, *prolegomena* y traducción de Antonio López Pina, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Instituto Vasco de Administración Pública, 1996; pp. 823 y ss.

21. Acertadamente, Thomas CLEMENS, *Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und Verfassungsstaat*, en Michael Piazola (Hg.), *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, Mainz 1995, pp. 13, 16 ss.

22. Sobre el particular, Brun-Otto BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 1982, p. 335, 337.

mundo que floten sobre la realidad. Con mayor o menor grado de apertura el Tribunal ha comentado las flaquezas del conocimiento humano. Por ejemplo, en el *caso del embarazo* y de la cambiante historia del artículo 218 del Código Penal.

En una primera sentencia de 1975²³, el Tribunal declaró que, si la protección constitucional de la vida en ciernes no es lograble de otro modo, cabe al Estado recurrir al Derecho Penal como último recurso. Tal tesis se apoyaba en la creencia, de que el medio más severo era simultáneamente el más eficaz. Lo que sucede es, que hace tiempo que ha dejado de ser evidente tal fe en la omnipotencia del Derecho Penal.

Habida cuenta de la incertidumbre provocada por las altas cifras de abortos, el *Bundesverfassungsgericht* comenzó a dudar de la eficacia disuasora del Derecho Penal. Sin perjuicio de ello, se decidió por la amenaza de la penalización, dada la supuesta fuerza moralizadora del Derecho Penal. En aquel momento, el Tribunal pensaba que los ciudadanos bien pudieran deducir la permisión moral de la interrupción del embarazo de la inexistencia de una sanción²⁴. Se quiere creer en el valor preventivo del Derecho Penal; pero está por demostrar lo que para ciertos criminólogos no es sino una leyenda.

En la segunda sentencia, de 1993, el *Bundesverfassungsgericht* ha reconocido legitimidad constitucional a la idea alternativa del legislador de protección de la vida naciente mediante tutela consultiva. Ciertamente, el Tribunal ha continuado prohibiendo la interrupción del embarazo a lo largo del período de gestación; pero ha dejado de considerar mandato constitucional la amenaza de castigo. Tal cambio ha resultado de la conciencia, de que no ha tenido mayores consecuencias en la realidad la protección mediante la amenaza de la pena de la vida en gestación. Expresamente, el *Bundesverfassungsgericht* llegó a reconocer que *las experiencias habidas con la regulación jurídico-penal vigente no animaban precisamente a mantener las anteriores posiciones*²⁵.

Ello nos enseña que respecto de cambios en la conciencia al paso del tiempo, el *Bundesverfassungsgericht* está en situación de dependencia respecto de las contradicciones del legislador. Por el mero hecho de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una determinada regulación, no tiene el legislador por qué abdicar de la propia capacidad de aprendizaje. De otro modo, el Parlamento se vería impotente ante nuevos conocimientos y cambios significativos de las condiciones de existencia.

El *Bundesverfassungsgericht* ha reconocido el problema y relativizado, en consecuencia, la fuerza vinculante de sus decisiones. Expresamente, ha reconocido, en 1987, al legislador el derecho *a una segunda prueba* y a acudir de nuevo ante el Tribunal²⁶. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de una norma

23. BVerfGE 39, 1.

24. BVerfGE 39, 1 <57 ss.>.

25. BVerfGE 88, 203 <263>.

26. BVerfGE 77, 84 <104>. El Tribunal declara expresamente que la posibilidad abierta al legislador de repetir una norma, no le hace sentir afectada su tarea de interpretar vinculantemente la Ley Fundamental así como de garantizar una tutela constitucional eficaz de los derechos.

no impide al legislador, decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno.

Ello resulta de la especial responsabilidad del legislador democrático, de adaptar el ordenamiento jurídico a cambiantes demandas sociales y nuevas necesidades de regulación. De verse el legislador vinculado permanentemente por la Jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, ello supondría la petrificación del Derecho. *Desaparecería la apertura al cambio de las condiciones de existencia y de la conciencia social*, según el Tribunal. Tal estancamiento se compadece mal con la idea de democracia. Justo tal *forma de Estado* no es algo estático; antes bien, organiza el proceso del cambio histórico. Precisamente, la continua competencia por votos, el forcejeo por el progreso social y por las mayorías parlamentarias que lo hacen posible, así como la posibilidad de *turno de poder* caracterizan la forma de funcionamiento de la democracia²⁷. Y, dado que el *Bundesverfassungsgericht* carece de facultad para autocorregirse por propia iniciativa, se requiere la renovada actividad del legislador que dará a los Magistrados la posibilidad de volver sobre su anterior decisión.

1.3 ¿ABUSA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* LA POLÍTICA?

Una vez expuesta la mejor disposición a colaborar de Parlamento y Gobierno en aras del progreso del Derecho, trataré de responder a la repetida pregunta, de si al trasladar problemas de naturaleza política a *Karlsruhe*, no estará la política abusando del Tribunal Constitucional.

Para que alguien se aproveche hacen falta dos partes: alguien que se extralimita y otro, que permite que se abuse de él. Detengamos primero nuestra atención sobre la supuesta víctima del abuso. Ciertamente, el *Bundesverfassungsgericht* debe decidir sobre un recurso interpuesto ante él conforme a Derecho. A diferencia del Tribunal Supremo norteamericano, no puede rechazarlo sin más por el mero hecho de que se trate de un asunto *políticamente cargado*. Nada hay sin embargo previamente decidido con la admisión del recurso sobre la decisión material del Tribunal. Se guardará muy bien el *Bundesverfassungsgericht*, de apropiarse una tarea que pertenezca al ámbito de responsabilidad del legislador; no está llamado a servir como *salvador in extremis* de un legislador dubitativo y dividido o escaso de sensibilidad y no especialmente generoso. La pregunta que únicamente puede responder el Tribunal continúa siendo, si la norma o medida a enjuiciar es o no conforme a la Constitución.

Ello se explica, dado que la Ley Fundamental ha dejado *la formación política de voluntad* a un debate lo más abierto posible²⁸. Ello es el caso sobre todo en asuntos y materias sobre las que apenas se pronuncia la Ley Fundamental: como ha sugerido acertadamente Dieter Grimm, en materias no suficientemente definidas en

27. Sobre la singularidad de la Democracia como forma de Estado, cfr. Kurt LENK, *Probleme der Demokratie*, en Hans Joachim Lieber (Hg.), *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*, Bonn 1991, pp. 933 ss., 934.

28. Vid. BRYDE, *supra* nota 22, p. 343.

la Constitución, el principio democrático exige que únicamente decida quién pueda ser responsabilizado en elecciones periódicas²⁹.

1.4 CONFLICTOS DE VALORES EN LA ORDENACIÓN PLURALISTA DE LA SOCIEDAD

Cuando conflictos sobre valores devienen objeto del *control abstracto de normas*, habrá que tener en cuenta que la Ley Fundamental se ha pronunciado a favor de un orden plural de la Sociedad. En situaciones de colisión de posiciones subjetivas jurídico-fundamentales, la conformidad constitucional de una ley no es asunto de mera agudeza jurídica o del arte de la interpretación constitucional. Más bien se requiere una ponderación, es decir, una valoración.

Como ejemplo, puede servir una vez más el conflicto sobre el Derecho de la interrupción del embarazo. En 1993, el *Bundesverfassungsgericht* tenía que contrapesar la posición jurídico-fundamental de la madre frente al derecho a la vida del gestado y no nacido. En 1992, el legislador había resuelto tal conflicto de valores mediante la idea de los plazos. A su tenor, la interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas desde la gestación no sería contraria a Derecho y, en consecuencia, libre de penalización. Es difícil mencionar una ley que haya sido tan debatida en el Parlamento (*Bundestag*) y tutelada por expertos como ésta. El texto definitivo de la Ley era un compromiso duramente negociado entre una serie de propuestas alternativas.

Ante un recurso interpuesto por la minoría parlamentaria³⁰, el *Bundesverfassungsgericht* declaró como no conforme a Derecho la interrupción del embarazo durante los nueve meses. Se ha pronunciado a favor de un modelo de tutela, que combina la fórmula de los plazos con la obligación de dejarse aconsejar³¹. La mayoría parlamentaria desautorizada reprochó al Tribunal haberse apropiado de la tarea del legislador.

Ciertamente, compete al *Bundesverfassungsgericht* decidir autoritativamente sobre la constitucionalidad de una determinada regulación. Con todo, no puede ignorar que el dictamen de constitucionalidad resulta siempre de una matizada valoración. No existe una sentencia absolutamente correcta, y tal grado de verdad no es alcanzable entre humanos sobre la tierra. Lo prueban los votos particulares de Magistrados a numerosas sentencias³².

No es por casualidad precisamente, si registramos diferencias de opinión entre Magistrados: junto a bases históricas y culturales, desempeñan también un significativo papel las divergentes ideas sociales de los juzgadores sobre valores. La metodología jurídica y

29. Vid. Dieter GRIMM, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat*, en Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts II*, München 1977, pg. 83 ss., 100.

30. A tenor del artículo 93. (1) 2. GG un tercio de los Diputados del *Bundestag* puede interponer recurso de inconstitucionalidad contra una Ley. Se habla en estos casos de *control abstracto sobre la constitucionalidad de una norma*, dado que existe la facultad de interposición de un recurso contra una Ley al margen de un caso o conflicto concreto.

31. BVerfGE 88, 203.

32. Cfr. en particular, BVerfGE 88, 338 y 359.

científica nos ha ilustrado entretanto sobre la existencia de una *precomprensión* (*Vorverständnis*), que influye más o menos conscientemente sobre la definición interpretativa del Derecho³³. Ello no tiene que deberse necesariamente a prejuicio (*Voreingenommenheit*) o a parcialidad (*Befangenheit*). Más bien, nos caracterizamos por actitudes existentes detrás de todo conocimiento jurídico, que experimentamos más convincentemente mediante la intuición de lo que somos racionalmente capaces de desarrollarlas. Se trata de una mixtura de convicciones morales, filosófico-jurídicas y políticas que comprenden una determinada comprensión de la realidad.

Con la elección de los Diputados, ya se hace frente a un amplio espectro de tales perspectivas de interpretación. Ello exige respeto decidido para los productos de las labores parlamentarias. De ahí que, en caso de valores en colisión, deba el *Bundesverfassungsgericht* prestar atención menos al resultado que al procedimiento legislativo —es decir, a *la formación de opinión y voluntad política* que ha precedido a la Ley objeto del juicio de constitucionalidad³⁴. Si nada se encuentra que objetar a la buena factura y a la racionalidad del trabajo parlamentario, hay que respetarlo. Ello deberá pesar, sobre todo, cuandoquiera que en las deliberaciones parlamentarias haya sido tomada en cuenta la *cuestión de constitucionalidad* sobre la base del Derecho Constitucional desarrollado por el *Bundesverfassungsgericht*. Cuando se haya echado en falta información, competencia profesional y reflexión, cabe al Tribunal devolver al legislador una decisión normativa de valor, que en su momento bien pudo haber decidido mayoritariamente de forma diferente. Pero el *Bundesverfassungsgericht* se guardará muy mucho de prescribir los contenidos de la regulación a los *autores de la Ley*.

Con ocasión de la sentencia del *impuesto sobre el patrimonio*, uno de los jueces ha advertido al Tribunal que prescribiendo un programa detallado de regulación, no debería el Tribunal salvar al *legislador* del riesgo de apuntarse un nuevo fracaso ante el *Bundesverfassungsgericht*³⁵. No solamente porque tal proceder incurra en decir al Parlamento qué debe hacer, hay que tomar en serio tal advertencia. Tal comportamiento nutre medrosidad e inactividad; a la postre, la falta de voluntad para entenderse y para buscar un compromiso. Da alas a las fuerzas que *sazonan* cada controversia con la amenaza de acudir a Karlsruhe, cada vez que en el proceso legislativo sus ideas se encuentran en minoría. Está en la mano del Tribunal, librarse mediante rigurosa autocontención en el ejercicio de sus competencias del abuso de una política dividida e incapaz de llegar a un compromiso.

1.5 LA AMENAZA CON ACUDIR A KARLSRUHE

Con la pregunta sobre la verdad de tal reproche, vamos a plantearnos ahora su opuesto: ciertamente, la amenaza de recurrir ante el *Bundesverfassungsgericht*

33. Cfr. Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. München 1965; Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodewahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M. 1970, pp. 7, 10 ss., 134.

34. Vid. los votos particulares de WILTRAUD RUPP-VON-BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, en *Archiv für öffentliches Recht*, 102 (1977), pp. 1 ss., 18, así como Helmut SIMON supra nota (20).

35. Cfr. el voto particular de Böckenförde en BVerfGE 93, 149 <152>.

se cuenta entre tanto entre las cartas convencionales de la política. El debate público –también de los últimos tiempos– está lleno de casos, en los que se ha apoyado la argumentación con la predicción de una presunta inconstitucionalidad. La controversia sobre la doble nacionalidad, sin ir más lejos. Y de hecho, en el pasado, se ha llevado a la práctica tal amenaza, habiéndose tratado de continuar el forcejeo político en forma de un contencioso ante el Tribunal.

De todas formas, no estoy de acuerdo con la tesis de Thomas Ellwein, de que al haberse el *Bundesverfassungsgericht* abierto a controversias políticas, se ha visto en 1993 asaltado por *frondas partidarias* de dimensiones hasta entonces desconocidas. Bien puede hacerse referencia al *Derecho de aborto* y a *la intervención en el exterior de las Fuerzas armadas*. Las sentencias del *Tratado de Maastricht*, y de *los impuestos sobre el patrimonio y la herencia* respondieron a recursos de amparo de los ciudadanos. En los recientes conflictos sobre la *introducción del Euro* y la *reforma de la escritura* no se ha tratado tampoco de conflictos de competencias entre órganos políticos. En tales casos, han sido también los ciudadanos quienes han acudido al Tribunal en solicitud de amparo frente una decisión política.

Hay que reconocer, sin embargo, que las sentencias sobre *constitucionalidad de los parámetros de los impuestos del patrimonio y sobre la herencia* no habrían sido necesarias, si el legislador hubiera sacado las consecuencias de la existencia de inconstitucionalidad y aprobado las correspondientes normas. En tal sentido, bien puede decirse que un legislador resistente a adoptar medidas posiblemente impopulares ha provocado por inactividad una sentencia del *Bundesverfassungsgericht*.

Habida cuenta de la rareza de casos de una continuación de la lucha política con medios jurídicos, no procede hablar de una u otra tendencia. Estamos ante generalizaciones, simplificaciones y exageraciones. Pertenece al duro destino de la política, que cada fracaso se vea con cristal de aumento. Tiene razón Wolfgang Thierse al decir, que mientras nos lo prometemos todo de la política, despreciamos profundamente a sus profesionales. Ello acaba traducándose en una crítica exagerada y despiadada.

Al respecto, únicamente nos cabe oponer, que el contrapunto *control político* y *decisión* pertenece a la naturaleza de la división de poderes y a su funcionamiento conforme a Derecho. No deja de ser interesante, que lo que nosotros criticamos como fracaso de nuestra política, se vea en el exterior como dinámica lograda de diferentes instancias de poder, fundamento de la estabilidad *federal-republicana*³⁶. Y así, por ejemplo, fuentes autorizadas en el exterior consideran ejemplar en nuestra estrategia de compromiso y consenso nuestra forma de zanjar el conflicto en torno a *la intervención out of area de las Fuerzas armadas* por el Tribunal Constitucional. Hay que ver, lo distintas que desde cierta distancia pueden verse las cosas.

Es socorrido el comentario, de que los políticos albergan miedo y esperanza de la relación entre Bonn y Karlsruhe –y se sabe, que el miedo afecta a la fantasía

36. Vid. Thomas ELLWEIN; Eckhard JESSE, *Der Überforderte Staat*, Baden-Baden 1994, pg. 135.

37. Vid. Georges BALANCE, *Le secret de la puissance allemande*, en *L'Express International* de 23 marzo 1995, pp. 20-23.

política y al ánimo de decidir. Pero el hecho de que durante 48 años haya considerado el *Bundesverfassungsgericht* inconstitucionales una serie de normas y medidas, no tiene por qué paralizar en las tareas cotidianas al legislador o al Gobierno. El Tribunal no ejerce de censor; ello no es su tarea. En el ejercicio de su función se trata más bien de una toma conjunta de conciencia sobre el contenido y los límites de nuestra Constitución. Si el Tribunal precisa de treinta o más días de deliberación para enjuiciar la constitucionalidad de una norma, no será sino porque la respuesta no era evidente. De ahí, que la constatación de una inconstitucionalidad no sea razón para que el Gobierno y el legislador caigan en la medrosidad o en la inactividad.

Son legión las apelaciones a la continencia del *Bundesverfassungsgericht*. Pues bien, por nuestra parte, con gusto deseamos a la política justo lo contrario: mayor capacidad y confianza en sí misma –también frente al Tribunal Constitucional. Con más urgencia que nunca, andamos necesitados de políticos responsables y animosos a la hora de decidir.

2. SU FUERZA INTEGRADORA

Se ha puesto de moda, invocar el concepto de *integración*. La doctrina –juristas y sociólogos– se interesa recientemente por la fuerza integradora de la Constitución y de la Jurisprudencia constitucional. Bien pudiera la popularidad del tema de reflexión tener que ver con la celebración del medio centenario de la *vetusta* Ley Fundamental. En las revistas especializadas aparecen retrospectivas, balances y panorámicas en las que se comenta tanto la fuerza integradora de la Ley Fundamental como *que el Bundesverfassungsgericht ha devenido una instancia integradora de la democracia y del Estado de Derecho de la Ley Fundamental*³⁸. Tales elogios valen *retrospectivamente* para los logros. Cuando de *la actualidad* se trata, la crisis, en cambio, atrae todas las miradas. Y cuando con tanta frecuencia se alude a *la integración*, demasiado bien sabemos *que ello delata* justo que la misma está en cuestión. Cuando la doctrina otea en el horizonte las perspectivas, las diagnósis discurren entre, de un lado, grandes expectativas y, de otro, el crepúsculo del *Bundesverfassungsgericht*.

Quiénes reflexionan sobre la fuerza integradora de la Jurisprudencia constitucional, recurren con gusto a la *teoría de la integración* de Rudolf Smend. Éste se sirvió de la idea *de la integración* para considerar al Estado como parte de la realidad. Para Smend, el Estado no era una *totalidad en sí misma* de la que resultan expresiones de la vida como las leyes. El Estado existía para el gran jurista de la época de Weimar solo en los diferentes procesos en los que tenía lugar acción

38. Conrado HESSE, Estadios en la historia de la Jurisdicción constitucional alemana, en *Revista de Teoría y Realidad constitucional*, n.º 1, 1998, Madrid: Departamento de Derecho Político, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Originalmente como *Stufen der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit* en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 46, pp. 1-24, 11.

estatal como expresión de una plena relación espiritual. Smend caracteriza al Estado como una *realidad vital de carácter espiritual (geistige Lebenswirklichkeit) en proceso dinámico de desarrollo permanente*³⁹. *El Estado vive únicamente en tal proceso de renovación permanente, de un continuo reverdecimiento; vive, para seguir la caracterización de Renán de la nación, del plebiscito de todos los días*⁴⁰. Con tal metáfora, Smend quiere ayudarnos a visualizar que el Estado depende del acuerdo y la participación de sus ciudadanos⁴¹. Lo que vale también para la democracia en libertad.

2.1 LA RECEPCIÓN DE UN CONCEPTO

La doctrina –jurídica y sociológica– rinde tributo al cuño por Smend de la categoría *integración*. La Sociología define el concepto simplemente como formación y robustecimiento interior de la unidad social⁴². Parámetro de la *integración* son las dimensiones del consenso social. De ahí, el juicio autorizado de que está garantizada la *integración* en una Sociedad, cuando *existe un amplio consenso sobre las relaciones entre poder, dinero, prestigio y mérito, por un lado, y su imbricación con la división social del trabajo, por otro*⁴³.

También se define *integración* en la Ciencia Política con recurso al consenso, pero no reducido a valores materiales y status social. Se hace referencia, además, al reconocimiento de valores y fines fundamentales comunes así como a reglas generales para superación de conflictos, respecto de las cuáles debe existir un mínimo consenso⁴⁴.

Apoyándose en Smend, se interpreta en la *doctrina de Derecho Político (Staatsrechtslehre)* el concepto de *integración* como proceso, y se le define como influencia en la unidad estatal y en la cohesión socio-política. En la reciente doctrina, la elaboración teórica de Smend ha sido condensada en el postulado, de que una Constitución está llamada a generar unidad⁴⁵. En tales definiciones jurídicas corresponde al ciudadano el primer plano. Ello puede explicar que los profesores de Derecho Político (*Staatsrechtslehrer*) hayan interpretado la crítica de la Jurisprudencia constitucional de 1995 como síntoma de una pérdida de la fuerza integradora del *Bundesverfassungsgericht*. Ernesto Benda define, así, *la integración*

39. En tal sentido, SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pg. 18, coincide con Hermann HELLER, *Staatslehre, Gesammelte Schriften*, Bd. III, pg. 114, que en debate con Jorge JELLINEK subrayó que *como el resto de formas políticas de acción, únicamente puede el Estado existir como institución en la medida en que se ve renovado a través de la continua acción humana*.

40. Vid. Rudolf SMEND, *ibidem*, p. 18.

41. Vid. *Evangelisches Staatslexikon*, Art. *Integration*, Voz n.º 804.

42. Cfr. *Herder-Lexikon Soziologie*, 1976, Voz «*Integration*», p. 91.

43. Cfr. Voz «*Integration*» en Werner Fuchs-Heinritz (Hg.), *Lexikon zur Soziologie*, 3. Aufl. 1994, p. 303.

44. Cfr. la voz «*Integration*» en Meyers kleines *Lexikon Politik*, 1986, p. 211 ss.

45. Vid. por ejemplo, Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, BD. I, 2. Aufl. München 1984, p. 90.

como el esfuerzo y el fomento de la unión de los ciudadanos con su Estado⁴⁶. Roman Herzog subraya, que la *integración* de los individuos— es decir, el sentimiento de pertenencia —es de fundamental importancia, no sólo para la existencia del Estado sino asimismo, para el funcionamiento de la Sociedad⁴⁷.

2.2 UN TRIBUNAL DE LOS CIUDADANOS

Veamos el mérito del *Bundesverfassungsgericht* para conseguir que los ciudadanos se identifiquen con la democracia: el recurso de amparo abre el camino hacia el Tribunal⁴⁸. Mediante tal figura jurídica, cualquier persona puede *quejarse* y solicitar la protección del *Bundesverfassungsgericht*, si estima que actos de los poderes públicos han afectado a sus derechos fundamentales. El recurso de amparo ha hecho de los ciudadanos *gendarmes de la Ley Fundamental*. Hay que agradecer a su atención, su sentido del Derecho y, no en última instancia, a su *espíritu de resistencia* que el Tribunal pueda actuar como defensor de los derechos individuales. A diferencia del Defensor del Pueblo (*Ombudsmann*), el *Bundesverfassungsgericht* no es el controlador omnipresente del acatamiento de los derechos fundamentales por Estado y Sociedad. Su singularidad como Tribunal le impide actuar *ex officio*, por preocupados ante determinados fenómenos que puedan estar sus Magistrados. Su intervención requiere previamente de una solicitud o un recurso de amparo.

El recurso de amparo ha cobrado en muy pocos años extraordinaria popularidad. Y la mantiene al paso del tiempo. En la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* el recurso de amparo pesa —y no sólo cuantitativamente⁴⁹. El Derecho judicial nacido de los recursos de amparo no solamente ha concretado la Ley Fundamental, sino que ha ayudado a que ésta echara raíces⁵⁰. Ha dado a la población la conciencia, de que no está inerte ante medidas estatales arbitrarias⁵¹. Precisamente, gracias al *recurso extraordinario de amparo* ha podido el Tribunal tras de 1945 quebrar tradiciones autoritarias⁵², y ha dotado de rasgos firmes a los principios estructurales del Estado de Derecho. Pensemos en las sentencias sobre *libertad de expresión y de prensa*. En las mismas se ha probado, que los derechos fundamentales de la comunicación son estructurales para la democracia en libertad, dado que garantizan el continuo debate que es vital para la democracia⁵³. Dignos

46. Vid. BENDA, El Estado social de Derecho, en Benda, Maihofer, Vogel Hesse, Heyde, en *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse; edición, *prolegomena* y traducción de Antonio López Pina, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Instituto Vasco de Administración Pública, 1996; pp. 487 y ss.

47. Vid. Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, p. 81.

48. Vid. Peter HÄBERLE, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 45, 1997, pp. 89 ss., 112.

49. Vid. Klaus SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., München 1997, marginal 195.

50. Vid. Konrad HESSE, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, en *Juristenzeitung*, 1995, pp. 265, 266.

51. Vid. BENDA; KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, marginal 313.

52. Vid. SCHLAICH, *supra* nota (49).

53. BVerfGE 7, 198 <208>.

de mención son asimismo *la tutela judicial*⁵⁴ y *el derecho a un proceso justo*⁵⁵. Tales principios de Estado de Derecho deben garantizar que en el proceso judicial van a ser tenidos en cuenta todos los datos y perspectivas, y que el imputado nunca va a ser mero objeto del procedimiento. La Jurisprudencia constitucional ha agudizado el sentido de los actores públicos y de los ciudadanos para la eficacia inmediata de los derechos fundamentales⁵⁶.

Las decisiones fomentadoras de integración van más allá del ámbito del recurso de amparo. Pensemos en los contenciosos entre el Gobierno federal y los *Länder*: en la primera sentencia –la famosa primera sobre *televisión*–, el *Bundesverfassungsgericht* creó el mandato de *comportamiento de buena federalidad* (*Bundesfreundliches Verhalten*). Como prueba del sobresaliente reconocimiento del Tribunal, basten unos cuantos datos de encuesta: entre doce instituciones públicas de la República Federal, los ciudadanos otorgan desde hace muchos años su máxima confianza al *Bundesverfassungsgericht*. Sin perjuicio de las intensas críticas recientes, el Tribunal comparte el primer lugar con la policía. Tal primer lugar lo ocupa en solitario en los *nuevos Länder*. Por el contrario, tanto el Gobierno federal como los partidos son colocados por los ciudadanos en los últimos lugares de la escala de confianza⁵⁸.

Pecaríamos de cándidos, si creyéramos que el *Bundesverfassungsgericht* ha tenido efectos pacificadores con sus últimas decisiones. El Tribunal ha pasado por una crisis que ha puesto en tela de juicio su hasta entonces inquebrantable fuerza integradora. Y precisamente en los últimos tiempos: así, algunos se preguntan si la Ley Fundamental garantiza la cohesión y la unidad estatal – y si el *Bundesverfassungsgericht* todavía genera consenso y fomenta la paz jurídica. Ulrich Haltern habla ya del *mito de la integración*⁵⁹ y Niklas Luhman llega a *dar por agotada la textualización* (jurídica) *del Estado*⁶⁰. Como indicadores de la pérdida de la capacidad estatal de integración, se citan los recientes ataques al Tribunal. El momento más crítico de la controversia es datado en los años 1995-1996: es decir, la estruendosa y continua crítica de las decisiones sobre *el Crucifijo, los Soldados son asesinos, Sitzblockaden, fumar Cannabis y espionaje de la República Democrática Alemana*.

La reacción pública a tal jurisprudencia ha reforzado e impulsado la reflexión doctrinal –tanto en la Ciencia del Derecho como en las Ciencias Sociales– sobre la autoridad del *Bundesverfassungsgericht*. La pregunta que se hacen los estudiosos es, cómo explicar el cambio de la indignación y la polémica a la fuerza pacificadora de otro tiempo. Está en juego la capacidad del Tribunal para generar

54. BVerfGE 47, 182 <187 ss.>.

55. BVerfGE 38, 105 <111>.

56. Vid. Peter HÄBERLE, supra nota (48).

57. BVerfGE 12, 205 ss.

58. Vid. Bundesverband Deutscher Banken (Hg.), *Inter / Esse. Wirtschaft und Politik in Daten und Zusammenhängen*, 11 / 97, p. 2.

59. Vid. Ulrich R. HALTERN, *Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 45, 1997, pp. 31 ss., 33.

60. Vid. Niklas LUHMANN, *Metamorphosen des Staates*, en id., *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Bd., 4, 1995, pp. 101 ss., 114.

consenso y conflicto como virtudes de la democracia⁶¹. Es notable que los estudios críticos de la reciente fase turbulenta del Tribunal no son capaces de dar una visión generalmente aceptada, sea acerca de las causas del conflicto entre el Tribunal y sectores de opinión, sea sobre el futuro del *Bundesverfassungsgericht*. De ahí, que las diagnósis sobre el papel futuro del Tribunal discurren entre el agotamiento del modelo y el reconocimiento de su valor como garante de la capacidad de futuro de nuestra Sociedad (*mentor y mediador de lo que sea políticamente posible a largo plazo*)⁶².

2.3 CONSENSO Y CONFLICTO

Compromiso y consenso son los instrumentos de la *integración*. Lo que no empecé, al papel que juega el conflicto en la búsqueda de unidad y estabilidad. Conrado Hesse y Ernesto Benda subrayan, con razón, que con la *tarea integradora* del Estado no procede elevar a principio constitucional el ansia de armonía⁶³. Muy al contrario, el conflicto pertenece a la realidad de la convivencia en Estado y Sociedad. La democracia como *forma de Estado* no se caracteriza por la armonía de sus ciudadanos. Se distingue, más bien, por disponer de procedimientos, por cuyo medio se superan los conflictos y son llevados a un compromiso o consenso (Helmut Diebel). Los conflictos no son el final del Estado constitucional; la democracia se nutre de ellos –siempre que no desborden todo control⁶⁴.

En la onda de Georg Simmel y Ralf Dahrendorf se dice en la Sociología, que los conflictos pueden tener influencia integradora para activar y reforzar valores y normas así como la necesaria adaptación de viejas normas al cambio social. A condición, de que *los partidos en conflicto compartan valores fundamentales y existan estructuras sociales que permitan tolerar y organizar conflictos sociales*⁶⁵. Los conflictos son generalmente considerados como una fuerza movilizadora y renovadora que demanda reformas –cuandoquiera que formas tradicionales no responden por más tiempo a los desafíos de la actualidad. Con razón afirma Conrado Hesse, que quien trata de reprimir el conflicto político pone en juego la unidad política y social⁶⁶.

La tesis de que consenso y conflicto pertenecen a las virtudes de una democracia viva, nos lleva a preguntarnos, si la tarea del *Bundesverfassungsgericht* se limita a zanjar conflictos con su autoridad. ¿Yerra el Tribunal en su

61. Vid. Bernd GUGGENBERGER, *Zwischen Konsens und Konflikt: Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft*, en B. Guggenberger; Th. WÜRTEMBERGER (Hg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998, pp. 202 ss.

62. Cfr. por un lado, Hans J. LIETZMANN, «Reflexiver Konstitutionalismus» und Demokratie – Die moderne Gesellschaft überholt die Verfassungsrechtsprechung», en Guggenberger; Würtenberger, supra, nota (61), pp. 233 ss., 259 ss.; por otro, GUGGENBERGER, supra, nota (61).

63. Vid. BENDA, supra, nota (46), marginal 201; HESSE, supra, nota (38), marginal 7.

64. Vid. GUGGENBERGER, supra, nota (61), p. 205.

65. Vid. HEIDTMANN-FROHME, *Voz «Integration»*, en Harald Kerber; Arnold Schmieder (Hg.), *Handbuch der Soziologie*, 1984, pp. 262 ss., 265.

66. Vid. HESSE, supra, nota (38), marginal 7.

tarea ordenadora cuando desata un conflicto –por más que no lo haga adrede? O más bien, ¿es tarea del *Bundesverfassungsgericht* hacer audible y visible un conflicto (Guggenberger)?⁶⁷

Pero en tan poca medida como es tarea primera del Tribunal crear consenso en la Sociedad, se cuenta entre sus funciones, desencadenar una *productiva inquietud* en la Sociedad. En el momento más álgido de la crítica contra las decisiones del *Crucifijo* y de *los soldados son asesinos* ha declarado un Magistrado: *No la pacificación de la Sociedad, sino hacer cumplir la Constitución es la tarea del Tribunal Constitucional. Cuando sus decisiones restablecen la paz social, se trata de una consecuencia afortunada respecto de la que podemos alegrarnos*⁶⁸. La exégesis y la aplicación de la Constitución son las tareas del *Bundesverfassungsgericht*. La indignación no menos que *la aceptación* se cuentan entre las posibles reacciones a la Jurisprudencia. Cuarenta años de práctica nos aleccionan.

De todos modos, incluso cuando la vigencia de normas y sentencias judiciales no dependa de la aprobación de sus destinatarios los ciudadanos, no puede sernos indiferente su actitud para con el Derecho. Dóndequiera se pierde el sentido para el sentimiento jurídico de la Sociedad por no haberlo buscado desde un principio, se produce, paulatinamente, distancia o extrañamiento respecto del Derecho. Y cuanto más se extienda tal actitud, más afectará a la operatividad y, a la postre, a la vinculatoriedad del Derecho.

Volviendo al tema del conflicto. Justo el instituto de los *votos particulares* prueba, que el conflicto no es completamente ajeno al *Bundesverfassungsgericht*. *Los votos particulares* transportan hacia fuera el conflicto interno, pudiendo contribuir a un incremento del mismo. No voy a detenerme aquí en las ventajas del instituto en sí en la Jurisprudencia del Tribunal. Pero diré, al menos, que los *votos particulares* no afectan a la influencia pacificadora de la decisión mayoritaria. Ciertamente, la existencia de discrepancias es aprovechada para criticar al *Bundesverfassungsgericht*. Pero los ciudadanos descontentos no acostumbran a interpretar los *votos particulares* como una convocatoria para renovar sus ataques.

Es inevitable que haya controversia sobre la Jurisprudencia del Tribunal. Los Magistrados trabajan en la tensión entre el principio mayoritario y los valores constitucionales. *Tan pronto como estén en juego garantías constitucionales, los Magistrados no pueden sino distanciarse de la voluntad general*⁶⁹. Y así, cuando se trata de proteger a una minoría, el *Bundesverfassungsgericht* no puede por temor a la protesta o al debate público inhibirse. Más bien, en tales objetos polémicos de un proceso para llegar a la más persuasiva de las decisiones, el Tribunal echará mano de todos los recursos posibles de conocimiento. En tal sentido, para sensibilizar a la Sociedad para el conflicto y las cuestiones constitucionales en juego puede recurrir a una vista pública o a la audiencia de los afectados y de las organizaciones interesadas. La indagación del trasfondo social puede servir al *Bundesverfassungsgericht*

67. Vid. GUGGENBERGER, *supra*, nota (61), p. 209.

68. Vid. Dieter GRIMM, entrevista en el *Süddeutschen Zeitung* de 9 de diciembre de 1995.

69. Vid. DWORKIN, *Gleichheit, Demokratie und Verfassung: Wir, das Volk und die Richter*, en U. K. Preuss (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1994, p. 172.

para conciliar entre los antagonistas una solución compensatoria. En todo ello, estamos ante métodos de determinación del Derecho (*Rechtsgewinnung*) que fomentan el acatamiento y, por ende, la *integración*.

El análisis objetivo del caso ha jugado siempre un gran papel en la indagación del Tribunal⁷⁰. Ha ayudado a formular sentencias persuasivas y pacificadoras. No descubro secreto de Estado alguno al decir, que en importantes sentencias el *Bundesverfassungsgericht* ha trascendido los *cánones metodológicos* tradicionales, para tener en cuenta las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas. Por ejemplo, los conflictos resultantes de la *Unificación alemana*. Pensemos en *las cargas financieras por saneamiento y deudas (Altschulden)*, el *cambio de elites (Elitenwechsel)* o el *régimen electoral* incluido en el Tratado de Unificación (*Wahlvertrag*). El contencioso sobre *las cargas por saneamiento y deudas* llevó a la Primera Sala (*Erster Senat*) a celebrar vistas públicas en los nuevos *Länder*. En la sentencia sobre el *régimen electoral*, el Tribunal declaró que la compatibilidad de una *cláusula de porcentaje mínimo de votos para acceder al Parlamento (Sperrklausel)* con el principio de igualdad no debe ser considerada en abstracto y con valor general al margen del tiempo; más bien, hay que tener en cuenta las circunstancias del *Land* así como el trasfondo socio-político⁷¹.

2.4. EL PAPEL FUTURO DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Las sentencias al socaire del Tratado de Unificación han sido valoradas, en y fuera de Alemania, como una contribución del Tribunal a la *integración*. El *Bundesverfassungsgericht* ha contribuido decisivamente al consenso fundamental alemán con una pretórica muy satisfactoria en una sabia alternancia entre activismo judicial (p. ej. en materia de la cláusula del 5%) y continencia (sentencia sobre reforma del suelo⁷²) (Häberle)⁷³. En el libro *The Imperfect Union*, el constitucionalista norteamericano Peter E. Quint califica al Tribunal de árbitro poderoso. Según el autor, aquél intenta siempre encontrar un término medio entre intereses en concurrencia. La *Unificación alemana* ha acelerado el desarrollo del *Bundesverfassungsgericht* como órgano estatal, con la *integración social* como una de sus más importantes tareas⁷⁴.

Quint cierra su libro con una reflexión sobre las tareas futuras del Tribunal, coincidiendo con la opinión de Guggenberger. Quint elucubra sobre la posibilidad de que mediante una interpretación expansiva de la jurisprudencia consolidada sobre el postulado del Estado social de Derecho, el *Bundesverfassungsgericht* fomente la *integración* en Alemania. A tal fin, podría servirse de los *enunciados de*

70. Vid. HESSE, supra, nota (38), p. 8.

71. BVerfGE 82, 322.

72. BVerfGE 84, 90.

73. Vid. Peter HÄBERLE, Die europäischen verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Nachkriegszeit – das Beispiel Deutschland, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 46, pp. 69 ss., 80.

74. Vid. Peter E. QUINT, *The Imperfect Union*, Princeton, New Jersey 1997, p. 314.

finés del Estado social (Sozialstaatsziele) contenidos en el proyecto de Constitución de la Mesa Redonda (*Verfassungsentwurf des Runden Tisches*) y en algunas Constituciones de los nuevos *Länder*⁷⁵.

En la idea de que incluso bajo las condiciones de la democracia persiste la necesidad de una institución aristocrática, Guggenberger querría hacer del Tribunal el custodio de las condiciones generales de vida, para, de esa forma, independizar la política de medio ambiente de la discrecionalidad y las vacilaciones de los partidos. Según el autor, en materia de política a largo plazo y de futuro *corresponde a una lógica constitucional específicamente alemana*, confiar más en el *Bundesverfassungsgericht* que en la política⁷⁶.

En este caso, el Tribunal es contemplado más como guía de la política que como guardián de la Constitución. Ninguno de ambos autores ha participado en la *Comisión Mixta de Bundestag y Bundesrat (Gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat)*. Ninguno de ellos ha vivido el difícil alumbramiento del *enunciado de fin del Estado (Staatszielbestimmung) protección del medio ambiente* y el malogro del *fin del Estado medidas sociales*. El fracaso de este último se explica, sobre todo, por la preocupación de la mayor parte de los profesores de Derecho Político y los políticos de que el Parlamento perdiera su actual peso como titular del poder legislativo, y que sufriera menoscabo la división de poderes.

Y, de hecho, la categoría de *enunciados de fines del Estado* impone al Tribunal un ponderado juicio y un dedicado aprendizaje. Tomemos por ejemplo el postulado de Estado social (*Sozialstaatsklausel*), al que se atribuye una fuerza integradora. Está orientado a lograr una compensación de los intereses y el fomento del *bien común*⁷⁷. El postulado del Estado social va dirigido de ordinario al legislador —por más que sirva como directriz para la interpretación de los tribunales. En jurisprudencia consolidada, el *Bundesverfassungsgericht* ha establecido que únicamente el legislador puede hacer *lo esencial* para la realización del Estado social. El mismo está obligado a esforzarse por lograr una *compensación soportable* de los intereses en concurrencia. El Tribunal ha concretado siempre *ad hoc*, caso por caso, tal postulado, habiendo renunciado a definirlo en términos generales. El principio democrático ha sido empleado por el *Bundesverfassungsgericht* como pretexto, para evitar deducir del postulado de Estado social *una determinada obligación constitucional no satisfactible de forma alternativa*⁷⁸.

No es probable que, vía aplicación del postulado de Estado social, vaya el Tribunal a enriquecer el Derecho Constitucional con otros *enunciados de fines del Estado*. Ello es asunto de la política constitucional, que por razones de paz social no puede el *Bundesverfassungsgericht* usurpar. Ciertamente, no hay que excluir que relaciones socio-económicas cambiadas demanden soluciones distintas de los conflictos. De todas maneras, las mismas están confiadas a la fantasía de la política. A la postre, toda medida de Estado social debe ser financiada mediante impuestos y

75. Id., p. 315.

76. Vid. GUGGENBERGER, *supra*, nota (61), pp. 216 ss.

77. Vid. Ernst BENDA, *supra*, nota (46), p. 796.

78. BVerfGE 59, 231 <263>.

otras prestaciones dinerarias de los ciudadanos⁷⁹. De ahí, que los problemas de distribución estén confiados a una *formación de voluntad política* resultado de un debate tan amplio como posible, en la que hay que llegar a un compromiso entre los intereses sociales en conflicto.

Incluso aún cuando los políticos mantengan su pasividad –digamos, por temor al conflicto o por no arriesgarse a una decisión impopular–, no cabe al *Bundesverfassungsgericht* decretar *qua Ley Fundamental* un programa regulador. Cuanto más estrechamente teja el Tribunal la red de mandatos constitucionales, tanto más atará los márgenes de maniobra del legislador y paralizará su fantasía política y ánimo decididor⁸⁰. La función integradora del Tribunal para la totalidad del Estado no le habilita para decisiones concretas o complementarias. De modo semejante a como, inversamente, no afecta la función integradora o pacificadora a la vinculatoriedad de sus sentencias⁸¹. Aquí no se trata de continencia, sino de respetar un mandato constitucional⁸²: la determinación sensible de los límites del ámbito de responsabilidad propio es un deber, justo, del órgano del Estado llamado constitucionalmente a velar por la distribución y el equilibrio del poder estatal.

3. LA ACEPTACIÓN SOCIAL DE LA JURISPRUDENCIA

3.1 LA CRÍTICA DE LAS SENTENCIAS

A lo largo de 1995 y 1996, algunas decisiones han desatado reacciones, para cuyos portavoces el *Bundesverfassungsgericht* había ido demasiado lejos. Una fase semejante de aguda crítica ha llovido sobre el Tribunal cada vez que en poco tiempo se ha acumulado una serie de decisiones polémicas: digamos, en la segunda mitad de los años setenta, cuando no hallaron el beneplácito del *Bundesverfassungsgericht* la primera reforma del *Derecho de aborto*, la enmienda sobre *objección de conciencia y las nuevas paridades en los órganos deliberantes universitarios*. Con anterioridad, estallaron crisis de legitimidad, llegándose a cuestionar sentencias de la Jurisprudencia. Es decir, ha habido momentos previos, en los que, a juzgar por el lenguaje empleado, difícilmente podía haber caído más bajo la reprimenda a los Magistrados⁸³. También la dramática pregunta *Quo vadis, Bundesverfassungsgericht?*,

79. Así piensa con razón BENDA, supra, nota (46), p. 761.

80. Cfr. Helmut SIMON, La Jurisdicción constitucional, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse; edición, *prolegomena* y traducción de Antonio López Pina, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Instituto Vasco de Administración Pública, 1996; pp. 823 y ss.; Rainer WAHL, Der Vorrang der Verfassung, in *Der Staat*, Bd. 20 (1981), pp. 485 ss., 505 ss.

81. Vid. acertadamente, BETHGE, en Maunz; Schmidt-Bleibtreu; Klein; Ulsamer, *Kommentar zum Gesetz betr. Das BVerfG*, Vorbemerkung marginal 47.

82. Vid. Dieter GRIMM, Verfassungsgerichtsbarkeit – Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat, en Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts II*, München 1977, pp. 83 ss., 100.

83. Acerca de las polémicas históricas en torno al Tribunal Constitucional merece la pena la lectura de Richard HÄUSSLER, *Der Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Berlin 1994, especialmente pp. 64 ss., 229.

elegida como discurso inaugural del 61. Deutschen Juristentag 1996, es solamente una cita; había sido formulada en un diario transregional, hace ya tres años, con motivo de la segunda sentencia sobre *la interrupción legal del embarazo*⁸⁴.

Al socaire de la indignación pública provocada por determinadas sentencias del Tribunal, es socorrido entre los columnistas, cuestionar el procedimiento de elección de los Magistrados y la votación en la Cámara⁸⁵. Tales discusiones se aplacan rápidamente, tan pronto como los defensores de una modificación de las relaciones entre mayoría y minoría miran retrospectivamente a los contenciosos del *Bundesverfassungsgericht* y caen en la cuenta, de que la mayoría de 5 a 3 casaba, en cambio, a sus planteamientos cuando de otros temas se trataba. Por ejemplo, desde 1975 hay una solución de plazos en el Derecho Penal de la interrupción legal del embarazo, cuando, en su momento, habría precisado de una mayoría de seis votos para declarar inconstitucional una ley.

Ciertamente, a raíz de *las decisiones sobre todos los soldados son asesinos y el Crucifijo* la crítica del Tribunal ha escalado nuevas dimensiones. Por primera vez en la historia del Parlamento, los grandes partidos han organizado un debate para distanciarse públicamente de una decisión del *Bundesverfassungsgericht*. Objeto de la reprimenda parlamentaria a los jueces era en aquella ocasión la *Soldatenbeschluss*. Por otra parte, no se recuerda una protesta tan masiva como la provocada por el *Kruzifix-Beschluss*. Éste ha dejado atrás la extraordinaria atención que tuvo –no sólo en la doctrina– la sentencia sobre el Tratado de Maastrique (*Maastricht-Entscheidung*). En todo caso, para la República Federal de Alemania. Las reacciones alemanas al *Kruzifix-Beschluss* y al *Soldaten-Beschluss* provocan estupor más allá de nuestras fronteras, mientras que la *Maastricht-Entscheidung* continúa en el centro del debate político y constitucional.

No voy a caer en la tentación, de comentar el acierto y la adecuación de la crítica a las *Kruzifix-, Soldaten-* o la *Sitzblockadenbeschlusses*; tampoco a las *Cannabis-* o *DDR-Spionage-Entscheidung*, por no olvidar el familiar discurso sobre los *pecados* de la *Segunda Sala*. De ello me salvan dos cláusulas de estilo o de prudencia del código del *Bundesverfassungsgericht* para las relaciones con el público. La primera, impone que los Magistrados de una *Sala* no comenten públicamente las *decisiones* de la *otra Sala*. La segunda *regla* recomienda que los Magistrados hablen exclusivamente a través de sus sentencias. Algún comportamiento del Tribunal a raíz del *Kruzifix-Beschluss* en desviación de tal código de conducta no contradice la *regla*; más bien refuerza el dicho popular, de que *se aprende a fuerza de errores*.

3.2 EL PENSAMIENTO Y LA OPINIÓN SOCIAL

Mi actual revista tiene por objeto una objeción que se hace a tales *decisiones*, y que deseo discutir en términos generales. Lo que tengo *in mente* es un

84. Vid. Rainer WAHL; Erhard KÖRTING, Quo vadis Bundesverfassungsgericht? Zwei Anmerkungen zu Entscheidungen des zweiten Senats, en *Frankfurter Rundschau* de 20 de junio de 1993, p. 10.

85. Vid. HÄUSSLER, supra nota (83), pp. 178 ss. Y Rolf LAMPRECHT; Wolfgang MALANOWSKI, *Richter machen Politik*, Frankfurt a. M. 1979, pp. 32 ss.

argumento de la realidad que se dirige a un fenómeno social y a la dimensión sociológica de los pronunciamientos jurisprudenciales, pero que tiene poco que ver con los fundamentos jurídicos de la *decisión*. Durante algún tiempo continuará ocupándonos, si y qué papel juega en la indagación del sentido de la norma. La figura argumentativa es visualizada primeramente con ciertas críticas.

Un Ministro federal, jurista de profesión, se expresó así respecto del *Soldaten-Beschluss*: *bien puede la sentencia ser jurídicamente correcta; político-socialmente es equivocada*. El Obispo protestante de las Fuerzas armadas opinó, que *las decisiones del Bundesverfassungsgericht deben ser comprensibles para el sentido común del ciudadano medio*⁸⁶. Algunos periodistas y escritores de cartas a la Dirección de medios de difusión pensaron que la *Kruzifixenbeschluss* ha sido formulada sin sensibilidad para la realidad, ... caracteriza a la *Kruzifixenbeschluss* la insensibilidad respecto de los sentimientos religiosos de una parte considerable de la población, ... la *Kruzifixenbeschluss* no es comprendida por la mayoría de las personas dentro y fuera de Baviera.

Muchos juristas opinan que el Tribunal se ha alejado de la escala de valores de la mayoría de la población. Comentando la *Kruzifix-Beschluss*, Martin Heckel se pregunta, *si aquí la agudeza jurídica ha perdido el sentido de la relación entre norma y realidad, si el universo categorial se ha alejado demasiado de los problemas objetivos y de las creencias valorativas de la población*⁸⁷. En la controversia en torno al Crucifijo en la escuela pública, se plantea, según Isensee, la identidad de la comunidad: *esta cuestión fundamental precede a todas las normas de la Constitución y a todos sus problemas de interpretación jurídica. Aquí, por razón de ciudadanía, tiene derecho a hablar todo el mundo*⁸⁸. Karl Friedrich Fromme advierte en la *Deutsche Richterzeitschrift* al Tribunal, que *no es su misión fomentar el progreso*. El *Bundesverfassungsgericht* debe reducirse *a registrar con sensibilidad los cambios que se han producido, y a ordenarlos en las facetas de una nueva imagen de la Sociedad que pueda estar emergiendo*. Finalmente, constata Fromme, que *el Tribunal vive como ningún otro de la aceptación de sus decisiones*⁸⁹.

¿Qué es lo que se quiere decir? ¿Se trata solamente de una cuestión de prestigio? ¿Pierde el *Bundesverfassungsgericht* su buena fama cuando los ciudadanos discrepan de su Jurisprudencia? ¿Es el Tribunal infiel a su *más auténtica tarea de interpretar la Constitución*, cuando en vez de pacificar provoca protestas con sus sentencias? En resumidas cuentas, ¿se trata de un asunto empírico, o también de una cuestión normativa y, no en última instancia, del parámetro de constitucionalidad?

No es fácil responder a la pregunta, dado que los críticos recurren a un léxico difuso en términos normativo-empíricos con frecuencia ambivalentes. Aquéllos parecen otorgar importancia tanto a la realidad subjetiva del Derecho como a la

86. Vid. «Meinungsfreiheit zu teuer erkauf», in *Frankfurter Rundschau* de 9 de Noviembre 1995.

87. Vid. Martin HECKEL, Das Kreuz im öffentlichen Raum, en *Deutsches Verwaltungsblatt* 1996, pp. 453, 454.

88. Vid. ISENSEE, Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1996, p. 10.

89. Vid. FROMME, Verlorenes Verfassungs-Mass, en *Deutsche Richterzeitung* 1996, p. 110.

relación entre Derecho y Moral. Hablan así, de *cultura jurídica desarrollada al paso del tiempo*; de *consenso de la mayoría de ideas sobre lo que es correcto*, y de *los puntos de vista de cuantos piensan de forma justa y razonable*⁹⁰. Como prueba de hasta qué extremo se ha alejado el *Bundesverfassungsgericht* del pensamiento y de la opinión de los alemanes, gustan de remitirse a evidencias demoscópicas. La frase, *Quo vadis, Bundesverfassungsgericht?* apunta también a un elemento plebiscitario. Con todo, la diagnosis de la falta de *aceptación* no se agota en la resonancia pública negativa. Apunta, además, a la existencia de un déficit de la Jurisprudencia; cuestiona incluso que sea correcta. Un periodista, del diario transregional que para indagar la condición del Tribunal en la opinión pública financia el *Allensbacher Institut für Demoskopie*, titula su columna, *pérdida de la medida de la Constitución*. Ello plantea la cuestión de qué se entiende por *aceptación*; de si la misma debe ser respetada en el proceso judicial de indagación del Derecho y, en su caso, de cómo verificarla.

3.3 EL CONCEPTO DE ACEPTACIÓN

La idea de *la aceptación*, a la que se recurre con frecuencia en la Jurisprudencia, carece de tradición en la disciplina del mismo nombre, que no es sino una doctrina del tallado intelectual y de la decisión acerca del Derecho. La idea de *la aceptación* no aparece en teoría alguna del método. Solamente la encontramos en ciertos manuales de Filosofía del Derecho y de Sociología del Derecho. El único *Rechts-Lexikon* que informa sobre la idea de *la aceptación* deja claro desde un principio, que tal concepto es extraño tanto al lenguaje legal como a la dogmática tradicional. Tales páginas caracterizan en el debate político al fenómeno, de que los afectados acatan, es decir, deben aceptar los resultados de la actividad estatal y, por ende, de las decisiones judiciales; a la postre, *de acuerdo con la naturaleza del Derecho, éste está orientado al consenso*⁹². Una relación semejante es subrayada por Reinhold Zippelius: *toda vez que el consenso mayoritario forma la base de legitimación de decisiones justas, los representantes tienen que esforzarse por adoptar decisiones dotadas de fuerza de convicción, que sean asumibles por la parte predominante de la comunidad jurídica* (requisito de la *aceptación*)⁹³.

Hasta hoy se debate sobre si y hasta qué extremo precisan la ley y la sentencia judicial de reconocimiento público o incluso privado. En controversia con Jürgen Habermas y Ralf Dreier, el filósofo del Derecho Werner Krawietz defiende

90. Cfr. las figuras retóricas de FROMME con las que trata de conceptualizar el pensamiento jurídico de la Sociedad o de determinados círculos, supra, nota (89).

91. Vid. FROMME, supra nota (87).

92. Vid. in Horst TILCH (Hg.), *Deutsches Rechts-Lexikon*, Bd. I, A – F, 2. Aufl., München 1992, Voz *Akzeptanz*, p. 106. También ERNESTO BENDA considera importante la búsqueda de consenso; el Presidente *emérito* del Tribunal Constitucional ha sido uno de los pioneros en interesarse por la aceptación popular de la Jurisprudencia constitucional. Cfr. Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, en *Die öffentliche Verwaltung* 1983, pp. 305 ss.

93. Vid. Reinhold ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. München 1994, & 21 I 3, p. 149.

la tesis, de que en el moderno ordenamiento jurídico no es un fundamento de la validez del Derecho (*Geltungsgrund*) la aceptación por la opinión pública o por los destinatarios de una norma. Hay que suponer en cada momento el acuerdo de los ciudadanos con el Derecho vigente. *Ni se presupone, ni se pide un consenso real documentable y existente concretamente caso por caso y no se demanda un acatamiento de la mente. Basta con conducirse bajo el Derecho; es decir, conforme (y no en discrepancia) con las normas –por diversos que puedan ser los motivos*⁹⁴.

Dejemos por un momento la *Teoría del Derecho*, y veamos qué nos dice la *Sociología*. Pues bien, la *aceptación* como tema está de moda tanto en la Sociología como en la Sociología Política. Ello podemos estimarlo en el sentido, de que *cada día es menos evidente en nuestra Sociedad el estar de acuerdo*⁹⁵. Pero tampoco podemos por menos de escuchar el eco de los impulsos democráticos. Y así, se justifica la especial atención que tiene la *aceptación del Derecho* mediante el simpático argumento, de que a diferencia de los regímenes autocráticos, las democracias requieren no la obediencia sino el acuerdo del pueblo⁹⁶.

En cuanto concepto del análisis sociológico, la *aceptación* no se expresa o agota en un comportamiento externo conformista. En cierto modo, se trata de la vertiente subjetiva de la legitimidad. Concebida como resonancia positiva de la opinión pública, forma la *aceptación* la contracara de la indignación, la vertiente subjetiva inversa de la legitimidad. La *aceptación* no se agota en la recepción y asunción pasiva de medidas administrativas. Comprende un *apropiarse de* y un *normativo lo que se considera correcto*.

Y a propósito. Cuando el Presidente del Gobierno de Baviera Stoiber declaró que respetaba el *Kruzifix-Beschluss* pero que no podía aceptarlo, estaba sintonizando con el universo conceptual de la Sociología. Stoiber no consideraba correcta la *decisión* del *Bundesverfassungsgericht*. El Presidente del Gobierno de Baviera es muy dueño de pensar como estime oportuno.

Volviendo a la idea de *aceptación*: ésta significa un dato socialmente asumible y a la vez un dato mental, que se expresa en una disposición positiva respecto de una norma o una decisión⁹⁷. La *aceptación* no es una característica que corresponda por naturaleza a decisiones o a proyectos de decisión⁹⁸. La *aceptación* sigue a decisiones de los poderes estatales, digamos, a los tribunales⁹⁹. Ciertamente,

94. Vid. Werner KRAWIETZ, *Anerkennung als Geltungsgrund des Rechts in den modernen Rechtssystemen*, en Gerd Haney u. A (Hg.), *Recht und Ideologie*, Festschrift für Hermann Klenner, Freiburg - Berlin 1996, pp. 104, 139.

95. Vid. Doris LUCKE, *Grenzen der Legitimation - Zum Strukturwandel der Akzeptanz*, en Lars Clausen (Hg.), *Gesellschaften im Umbruch*, Frankfurt; New York 1996, pg. 473.

96. Vid. Johannes W. PICHLER; Karin J. GIESE, *Rechtsakzeptanz*, Wien u. A 1993, p. 46.

97. Para PICHLER; GIESE la aceptación jurídica es un aspecto parcial de la conciencia jurídica. La misma se caracteriza *por el hecho, de que el destinatario no solamente toma conciencia de las normas jurídicas sino que las considera correctas y, a su tenor, se manifiesta dispuesto a asumir las consecuencias*. A diferencia de otros autores en la Sociología, PICHLER y GIESE no exigen un acuerdo meditado y en su caso argumentable. Dondequiera que la aceptación de una norma no se funda racionalmente, consideran que se ven afectados aspectos del sentimiento del Derecho no de la conciencia jurídica. Supra, nota (96), pp. 28 ss.

98. Vid. Doris LUCKE, *Akzeptanz - Legitimität in der "Abstimmungsgesellschaft"*, Opladen 1995, p. 91.

99. Cfr. BENDA, supra, nota (92), p. 306.

contiene *la aceptación* elementos normativos, en la medida en que el acuerdo con una decisión arrojará a ésta con una también extraordinaria resistencia¹⁰⁰. Por más que el concepto de *aceptación* no comporte norma alguna. El reconocimiento de determinadas normas o decisiones por la opinión pública no es interpretable como medida o prueba de su *corrección normativa*. *La aceptación* no es asegurable mediante el cumplimiento de principios abstractos racionales o morales de adopción de decisiones¹⁰¹.

3.4 QUÉ CONOCIMIENTOS BUSCA EL ACTUAL ANÁLISIS SOBRE *LA ACEPTACIÓN*

Los sociólogos que reflexionan actualmente sobre *la aceptación* no andan necesariamente detrás de contenidos correctos. En tal sentido, el concepto amplio de *aceptación*, que comprende el acuerdo con la regulación de cada momento, no tiene que preocupar a los *teóricos del Derecho* centrados en el problema de la *validez del Derecho*. Los sociólogos se ocupan más bien, de hasta qué extremo puede tener éxito *la aceptación social* de decisiones conflictivas. Este interés del análisis sociológico se explica por la idea, de que cuando se consolidan determinadas opiniones sobre el Derecho ponen límites a las posibilidades de dirección del Estado¹⁰². De ahí que los sociólogos se pregunten, cómo modelar procesos de adopción de decisiones para garantizar *la aceptación* de sus resultados: ¿cabe superar conflictos, y, por ende, ganar legitimidad mediante procedimientos?¹⁰³ ¿Son negociaciones el mejor expediente para poner en marcha procesos de aprendizaje que desemboquen en *la aceptación* de una decisión?¹⁰⁴.

Un interés semejante inspira los actuales análisis sobre *la aceptación del Derecho*. También se preguntan, si es mejorable la fuerza real de integración y vinculante del Derecho. Tal cuestión también nos interpela a nosotros: habida cuenta de que incluso aún cuando la validez de las normas o de la Jurisprudencia no dependa de *la aceptación* de los destinatarios, no nos es indiferente la posición de éstos respecto del Derecho. Dondequiera se extravía la comprensión del sentido popular del Derecho por haberse prescindido de intentarlo, se produce paulatinamente distancia o extrañamiento respecto del Derecho. Y cuanto más se extienda tal actitud, más acaba afectando a la funcionalidad y, a la postre, a la fuerza vinculante del Derecho.

Los estudiosos de *la aceptación* mantienen la tesis, de que el buen funcionamiento de un ordenamiento jurídico depende menos de la influencia psicológica de la coerción que caracteriza al Derecho, que del sentido del Derecho de los destinatarios de las normas¹⁰⁵. Según una encuesta, el 80% de los alemanes mantiene

100. Vid. Doris LUCKE, *supra* nota (98), pp. 96 – 100.

101. Vid. Hendrik VOLLMER, *Akzeptanzbeschaffung: Verfahren und Verhandlungen*, en *Zeitschrift für Soziologie*, 1996 (Heft 2), pp. 147, 162.

102. Vid. PICHLER; GIESE, *supra* nota (96), pp. 48 y 49.

103. Vid. la obra clásica de Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied und Berlin 1969.

104. Vid. Hendrik VOLLMER, *supra* nota (101).

105. Vid. PICHLER; GIESE, *supra* nota (96), p. 24.

que hay que cumplir las leyes, incluso aún cuando se discrepe de las mismas. Tal *lealtad al Derecho a partir de la conciencia en la necesidad de leyes de origen democrático* puede también depender de que las decisiones del legislador sean comprensibles: el *ciudadano consciente de la Democracia exige tener acceso a los motivos y fundamentos, así como que las premisas de partida sean comprobables* (Pichler / Giese¹⁰⁶). Este ciudadano se diferencia del que *piensa de forma justa y razonable*, en que si bien quiere ser convencido, no pretende ser un seismógrafo de estándares morales. Volveré más abajo sobre el segundo tipo ideal de hombre.

La referencia a la *lealtad al Derecho a partir de la conciencia en la necesidad de leyes de origen democrático* evidencia, que hay formas o grados diversos de *aceptación*. Benda, por ejemplo, distingue entre *aceptación material y formal*. En la primera, la decisión que se plantea es considerada materialmente correcta y convincente. La *aceptación formal* significa, por el contrario, *la disposición de ánimo para cumplir incluso las decisiones de los tribunales de las que se discrepa*. Esta forma de expresión constituye el mínimo de *aceptación*, si no queremos renunciar a la *pacificación vía Jurisprudencia*. Benda considera, acertadamente, tal forma mínima de *aceptación* como *la condición sine qua non de la operatividad del ordenamiento jurídico*¹⁰⁷.

3.5 EL RESPETO DE LA ACEPTACIÓN JURÍDICA

Pero, habida cuenta de que *los jueces y tribunales están vinculados por la Ley y el Derecho*, ¿puede pesar en su juicio, lo que piense y opine la generalidad de la población? Tal vinculación a las normas vale igualmente para el *Bundesverfassungsgericht*. Sin embargo, la necesidad de interpretación y concreción de todo Derecho escrito se revela especialmente en los presupuestos normativos. Se caracterizan por un reducido grado de concreción. Se trata de normas de considerable *apertura* y de márgenes de interpretación difícilmente limitables¹⁰⁸. La Ley Fundamental contiene —si hacemos excepción de la parte orgánica— sobre todo *principios*, que a fin de poder ser aplicados deben ser antes que nada concretados¹⁰⁹. Por ejemplo, el enunciado constitucional de que *la República Federal es un Estado social de Derecho* (art. 28.1 GG). Pero también la tabla de derechos fundamentales utiliza conceptos, cuyo contenido solamente es determinable con ayuda de interpretación o valoración; eventualmente, con recurso a ideas extrajurídicas o experiencias históricas¹¹⁰. Pensemos en la dignidad humana, protegida por el artículo 1 GG, o en la familia, bajo especial protección del Estado a tenor del artículo 6 GG.

106. Vid. PICHLER; GIESE, supra nota (96) pp. 52 y 44.

107. Vid. Ernst BENDA, supra nota (92), p. 306.

108. Vid. Wolfgang ZEIDLER, en *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*. Ein Cappenberger Gespräch, Köln 1980, p. 46; Brun-Otto BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 1982, p. 107.

109. Vid. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, en id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl. Frankfurt a. M., pp. 53, 58; Willi GEIGER, *Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichtsbarkeit*, Düsseldorf 1965, p. 4.

110. Vid. GEIGER, ibid.

Si la Jurisprudencia constitucional no es solamente exégesis textual sino siempre *creación de Derecho (Rechtsschöpfung)*, no hay que excluir que el Tribunal busque información extramuros –por más que en el marco– de la Ley Fundamental. El *Bundesverfassungsgericht* ha invocado, en uno u otro caso, sea *las expectativas generales de justicia*, sea *el sentimiento generalizado de qué sea justo*. El Tribunal únicamente ha hecho referencia a fuentes secundarias de las que procede su conocimiento en tales materias¹¹¹. A la hora de considerar constitucionalmente conforme la aceptación por los tribunales civiles de un derecho general de la personalidad, el *Bundesverfassungsgericht* se apoya en voces autorizadas de la doctrina, como *expresión de ideas generalizadas de justicia*¹¹².

La cuestión que se plantea es, si el Tribunal ha de tener necesariamente en cuenta que su Jurisprudencia coincida con las expectativas de justicia y la escala de valores de la Sociedad. Benda lo afirma sin ambages. El antiguo Presidente del *Bundesverfassungsgericht* arguye un deber jurídico del Tribunal, *de elaborar una Jurisprudencia socialmente aceptable*. A su juicio, la obligación del juez constitucional de fallar un caso de modo que el resultado encuentre *aceptación* en la Sociedad, se sigue del principio democrático. Además, la Jurisdicción está vinculada a la Ley y al Derecho¹¹³, a tenor del artículo 20.3 GG. La idea del Derecho presupone traer a consideración la voluntad popular. Benda remite aquí a los fenómenos de la *observancia* y del Derecho consuetudinario, en los que se presupone la *aceptación social* en forma de *communis opinio*¹¹⁴.

La presunción de un deber jurídico del *Bundesverfassungsgericht* de adoptar *decisiones socialmente aceptables*, parece a primera vista formulada con demasiada rotundidad: produce la impresión, de que el Tribunal no puede por menos de tener en cuenta la voluntad popular. Precisamente, la Ley Fundamental ha limitado en forma determinada el derecho a decidir discrecionalmente de la mayoría. Ello aparece en el pórtico del régimen jurídico de primacía de la Constitución (art. 1.3 GG) y en la cláusula de intastabilidad (art. 79.3 GG), a tenor de los cuáles la dignidad humana y los principios estructurales del Estado *no están a disposición* ni siquiera de una mayoría cualificada. La *regla de la mayoría* no es el único componente de la democracia occidental. La democracia no significa solamente que *todos los poderes públicos emanan del pueblo* y que la política es determinada por los representantes populares elegidos. A la democracia pertenecen también determinados valores que vinculan a los órganos del Estado; la democracia no puede ser preservada sin la vigencia de los derechos fundamentales. De la forma más severa lo hemos experimentado en este siglo, sobre todo en nuestro propio país. La democracia es, en consecuencia, un equilibrio delicado entre la *regla de la mayoría* y determinados valores como los derechos humanos¹¹⁵.

111. Cfr. BVerfGE 8, 174 <183>; 45, 187 <259>. Para tales referencias, cfr. Gerhard ROBBERS, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 1980, pp. 23 ss., 98.

112. BVerfGE 34, 269 <290>.

113. BENDA ha acuñado el empleo en cursiva del término *Gesetz und Recht* (Art. 20.3 GG), supra nota (92), p. 307.

114. Sobre el particular, cfr. BENDA, supra nota (92), p. 307.

115. Vid. Aharon BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven 1989, p. 129.

Los jueces constitucionales han de ser conscientes de trabajar en tensión entre la *regla de la mayoría* y los valores constitucionales. Los Magistrados juran –como el resto de los mandatarios– la Constitución. Tienen, en consecuencia –como ha subrayado Ronald Dworkin–, que *marcar distancias respecto de la mayoría o de la voluntad general tan pronto como estén en juego garantías constitucionales*¹¹⁶.

En tal sentido, no vale menos para el principio democrático que para la fórmula ritual de *en nombre del Pueblo*, con la que inicia el *Bundesverfassungsgericht* cada sentencia. Tal rúbrica recuerda a los jueces que sirven a una democracia. De ello se sigue la controlabilidad por la opinión pública. Los Magistrados deben pronunciar Derecho, al margen del aplauso o la crítica que puedan recibir por ello. Por más, que deban tener en cuenta los valores de la Sociedad y qué valores son aceptados por otros miembros de la misma. La fórmula *en nombre del Pueblo* no tiene pues el sentido de hacer a los jueces constitucionales meros portavoces del soberano; es decir, de reducirlos a la boca que pronuncia la voluntad popular.

Ello no estaba en la intención de Benda –lo que es perceptible sin más, de sus comentarios sobre los límites a la hora de considerar la *aceptación social*¹¹⁷. Lo importante para Benda –como para Zippelius– son sobre todo los fundamentos de la legitimidad práctica. Las cosas como son: no hay inconveniente en conceder, que también el Tribunal está expuesto a la presión de la opinión pública a efectos de legitimación –las decisiones judiciales con desprecio para la acción y el pensamiento de la Sociedad corren el riesgo de perder no sólo prestigio sino asimismo influencia¹¹⁸. Tal proceder pondría en juego la propia función social de *mantener en sintonía Derecho y Sociedad, y, de esa forma, contribuir a la integración de la Sociedad*¹¹⁹. La *integración* es lograda en la estela del principio democrático, en la medida en que un número considerable participa en la elección de las pautas de ordenación jurídica. Ello requiere, por otro lado, impedir que los jueces sigan su idea personal *de lo que sea correcto*. Y, en última instancia, sirve a la eficacia del Derecho, que los Magistrados ejerzan su poder en la conciencia de los valores sociales –*un Derecho que es sentido como justo por la mayoría, tiene las mejores expectativas para ser acatado* (Zippelius)¹²⁰.

3.6 LA MEDIDA Y LA INFLUENCIA DE LA ACEPTACIÓN

¿Qué medios tiene a disposición un Tribunal que se propone adoptar *fallos* convincentes que tengan *aceptación*? Aquí hay que mencionar medios y vías que amplían el horizonte de reflexión de los jueces: *vistas* y petición de dictámenes tanto de los otros órganos constitucionales como de las organizaciones interesadas

116. Vid. Ronald DWORKIN, GLEICHHEIT, Demokratie und die Verfassung: Wir, das Volk und die Richter, en U. K. Preuss (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a. M. 1994, p. 172.

117. Vid. BENDA, supra nota (92), p. 308.

118. Acertadamente, vid. ZIPPELIUS, supra nota (93), p. 150.

119. Ibid.

120. Sobre el particular, cfr. ZIPPELIUS, supra nota (93), p. 148.

en el contencioso de que se trate¹²¹. El *Bundesverfassungsgericht* recurre a tales medios y vías, cuando se trata de grandes procesos y en el caso de recursos de amparo que afectan a cuestiones constitucionales de importancia. La carga actual de trabajo del Tribunal¹²² hace que cada vez sea se recurra más raramente en ambas *Cámaras a la vista*. Los debates *pro* y *contra* en los medios de difusión provocados por la celebración de *una vista* ofrecen no solamente valiosos puntos de apoyo para la opinión pública en una Sociedad pluralista. Gracias a la información, a la expresión de los intereses en pugna y a la discusión tematizadora de distintos idearios, el procesamiento en los medios de la materia objeto del contencioso sirve simultáneamente a la asimilación social de la sentencia subsiguiente. Sobre todo, cuando la misma no llega a contentar a las partes en conflicto.

Podemos dudar que los textos de juristas, incluso cuando informan sobre la opinión dominante, puedan ser leídos como expresión de ideas generalizadas de justicia en la Sociedad. De todos modos, ofrecen respuesta a la pregunta de los jueces, de si su fallo casa con la visión tradicional del Derecho, y si es capaz de obtener el consenso de los constitucionalistas¹²³. En caso de que la respuesta sea negativa, las voces autorizadas de la doctrina exigirían del *Bundesverfassungsgericht* la carga de una especial argumentación. Aquéllas requieren del Tribunal que explicita los principios y las cambiadas demandas sociales que han determinado su sentencia –*la aceptación* de la Jurisprudencia depende en buena parte de la fuerza de persuasión de los argumentos dados por el *Bundesverfassungsgericht*.

Benda arguye con razón, que la Jurisprudencia del Tribunal no agota su función en responder cuestiones constitucionales concretas. El *Bundesverfassungsgericht* ha de esforzarse, además, en *pacificar a través de sus fallos, en el sentido de preservar y reforzar el consenso fundamental de nuestra Sociedad*¹²⁴. En la Jurisprudencia, el Tribunal debe reflexionar en voz alta sobre qué valores constitucionales de consenso inspiran su decisión, y en qué modo están referidos al ideal de un Estado social y democrático de Derecho que gire en torno a la dignidad humana. Ello tiene especial valor; cuando el *Bundesverfassungsgericht* se ve llamado a adoptar sentencias polémicas de alto calado que difícilmente pueden satisfacer a todos los afectados o interesados – el Tribunal no solo es una instancia política de poder; simultáneamente, es uno de los garantes de la estabilidad democrática. La Ley Fundamental ha sido concretada y ha arraigado en Alemania gracias al arbitraje del Tribunal en conflictos de competencias (*Staatsgerichtshof*) y a su Jurisprudencia sobre los derechos fundamentales¹²⁵. Tal legado obliga a los actuales jueces y a las futuras cohortes de Magistrados constitucionales. Se espera de ellos que pronuncien Derecho, en la conciencia de ser interlocutores en un debate permanente sobre el futuro político. Ello comporta respeto para el compromiso –como estadio previo de un consenso a perseguir de continuo.

121. Vid. BENDA, supra nota (92), p. 309.

122. Dieciséis Magistrados han tenido que plantearse, en 1995, 5.911 procesos y, en 1996, 5.246.

123. Vid. ZIPPELIUS, supra nota (93), p. 148.

124. Vid. BENDA, supra nota (92), p. 307.

125. Vid. KONRAD HESSE, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in *Juristenzeitung*, 1995, pp. 265, 266.

3.7 CORRECTIVOS PARA EL *EXTRAÑAMIENTO DEL MUNDO* QUE CARACTERIZA A LOS JUECES

Los críticos de las decisiones controvertidas del *Bundesverfassungsgericht*, de mediados los noventa, no se han planteado la verificabilidad de *la aceptación*; se han contentado simplemente con diagnosticarla. Mediante la protesta pública contra la *Soldaten-Beschluss* y la *Kruzifix-Entscheidung*, se han liberado a sí mismos de la obligación de hacer indagación alguna. Además, los mensajes del *Allensbacher Institut für Demoskopie* iban en la misma línea y parecían documentar desde la Sociología la indignación pública. Ambas reacciones públicas, asimiladas con gratitud por la legión de comentaristas de la Jurisprudencia, revitalizaron determinadas figuras de la Jurisprudencia como correctivos de unos pronunciamientos judiciales ajenos a la realidad. Se pensó así tanto en *el sentido común del ciudadano medio* como en *cuantos piensan de forma justa y razonable*. La demoscopia y el juicio de *cuantos piensan de forma justa y razonable* merecen especial atención dado que no solamente expresan la *capacidad de aceptación* de pronunciamientos de Derecho (*Rechtsmeinungen*). Demandan además papel y peso propio en la interpretación judicial del Derecho.

3.8 LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LA DEMOSCOPIA

Estamos familiarizados con que la demoscopia no solo informe a los políticos sobre su popularidad; sino, que dé cuenta asimismo de lo que los consumidores fulano y zutano consideran problemas predominantes de nuestra Sociedad, y lo que piensan respecto de la capacidad de juicio y de decisión de los representantes electos. ¡Por qué no va a ser una buena idea, que cuando los jueces constitucionales hayan de optar entre dos decisiones alternativas, les ayude la demoscopia a colocarse en la onda plebiscitaria!

Elisabeth Noelle-Neumann, creadora del *Allensbacher Institut für Demoskopie*, intentó hace una década convencer a Ernesto Benda, de que a la hora de aplicar *leyes no escritas* la demoscopia podía ser útil a los jueces constitucionales¹²⁶. Para Noelle-Neumann, tales *leyes no-escritas* no son normas de naturaleza jurídica. La directora del Instituto estaba pensando en reglas de comportamiento moral y de buenas costumbres, que de forma semejante al Derecho sirven a un principio de orden en la vida social. Noelle-Neumann caracteriza tales pautas de ordenación extrajurídica (*ausserrechtliche Ordnungsmuster*) como instrumentos de control social, *de negación*, sino que, en la medida en que contribuyen a la *integración social*, tienen asimismo una influencia positiva. Noelle-Neumann se apoya en Ihering para caracterizar a la opinión pública como *guardiana de la moral*¹²⁷. Más que

126. Cfr. Ernst BENDA, Konsens, Meinungsforschung und Verfassung, en *Die öffentliche Verwaltung* 1982, pg. 877 ss.; Elisabeth NOELLE-NEUMANN, Das Bundesverfassungsgericht und die ungeschriebenen Gesetze - eine Antwort an Ernst Benda, *Die öffentliche Verwaltung*, 1982, pp. 883 ss.

127. Vid. Elisabeth NOELLE-NEUMANN, *Öffentliche Meinung und soziale Kontrolle*, Tübingen 1966, pp. 9-12.

en sus *aspectos de socialización*, interesa a Noelle-Neumann la relación entre la opinión pública y los poderes políticos. La opinión pública tiene frente a los poderes políticos la misma función que respecto de los miembros de la Sociedad, *la integración*: frente a la autoridad, la opinión pública opera *para que no se agrande demasiado la distancia entre gobernantes y gobernados*¹²⁸. ¿Por qué tal forma de ver las cosas no va a ser válida precisamente para unos jueces alejados de la lucha política diaria, que se dedican a mirar a las estrellas o, peor aún, que están en las nubes!

Pero incluso quién comparta la función controladora y consensualizadora de la opinión pública, sentirá escepticismo ante la tesis de Noelle-Neumann, de que es posible diagnosticar consenso con ayuda de encuestas estadísticamente representativas. No es accidental que, con ocasión de controversias constitucionales, nunca haya el *Bundesverfassungsgericht* buscado consejo en la demoscopia. Precisamente, la expresión de *las leyes no escritas* de Noelle-Neumann avisa del peligro, de que formas colectivas de pensar, empíricamente constatadas, sean súbitamente interpretadas como elementos de un orden de valores previo a y extramuros del Derecho. La torpe extrapolación de resultados de encuesta a pronunciamientos normativos se aprecia en un sondeo del *Allensbacher Institut* dedicado a la imagen social del Tribunal. Se pedía a los ciudadanos su opinión sobre las *Soldaten- y Krutifix-Beschlüsse* entre otras. El hecho de que una mayoría de la población discrepara de tal Jurisprudencia, ha llevado a Renate Köcher, actual directora del Instituto, a inferir la discrepancia entre el orden de valores del *Bundesverfassungsgericht* y el propio de los alemanes¹²⁹. Le ha faltado tiempo para deducir la *incorrección normativa de la Jurisprudencia* del rechazo público de determinadas sentencias.

Ciertamente, una demoscopia profesional se guardará de interpretar *la aceptación social* de determinadas normas como medida de la esencial corrección de normas jurídicas o sentencias judiciales¹³⁰. Pero, incluso quiénes estén convencidos de la utilidad de los conocimientos sociológicos para la interpretación del Derecho, se mostrarán escépticos ante quiénes pretendan concretar la Constitución con ayuda de la demoscopia. Incluso los críticos que documentan con tales datos de encuesta la pérdida de prestigio del Tribunal, no les reconocen valor hermenéutico. Demasiado se dan cuenta, de que de otro modo se pagaría el precio de sustituir, por una aparente objetividad, la razón como parámetro de la interpretación. Hablamos así de un espejismo de la objetividad, porque no es correcto hacer equivalente el orden de valores de nuestra comunidad con la opinión mayoritaria de la población. ¿Es que no puede darse una conciencia jurídica resquebrajada (*marodes Rechtsbewusstsein*)? Esta objetividad aparente es perseguida a costa de la razón, dado que no se discute las razones de las opiniones, ni si tales opiniones son correctas o equivocadas¹³¹. La demoscopia toma al hombre tal cual es y no como debería ser.

128. Id., p. 14.

129. Vid. Renate KÖCHER, Hüter oder Herrscher, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 25 de octubre de 1995.

130. Acertadamente, PICHLER; GIESE, supra nota (96), p. 91.

131. Cfr. la crítica de semejantes análisis empíricos con el método empírico-sociológico creado por MDDOUGAL Y LASSWELL por Martin KRIELE en *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1967, pp. 102 ss., 108, 112.

Benda ha puesto el dedo en la llaga al afirmar, que no puede llevarse a cabo un debate mantenedor o formador de consenso con los medios de la demoscopia¹³². La demoscopia no habla con los hombres o con la totalidad de la población. Demanda únicamente respuestas espontáneas, sin que el encuestado tenga oportunidad de formarse una opinión fundada. Precisamente, cuando la democracia vive de la discusión entre *pros* y *contras*, de la pugna común por un consenso sobre valores.

3.9 EL CONSENSO DE CUANTOS PIENSAN DE FORMA JUSTA Y RAZONABLE

A fin de evitar la subjetividad de los jueces, y si ciertos instrumentos plebiscitarios no tienen virtualidad como apoyos, ¿vendrán planteamientos elitistas en nuestra ayuda? En una conferencia sobre *principios de la interpretación constitucional*, hace años se preguntaba Horst Ehmke, *quién decide si la propia naturaleza de las cosas sirve a fundamentar fuerza de persuasión constitucional*. Según Ehmke, *desde luego no el Bundesverfassungsgericht sino más bien el consenso de cuantos piensan de forma justa y razonable*¹³³.

Tipos ideales como *la persona conocedora del Derecho (der verständige Rechtsgenosse)* o *cuantos piensan de forma justa y razonable (der billig und korrekt denkende)* son figuras retóricas de las que la Jurisprudencia acostumbra a echar mano. A primera vista, no parece sino que se tratara de un tipo ideal de hombre, empíricamente fijable. De hecho, se trata de un estándar empírico-normativo ambivalente que en absoluto ofrece información. El *giro lingüístico* de *cuantos piensan de forma justa y razonable* solamente informa sobre la idea de quiénes lo emplean. Expresa, que el problema a decidir debe ser superado en un determinado estilo de pensamiento. Tal fórmula pretende una técnica de extrañamiento que sirve poco a un juez a la hora de distanciarse de su *precomprensión (Vorverständnis)*; pretende sobre todo resolver el problema del juez sobre la base del *sentido común del ciudadano medio*¹³⁴.

Ehmke no trata de eludir una cuestión tan importante. No es tal escapada la que persigue Ehmke. La referencia al *consenso de cuantos piensan de forma justa y razonable* le lleva a distanciarse del poder de interpretación del *Bundesverfassungsgericht*, y a buscar un estándar general compartido también por otros. Ehmke menciona como pensadores justos y razonables a los maestros de la enseñanza del Derecho y jueces así como —en forma más bien de instancia controladora— la comunidad. Pero sus últimas palabras no quedan claras. Ehmke parece pensar menos en una visión popular de las cosas (*Volksanschauung*) que en una posible tradición constitucional. ¿De nuevo entonces la introversión del gremio de los juristas cerrado sobre sí mismo?

132. Supra nota (129), p. 882.

133. Vid. Horst EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, en *Beiträge zur Verfassungslehre und Verfassungspolitik*, Königstein, Taunus 1981, pp. 329, 345.

134. Vid. Jutta LIMBACH, *Der verständige Rechtsgenosse*, Berlin 1977, pp. 83 ss.

3.10 LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

Con ánimo democrático, Peter Häberle la emprende contra la sociedad cerrada de los interpretes profesionales de la Constitución —a su juicio, la interpretación por los juristas comporta empobrecimiento o autoengaño. A juicio del iuspublicista de Bayreuth, la concreción de las normas constitucionales es asunto de la *Sociedad abierta*. La interpretación es un proceso abierto. Tiene posibilidades alternativas, lo que evidencian los *votos particulares*. Hay que definir de nuevo la interpretación, en el sentido de *quién vive la norma, la interpreta también* (al menos, concurre a su interpretación). En consecuencia, Häberle cuenta en la *Sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* a ciudadanos, grupos sociales, órganos estatales y el foro público civil (*Öffentlichkeit*). Todos ellos son fuerzas interpretadoras positivas. El *Pueblo* (*Volk*) no está, para Häberle, presente sólo en el día de las elecciones como magnitud unitaria sino, pluralmente, en el proceso de la interpretación constitucional, ya sea como partido, grupo de interés o incluso como ciudadano. Sin olvidar a la doctrina, que suministra a los ciudadanos base informativa para sus opiniones¹³⁵.

No descenderé a si Häberle suspende o no la línea que separa la mutación constitucional de la interpretación. Pero, permítaseme en todo caso la licencia de extrapolar la contribución de Häberle. En tal sentido, dos de sus aportaciones merecen especial consideración: por un lado, que ni *la regla de la mayoría* ni el consenso de los profesionales del Derecho pueden monopolizar la *interpretación auténtica*. Por otro, que el Derecho Constitucional es Derecho del conflicto y del compromiso. Vale sobre todo su tesis, de que el consenso también resulta del conflicto y del compromiso entre partes que representan opiniones e intereses opuestos¹³⁶.

El escenario personal de Häberle describe objetivamente el horizonte de reflexión de los jueces constitucionales, registrando el alcance de su comunicación con los actores políticos y sociales. El objeto de la indagación de conocimiento de los jueces no debe ser una *presunta objetividad* o la constatación de *lo socialmente correcto*, sino el pleno conocimiento de la tarea de ordenación a realizar así como de los divergentes idearios e intereses en la Sociedad.

Cada vez que tenemos sentencias controvertidas que acostumbran a tener como correlato *votos particulares*, los comentaristas lamentan la división de los jueces y proponen una selección, en la medida de lo posible, *apartidaria* y *apolítica* de los jueces como solución. Pero, no está claro por qué hemos de renunciar al *pluralismo* justo en el caso de los jueces. Aquí parece celebrar el rancio ideal de la *pericia apolítica* su resurrección. No deberíamos olvidar, que previamente y en los años culminantes de la Dictadura, la presunta ascesis política solamente encubría, la resistencia a plantear los valores predominantes y los fines de la acción del Estado.

135. Vid. Peter HÄBERLE, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, en *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297, 298, 300, 301.

136. Ibid., p. 304.

¿No se da por ventura la oportunidad de que tengan audiencia todas las opiniones e intereses y el mayor patrimonio de experiencias, cuando codo con codo se sientan jueces de distinto origen, creencias e ideario –por no hablar de sexo?. Ahí queda la memoria de nuestra primera democracia y sus órganos homogéneos de Jurisdicción de presunta abstinencia política, en este siglo: pues bien, nunca dispuso de los apoyos necesarios para su continuidad. Ya se encargan las fuerzas centrífugas de ambas *Cámaras*, de que en el Tribunal *el sentido de la medida compense a la pasión. Aquéllas responden a la pluralidad del colegio de jueces, a los diferentes horizontes de experiencia, estructuras de personalidad y convicciones. El convivir de personalidades tan distintas hace que afloren los puntos de roce, capaces en su adición de cumplir la función de control que nunca puede ejercerse desde el exterior.* La división de poderes se refleja *de esa forma en un paralelograma de fuerzas, en el que concurren colegialidad y cooperación, crítica y confrontación* (Wolfgang Zeidler)¹³⁷.

3.11 LA CRÍTICA PÚBLICA

Más arriba hemos dicho, que todo órgano constitucional y mandatario público ha de exponerse a la opinión pública. De ello no se exceptúa el *Bundesverfassungsgericht*. Lo que da que pensar son sin embargo tres formas o degradaciones de la crítica pública –por más que no nos vayan a ser ahorradas, y haya que soportarlas. Con cada calumnia cuestionadora de la competencia profesional e integridad de los jueces constitucionales, los mismos reciben la compensación, de que aquéllas dañan más la imagen de los críticos que el prestigio del Tribunal¹³⁸.

Irritante es la crítica que personaliza los conflictos, en la medida en que fabrica *fichas inculpatórias* contra jueces, cuya confianza trata de desprestigiar mediante la denuncia de presuntas *amistades* o *lazos sospechosos* (o *carencia de lazos*: abandono de la Iglesia). Políticamente estúpida es, en segundo lugar, la crítica que –con gestos de amenaza– se revela como tan sólo un disfraz fácilmente desmascarable para influir en el *Bundesverfassungsgericht*. Tenemos ejemplos más que suficientes de tales presiones del debate previo a la decisión jurisdiccional sobre el Derecho de asilo. Entretanto, voces de tanto peso han debido comprender, que tales presiones desde el *foro público civil* (*Öffentlichkeit*) pueden también influir en la fuerza de persuasión de las sentencias que las mismas consideran *político-socialmente correctas*. Finalmente, es irresponsable y destructiva la crítica que, en vez de reducirse a la Jurisprudencia, ataca a la institución y la cuestiona¹³⁹.

137. Vid. Wolfgang ZEIDLER en la toma de posesión de los Magistrados Ernst-Wolfgang Böckenförde y Hans H. Klein, 20 de dic. 1983.

138. Acertadamente, vid. HÄUSSLER, supra nota (83), p. 228.

139. Una carta a la Dirección trata de apaciguar los *peros de la dura crítica de la prensa liberal al Bundesverfassungsgericht* recordando, que *la crítica personal y polémica en general y especialmente del Süddeutschen Zeitung a Helmut Kohl nunca llegó a afectar a éste o a la institución de la Cancillería*. Vid. A. BÜRGER en *Süddeutsche Zeitung* de 1 de septiembre 1995.

En tal sentido, las críticas exageradas de 1995 y 1996 fueron una lección para una República, que tiene más razones que otras para preguntarse, hasta qué extremo es estable la Democracia en Alemania.

En la conciencia de que mientras la Dictadura ordena la aclamación, la Democracia por el contrario organiza la crítica (Aron), los jueces constitucionales no sólo deberán soportar los planteamientos críticos, sino debatir con ellos. Incluso cuando la crítica carezca de estilo, o sea articulada de forma no objetiva o ignorante. Es *una verdad de Perogrullo* mantenida precisamente por el *Bundesverfassungsgericht*, que *hay que pagar el precio de una crítica falsa y falaz, a fin de que se arriesgue a aparecer a la luz pública la crítica buena y certera*¹⁴⁰. En el *Lüth-Urteil* mantuvo el Tribunal, que para un orden democrático en libertad es constitutiva la libertad de expresión; ello se explica por hacer posible el debate continuo, la pugna de las opiniones de las que depende para su sustento¹⁴¹. La libertad de expresión protege a la política, pero también al *Bundesverfassungsgericht*, de la autocomplacencia y la unilateralidad. Dado que, evidentemente, no hay personalidades o agentes que informen sobre *qué sea sociopolíticamente correcto* o sean a modo de sensores de la medida de la acción y el pensamiento social, hay que reconocer el eminente valor de la crítica pública. No por más que, sino precisamente porque el Tribunal tiene en materia de interpretación de la Ley Fundamental la última palabra, necesita del pensamiento crítico tanto del *foro público civil* como también del gremio de los juristas. Parafraseando a Kant: Solo aquéllo que es capaz de soportar la crítica libre y pública, merece respeto ante el foro de la razón.

140. Acertadamente, Richard SCHMID en sus observaciones, que han mantenido su valor al paso del tiempo, sobre la problemática relación entre la Justicia y la crítica pública, vid. *Einwände*, 1969, pp. 7, 9, 109.

141. BVerfGE 7, 198 <208>.