

Informe al Pleno del Tribunal Constitucional Federal sobre la Cuestión de su Estatus

GERHARD LEIBHOLZ

Juiz do Tribunal Constitucional Alemão.

Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

RESUMEN: Este trabajo recoge el informe que el profesor alemán y juez constitucional Gerhard Leibholz presentó ante el Pleno del Tribunal Constitucional Federal apenas meses después de la fundación de este órgano y con el que se fijaron las líneas maestras de la institución. El trabajo, pese a su eminente perspectiva práctica ofrece con nitidez los fundamentos teóricos que condujeron a reconocer en el Tribunal un órgano jurisdiccional singular, que se situaba en paridad constitucional con el resto de órganos estatales.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Federal, juez constitucional, órgano judicial, órgano constitucional.

ABSTRACT: This essay is the report delivered by the German professor and constitutional judge Gerhard Leibholz before the Federal Constitutional Court shortly after its foundation, setting the lines of its future development. The essay, although written with a strong practical perspective, offers the theoretical arguments that explain the condition of the Constitutional Court as a special court and the meaning of its constitutional quality.

KEYWORDS: German Constitutional Court, constitutional judge, constitutional quality.

SUMARIO: 1 El Tribunal Constitucional Federal como ente jurídico «sui generis»; 2 El Tribunal Constitucional Federal como órgano constitucional representativo; 3 La posición constitucional de los miembros del Tribunal Constitucional Federal; 4 Otras consecuencias de carácter fundamental.

1 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO ENTE JURÍDICO «SUI GENERIS»

La Ley del Tribunal Constitucional Federal, aprobada en virtud del artículo 94.1 de la Ley Fundamental, dispone en su parágrafo 1 que: “El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal autónomo e independiente del resto de órganos constitucionales”. A tenor de este precepto, siguiendo la posición dominante que se fue formando en la comisión parlamentaria¹,

1 Véase el informe del parlamentario MERKATZ del «Bundestag», Primer periodo de sesiones, vol. 6, p. 4218 y ss.

el legislador considera que el Tribunal Constitucional, que solo dicta y solo debe dictar derecho, y al que se le ha dotado con todas las garantías, es el máximo ente jurisdiccional de la Federación. Su incorporación a la vida del Estado debe servir para completar y asegurar el Estado de derecho.

Se hace necesario, sin embargo, asentar esta perspectiva, en tanto que el Tribunal Constitucional, además de constituir un verdadero ente jurisdiccional, es una institución que se eleva sobre el ámbito de la política, dato que lo diferencia del resto de tribunales, incluidos los superiores. En la Constitución de Weimar este hecho todavía quedaba oculto por el modo en que se había articulado el Tribunal Supremo. Sin embargo, hoy ya no es así, después de que la Ley Fundamental de Bonn y la Ley del Tribunal Constitucional Federal le hayan dado a éste competencias que superan con creces las del antiguo Tribunal Supremo, así como las exigencias de los primeros «Juristentage»², que reclamaban mayor autonomía organizativa para los órganos judiciales.

El Consejo parlamentario y sus distintos órganos también fueron conscientes de este hecho. En sus informes se hablaba de las “amplias consecuencias jurídicas” que habrían de tener las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y de su labor como “jurisdicción con acento político”³. En la doctrina, por más que se subraye el especial carácter institucional y jurídico del Tribunal Constitucional Federal⁴, no se discute que a la justicia constitucional se le “someten cuestiones que afectan a asuntos políticos”⁵ y que las decisiones del Tribunal Constitucional implican “amplias y extraordinarias consecuencias políticas”⁶ o que al menos podrían “tener consecuencias políticas”⁷. Se asume, por tanto, que tras cada litigio constitucional existe una cuestión susceptible de derivar en un grave enfrentamiento en torno al poder⁸.

2 v Al respecto las actas de la trigésimo tercera sesión del «Deutschen Juristentages», 1925, en especial p. 60 y ss.; y las actas del trigésimo cuarto «Deutschen Juristentages», 1927, pp. 193-288.

3 Véase DOEMING-FÜSSLEIN-MATZ, “Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes”, *JbÖff*, vol. 1, 1951, pp. 665, 669 y ss., en especial el informe del parlamentario ZINN en la séptima sesión de la Comisión sobre protección jurídica, *StBer*, p. 3 y ss., y el informe citado de MERKATZ, p. 221 y ss.

4 ROEMER, “Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht”, *JZ*, 1951, p. 193; ARNDT, “Das Bundesverfassungsgericht”, *DverwBI*, 1951, p. 297; GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1951, p. XVI y las anotaciones referidas a la posición, tareas y procedimiento del Tribunal Constitucional Federal en el anexo al Boletín del Boletín Oficial, núm. 218, de 9 de noviembre de 1951, p. 3.

5 STRAUSS, *Oberste Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1949, p. 35.

6 Por ejemplo, ROEMER, *op. cit.*, p. 193.

7 Theodor HEUB con ocasión de la apertura del Tribunal Constitucional Federal el 29 de septiembre de 1951; confróntese también, ARNDT, *op. cit.*, p. 297.

8 LAMMERS-SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich*, 1929, p. 14; confrontar, BILFINGER, *Verfassungsfrage und Staatsgerichtshof in Zeitschrift für Politi* XX, p. 96.

Esta superposición por encima del ámbito de la política conlleva que, a diferencia de la jurisdicción civil, penal o administrativa, la jurisdicción constitucional se ocupe de disputas con la especial cualidad de lo jurídico-político. El derecho constitucional, al igual, por lo demás, que el derecho internacional, se diferencia en su esencia del derecho civil, penal y administrativo, porque hace de la política el objeto de su ordenación. En definitiva, el derecho constitucional es el derecho de la política en el sentido más específico del término⁹.

Sin duda, en el fondo del derecho civil, penal y administrativo también laten ciertas decisiones políticas, aunque en última instancia se trata de decisiones prepolíticas, que el legislador introduce en la esfera de la política, al tiempo que las traslada hacia el derecho (pensemos, por ejemplo, en la conformación fundamental del derecho de propiedad, el divorcio, el acceso a la jurisdicción o la supresión de la pena de muerte). Su carácter político es más bien de naturaleza provisional y carecen de fuerza para conformar el derecho civil, penal o administrativo. Sin embargo, es imposible despolitizar el derecho constitucional (y el derecho internacional) o la justicia constitucional (y la justicia internacional). La política es precisamente el material del derecho constitucional, que quiere ordenarla a través del derecho y someterla a control jurídico mediante la jurisdicción constitucional. "It is the political nature of judicial review which gives significance to constitutional litigation and which makes it transcend mere legal proceedings"¹⁰.

Este no es el lugar para describir en detalle la esencia material de la política. Pero seguro que quien quiera analizarla y estudiar su relación con el Estado encontrará una contradicción interna entre su estructura ideal y la del derecho¹¹. Contradicción que remite a la dimensión dinámico-irracional de la política, que busca adaptarse al permanente cambio de las relaciones vitales¹² mientras que el derecho, por el contrario, tiene una estructura estático-racional, que pretende sujetar la vitalidad de las fuerzas políticas. En

9 Al respecto, sobre todo TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, 1927, en especial p. 12. R. SMEND ha llamado a este derecho político derecho de integración, véase su ensayo "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat", en *Festschrift für W. Kahl*, 1923, vol. 3, p. 19 y su libro *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, en especial p. 18. Para SMEND, el Estado consiste en un proceso de constante renovación, por lo que se señala como una teoría de lo político; del mismo modo, BILFINGER, "Betrachtung über politisches Recht", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 1, 1929, p. 311.

10 R.H. JACKSON, *The Struggle for Judicial Supremacy*, 1941, p. 311.

11 Al respecto TRIEPEL, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 6, 1929, p. 6.

12 MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, 1929, p. 70 y ss.; TRIEPEL, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, op. cit., p. 8 y ss.

todo caso, la forma esencial del derecho constitucional y de la jurisdicción constitucional es determinada por este conflicto latente entre el continuo movimiento de la política y la eminente voluntad limitadora del derecho, o, dicho de otro modo, el conflicto entre existencialismo y normatividad, o, en un sentido filosófico más amplio, el conflicto entre naturaleza y razón.

Esta relación de tensión, que es inmanente al derecho constitucional y a la justicia constitucional, tiene múltiples variantes. Explica, por ejemplo, la tendencia de la política, aprovechando las lagunas constitucionales, de intentar liberarse de toda articulación jurídica y del control constitucional en forma judicial; del mismo modo, permite comprender por qué allí donde la política no logra deshacerse de la sujeción jurídica, el derecho, en gran medida, tal y como ocurre con el derecho civil, penal y administrativo, se ve obligado a utilizar conceptos generales y fórmulas de amplio alcance, con la correspondiente dificultad que conlleva su uso en casos concretos¹³. Es por ello también, que cuando el juez constitucional ha de aplicar conceptos y fórmulas ante cuestiones dudosas o situaciones en las que existe disparidad de opiniones, debe estar atento al especial carácter del derecho constitucional y ha de adoptar una decisión que sea ajustada al sentido político objetivo de la Constitución. Su deber será integrar la decisión en el conjunto del orden constitucional. Deja así de tener sentido aquel lema del Tribunal del Estado del Imperio alemán, según el cual “debía decidir con la aplicación del derecho positivo, sin tener en cuenta las consecuencias políticas de su veredicto”¹⁴. Más bien al contrario, pues el juez de ese tipo de tribunal ha de ponderar las consecuencias y efectos políticos de su decisión cuando interpreta cláusulas constitucionales de sentido dudoso. “Its great task is one of statesmanship”¹⁵, tal y como se dice en los Estados Unidos.

De este modo, es evidente que el juez del más alto tribunal de garantías constitucionales debe ir más allá de los conocimientos jurídicos generalmente requeridos, que tradicionalmente prescinden del fenómeno de la política; en verdad, el juez constitucional ha de mostrar comprensión por la esencia de la política y en especial por las fuerzas políticas que actúan en el Estado democrático de derecho. Desde este punto de vista, carece de sentido poner reparos a un modo de elección singular, que sirve a este fin, tal y como se ha dispuesto en Suiza, los Estados Unidos o la Ley Fundamental¹⁶.

13 Tal y como documenta SCHEUNER, “Grundlagen des modernen Staates “ en *Recht, Staat und Wirtschaft*, III, 1951, p. 135.

14 LAMMERS-SIMONS, *op. cit.*, vol. 1, p. 352 (Decisión de 17 de diciembre de 1927).

15 Véase por ejemplo, B.G. WRIGHT, *The Growth of American Constitutional Law*, 1942, p. 249.

16 Para que este modo de elección provocase una politización del máximo órgano judicial sería necesario que los órganos llamados a la elección, la pervirtiesen, descalificándola materialmente, de manera que los partidos

La tensión que late en el derecho constitucional, en tanto que orden jurídico de la política, también se proyecta sobre el derecho procesal constitucional en comparación con el derecho procesal, civil, penal o administrativo. Dado que el derecho que aplica el juez constitucional tiene como objeto la política, los procesos ante el Tribunal Constitucional han de adecuarse a esta particularidad evitando, en especial, establecer en tales procesos condiciones demasiado estrictas.

De este modo, por ejemplo, el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no articula un conflicto entre partes, como ocurre en el derecho procesal civil¹⁷. Por ello, la actuación de oficio es el criterio principal para el desarrollo del proceso ante el Tribunal Constitucional Federal, a la vez que es deber del Tribunal investigar la verdad objetiva. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional Federal puede ir más allá de la prueba aportada por las partes o, en el control de la validez de una ley, tomar en cuenta todas las perspectivas posibles, incluso cuando las partes no se han referido a ellas de manera expresa¹⁸. Por la misma razón, el parágrafo 33.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal le habilita para fundar su propia decisión sobre los hechos probados en una sentencia firme, cuando esa sentencia se ha dictado tras un procedimiento en el que los hechos se determinaron a través de una investigación de oficio, pudiendo incluso el Tribunal Constitucional (si bien con una mayoría cualificada) anular la declaración de un testigo o el informe de un perito¹⁹. Asimismo, se comprende que la mayoría de las veces, las sentencias del Tribunal Constitucional sean declarativas y no de condena²⁰, de ahí que suelen trascender al caso concreto, vinculando de manera general y pro futuro al conjunto de los poderes públicos²¹. En definitiva, la máxima de derecho procesal civil que limita los efectos de la cosa juzgada a las partes carece de pertinencia en los procesos ante el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, las peculiaridades del derecho constitucional y de la justicia constitucional fueron utilizadas en los tiempos de la Constitución

eligiesen a los jueces solo por sus vínculos políticos. Pero como señala con razón SCHEUNER, *op. cit.*, p. 138, la Constitución democrática vive bajo la condición de que los altos órganos no abusen de los poderes que se le atribuyen.

17 En detalle, GEIGER, *op. cit.*

18 Véase el principio 23 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951.

19 Cfr. § 26.2 BVVerfGG.

20 Ya en la Constitución de Weimar, JOEL, *ArchÖffR*, vol. 77, p. 137, y los autores citados allí en la nota 8.

21 En detalle, GEIGER, *op. cit.*, p. 4; ARNDT, *op. cit.*, p. 297; respecto a la Constitución de Weimar, ya en este sentido, TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1923, p. 111 y ss.; JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, p. 172; en una posición divergente, FRIESENHAHN, "Die Staatsgerichtsbarkeit", en *HDStR*, vol. 2, p. 545 y JOEL, *op. cit.*, p. 137.

de Weimar por aquellas fuerzas que pretendían desmontar las instituciones del Estado de Derecho y favorecer métodos constitucionales autoritarios o totalitarios, en especial desacreditando y llevando al absurdo la dimensión política del Tribunal Constitucional. A este fin se desplegó la tesis de que la diferencia fundamental entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional radicaba en que la primera, en el sentido de Montesquieu, limitaba su función jurídica a subsumir hechos concretos bajo las normas existentes, mientras que la justicia constitucional, dada la falta de claridad de la ley constitucional, se ocupaba de la determinación de su contenido, algo que tendría más que ver con la legislación, en concreto, con la legislación constitucional²². A partir de esta premisa resultaba sencillo negarle a la jurisdicción constitucional el carácter de justicia y ver en ella tan solo la política disfrazada de tribunal.

La jurisdicción constitucional, sin duda, es algo distinto a la tarea del juez que en un supuesto concreto debe aplicar una norma, seleccionar entre normas con un ámbito de eficacia distinto, o determinar la nulidad de una norma por contradecir a otra superior. Pero incurre en petición de principio la tesis que sostiene que ya no es actividad judicial la decisión que ha de resolver las dudas o diversidad de criterios aplicativos en torno a una norma constitucional²³, pues olvidamos que el juez de lo civil o de lo penal también se ocupa de las dudas que ofrece la norma constitucional o cualquier otra norma²⁴. Para considerar judicial una tarea, carece de relevancia saber si el juez se enfrenta a dudas y discrepancias interpretativas en torno a la ley constitucional u otro tipo de ley, pues se halla en un situación similar cuando fija el contenido de las normas de derecho privado o de derecho penal. Ocurre, sin embargo, que su valoración es diferente de la de un juez constitucional, pues éste tiene por objeto las normas contenidas en la Constitución, que orientan la decisión política y, por tanto, forzosamente han de tener naturaleza política. En cualquier caso, esta diferencia material incorporada en la valoración del juez, no justifica, con la intención de destruir el Estado de derecho, identificar el derecho político y la política, de

22 Esta posición ha sido expresamente defendida por C. SCHMITT, *ArchÖffR*, núm. 16, p. 167 y ss., p. 186 y ss., 194 y ss.; en *Festschrift für das Reichsgericht*, 1929, vol. 1, p. 163 y ss.; y en *Hüter der Verfassung*, 1931, p. 36 y ss., p. 45. Sobre lo inadmisibles de una comprensión en la que la jurisprudencia es "subsunción de un hecho bajo una norma", pueden verse los argumentos en detalle de E. FRIESENHAHN, *Über Begriff und Arten der Rechtsprechung*, 1950, p. 25 y ss.

23 Consecuentemente, para esta posición, cualquier conflicto entre normas (por ejemplo, entre un reglamento y una ley) obligaría al juez a abandonar el ámbito de la justicia y actuar políticamente al modo de un legislador. Es llamativo que C. Schmitt, en gran medida porque es imposible alegar razón alguna, no ha deducido esta consecuencia ni para el control judicial ni para el caso de una contradicción flagrante entre la Constitución y la ley; confróntese *Reichsgerichts-festschrift*, vol. 1, 1929, p. 162, 170 y ss.

24 Esto ya era así en tiempos de la jurisprudencia de conceptos.

manera que todas las normas constitucionales cuyo contenido no es claro se consideren simples reglas políticas, convirtiendo los litigios jurídico-constitucionales en meras disputas políticas. Con la misma lógica, ensayos e informes académicos pretenden desnudar la fuerza vinculante del derecho constitucional y poner en duda su normatividad. Pero no comprendo por qué es una tarea política la interpretación que hace un Tribunal Constitucional de disposiciones constitucionales dudosas, mientras que los informes jurídicos, ensayos académicos y textos docentes que se ocupan de la interpretación de esas mismas disposiciones, suelen tomarlas como vinculantes y exigen que sus trabajos sean estimados como ensayos de naturaleza jurídica.

En realidad, la justicia constitucional es verdadera jurisdicción si se enfrenta a una norma justiciable, esto es, a una disposición verificable, cuyo contenido puede interpretarse en detalle. En los casos en los que el objeto no sea una disposición cuyo contenido quepa esclarecer a través de una interpretación razonable, careceremos de los «rational standards» sobre los que el Tribunal Constitucional Federal ha de basar sus decisiones en cuanto que ente judicial. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal debería rechazar cualquier ampliación de competencias que a priori sea inconciliable con esta labor jurídica. En caso contrario, el Tribunal acabará introduciéndose en el proceso de integración política, convirtiéndose en un defensor político de la Constitución y tomando decisiones políticas que invaden la esfera del Gobierno, del legislador o del poder de reforma. Es bien sabido desde hace más de cien años, que dentro de los «basic principles» de la jurisdicción constitucional no hay lugar para el conocimiento de las disputas puramente políticas²⁵. Éstas, a diferencia de las controversias jurídico-políticas, son aquellas que no se deciden en virtud de reglas, pues se trata de conflictos “sobre la creación de nuevo derecho o la conservación del antiguo; es un enfrentamiento sobre el derecho no bajo el derecho”²⁶. Son “by definition matters which demand the resolution of conflicts of value and the elements of conflicting values are largely imponderable”²⁷. En todo caso, esas cuestiones, incluso si son tratadas en términos justiciables, no pierden su carácter político. Recordemos a estos efectos que en tiempos de

25 En los Estados Unidos, este principio lo utilizó por primera vez el Tribunal Supremo con ocasión de la «Dorr Revolution» in Rhodes Island en el año 1841; confróntese *Luther v. Bordin*, 7, Howard, 1, 43. Hoy lo encontramos en la decisión *Pacific States Telephone and Telegraph Co. C. Oregon*, 223, U.S. 118, 150 y en la jurisprudencia ahí citada.

26 Cfr. BRUNS, “Völkerrecht als Rechtsordnung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 3, primera parte, p. 461. – Sugiere que tales controversias han de ser confiadas a autoridades puramente políticas. TRIEPEL, *Festgabe für Kahl*, op. cit., vol. II, p. 120 y ss., habla de un acuerdo forzoso en los casos de controversias puramente políticas frente a las controversias jurídico-políticas que ha de resolver un tribunal. TRIEPEL nos da una serie de ejemplos de este tipo de acuerdos forzosos.

27 *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.* 334, U.S. 557.

la Constitución de Weimar se revitalizó y se dio razón a aquella frase de Guizot según la cual en la juridificación de la política, la justicia tiene todo que perder.

Pero no estamos en este supuesto: nos encontramos ante normas claras o ante normas cuyo contenido es determinable a través de la indagación interpretativa, – como ocurre a menudo con los derechos fundamentales –, de manera que pese a su contenido político pueden ser calificadas como disposiciones jurídicas, y por ello debe defenderse la idea de que el Tribunal Constitucional tiene como objeto disputas que resuelve conforme a derecho²⁸. Así, pese a la tendencia de la política para liberarse de todo vínculo, los procesos políticos pueden ser valorados normativamente, quedando la voluntad del legislador sometida a derecho. De este modo, en la articulación de la política a través de su sujeción a disposiciones y principios jurídicos, carece de interés saber si la norma concretamente aplicable subsume en mayor o menor medida un supuesto de hecho o si una norma está en conformidad con otra que le sirve de parámetro. Y tampoco importa conocer si un litigio es abordado por el juez constitucional con una perspectiva cognitiva distinta a la utilizada en una disputa política. Lo decisivo es que en la evaluación de la voluntad del legislador se realiza una interpretación jurídicamente razonable²⁹. Si este es el caso, entonces el juez constitucional está incluso en situación de utilizar los valores inmanentes a la Constitución para completar las llamadas lagunas constitucionales, es decir, resolver aquellos supuestos que no han sido afrontados por el propio constituyente, y que, por tanto, han quedado a la decisión del Tribunal Constitucional.

En cuanto que defensor de la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal debe estar atento para no usurpar las competencias que corresponden a las fuerzas políticas, máxima de la que se deriva una autolimitación del juez constitucional en el ejercicio de sus competencias. Como una vez dijo el juez Stone³⁰: “The only check upon our own exercise of power is our

28 Respecto al concepto de controversia jurídica, en detalle E. FRIESENHAHN, *op. cit.*, p. 30 y ss.

29 En cierta medida, la decisión del Tribunal Constitucional Federal ya está prejuzgada por el legislador; esta idea fue defendida en su informe por el parlamentario MERKATZ, *op. cit.*, y fue empleada con especial ahínco por el parlamentario ARNDT en la Comisión sobre asuntos jurídicos y derecho constitucional.

30 En su voto particular en *United States v. Butler*, 297, U.S. 78 y 79. Los criterios esenciales de este voto particular son hoy un lugar común de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Véase la posición del juez FRANKFURTER en el caso *American Federation of Labor v. American, Sash and Door Co.* 335, U.S.S. 555, 1948 – Para la evolución actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véase C.B.SWISHER, *American Constitutional Development*, 1943, capítulos 31, 32, 33, 36 y 37.

own sense of self-restraint”. O como ha afirmado recientemente el juez Frankfurter³¹: “the indispensable judicial requisite is intellectual humility”.

Tomando esta perspectiva, cuando nos planteemos si el Gobierno, en su calidad de máximo órgano ejecutivo, o las Cámaras, instancias constitucionalmente llamadas a producir la ley, han traspasado sus competencias, hemos de concederles el “benefit of doubt”³². Es por ello que en la jurisprudencia de los Estados Unidos (sin duda en la más reciente)³³, así como en la bibliografía académica, siempre se subraya con razón³⁴, que no le corresponde a un Tribunal Constitucional, tal y como podría ser el alemán, controlar decisiones del Gobierno o del Parlamento tomadas en su ámbito de discrecionalidad concedido por la Constitución³⁵. Su condición de órgano políticamente neutral le impide adoptar decisiones guiadas por el parámetro de la proporcionalidad. Y en todo caso carece de competencia para sustituir la ponderación realizada por el Gobierno o el Parlamento³⁶. “For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts but to the ballot and to the process of democratic government”³⁷. En cambio, si la actuación gubernamental o legislativa ha abusado de su espacio de discrecionalidad incurriendo en arbitrariedad, estamos ante una vulneración jurídica corregible por el Tribunal Constitucional³⁸.

2 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL REPRESENTATIVO

A tenor de lo expuesto, cabe sostener que el Tribunal Constitucional Federal es un órgano judicial particular si se compara con la jurisdicción

31 American Federation v. American Sash and Door Co. 335, U.S. 537.

32 Es este también un principio reconocido de modo general en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un ejemplo expreso de esta jurisprudencia lo vemos en United States v. Dalawere and Hudson Co. 213, U.S. 366.

33 La contención y pasividad de la mayoría del Tribunal Supremo frente a los activistas ha provocado en los últimos tiempos una caída considerable de la actividad del Tribunal.

34 Cfr. el principio número 8 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. En detalle B. GEIGER, en el texto de acompañamiento al Boletín Oficial de 9 de noviembre de 1951, núm. 218, p. 3; MALLMANN, JZ, 1951, p. 278; ROEMER, *op. cit.*, p. 193; ARNDT, *op. cit.*, 297; JOEL, *op. cit.*, p. 133.

35 Esto responde a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, véase, por ejemplo, al juez Brandeis en Hamilton v. Kentucky Distilleries and Warehouse Co. 251, U.S. 146, 161.

36 Cfr. HÖPKER-ASCHOFF en el discurso de apertura del Tribunal Constitucional, 1951, p. 21.

37 En este sentido el ya citado voto particular del juez Stone, que posteriormente se convirtió en la posición mayoritaria, American Federation of Labor v. American, Sash and Door Co. 335, U.S., p. 556.

38 Esta pregunta, en la doctrina y jurisprudencia alemana, se ha planteado vinculada al significado jurídico del principio de igualdad, por ejemplo, en la jurisprudencia contencioso-administrativa, vol. 1, núm. 82, p. 265; vol. 2, núm. 42, p. 188 y ss. Para un análisis en detalle de la praxis del Tribunal Supremo del Imperio alemán, véase la exposición general de HESSE, “Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht”, *ArchÖffR*, vol. 77, 1951, p. 168 y ss, 22 y ss. Véase también mi ensayo en *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1951, p. 354 y ss., y el de THOMA en *Deutschen Verwaltungsblatt*, 1951, p. 457 y ss. Y actualmente, el principio 32 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. También ARNDT, *op. cit.*, p. 287.

ordinaria. Esta conclusión se hace hoy todavía más evidente al constatar que el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia del Tribunal del Estado en tiempos de la Constitución de Weimar, está llamado a resolver, para toda la Federación y de modo vinculante, litigios constitucionales de relevancia práctica en la determinación del contenido de los derechos fundamentales, en especial a través del recurso de amparo. Por otro lado, el grupo de competencias que le ha atribuido la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal es tan amplio y lo convierte en un tribunal tan poderoso, que actualmente no solo está a la cabeza de la jurisdicción en su calidad de defensor y garante de la Constitución³⁹, sino que al mismo tiempo puede decirse que se convierte en la máxima autoridad dentro de los órganos constitucionales, orillando desde un punto de vista político-constitucional y jurídico-constitucional al «Bundestag», al «Bundesrat», al Gobierno federal y al Presidente de la República.

Se trata de una posición institucional que se deriva tanto de la Ley Fundamental como de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Esta última, en el ya citado párrafo 1, determina expresamente que el Tribunal Constitucional Federal “es autónomo e independiente del resto de órganos constitucionales”. En un sentido más amplio, la Ley Fundamental ha reconocido el principio de división de poderes (art. 20.2 y art. 92), dando autonomía a toda la jurisdicción en el conjunto del sistema.

Esta autonomía no significa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional Federal, en su calidad de ente judicial supremo de naturaleza «sui generis», al ejercer su tarea jurisdiccional específica, deje de realizar funciones que afectan al ámbito de otros órganos estatales. A nadie ha de sorprender esta afirmación si recordamos que la división de poderes tradicional, nunca se ha alcanzado en toda su pureza (tampoco en los Estados Unidos) –, o si tenemos en cuenta la tendencia contemporánea del Estado democrático de partidos, que relaja el sistema de «checks and balances» resultante del principio de división de poderes, llegando incluso a cuestionarlo⁴⁰.

Porejemplo, en todos los Estados constitucionales el Gobierno participa en la producción jurídica; basta con pensar en su potestad reglamentaria o en la habilitación dictar normas con rango de ley. Del mismo modo, las

39 El parlamentario ETZEL, de la Comisión para asuntos jurídicos y derecho constitucional ha llamado al Tribunal Constitucional Federal “el más alto órgano de las garantías constitucionales”, Actas del Bundestag 1, mandato electoral, vol. 6, p. 4128. Respecto a la función de los Tribunales constitucionales como defensores de la Constitución, véase HEYDTE, “Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XXXIX, 1951, p. 461 y ss., en especial p. 474.

40 Al respecto, con un acento especial W. WEBER, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951.

Cámaras, a las que se le atribuye la potestad legislativa, colaboran en el gobierno y la administración de cualquier Estado constitucional e incluso, ocasionalmente, como ocurre en Inglaterra, en la jurisdicción. Siguiendo esta línea, conviene recordar, por ejemplo, que de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución suiza, las Cámaras legislativas intervienen en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

No debe sorprender, por tanto, que una verdadera jurisdicción constitucional ejerza también, en sentido amplio, funciones legislativas o de gobierno. Se da tal caso en el conocimiento de las acusaciones contra ministros, parlamentarios o jueces, en el que la decisión del Tribunal Constitucional Federal, siendo un proceso jurídico, desempeña de manera adyacente una función política. Igual sucede cuando, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal declara inconstitucional un partido político que ataca o quiere sustituir el sistema democrático, o amenaza la existencia del Gobierno. Y lo mismo ocurre si declara la suspensión total o parcial del derecho fundamental recogido en el artículo 8 porque está siendo usado contra el principio democrático. Se trata, en suma, de decisiones que tienen el carácter de actos gubernamentales del más alto nivel político e incluso contienen un elemento normativo, en tanto que habilitan al Gobierno o a su Administración para realizar una actuación determinada.

Por lo demás, las decisiones del Tribunal Constitucional federal en los llamados casos de colisión normativa, donde decide sobre la conformidad con la Constitución de las normas federales o de los «Länder», o aquellos supuestos en los que resuelve el conflicto entre derecho federal y derecho regional, o cuando reconoce eficacia jurídica a un tratado, tienen fuerza de ley y el Ministro de Justicia debe publicarlas en el diario oficial. E incluso si no estamos ante un supuesto de este tipo, las decisiones del Tribunal poseen en términos generales un significado legislativo, en tanto que vinculan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de los «Länder», así como a sus tribunales y autoridades (y no solo para el caso concreto, sino también pro futuro en casos iguales o similares – parágrafo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Lo mismo puede decirse de una sentencia que estima un amparo, pues conlleva una prohibición de que se repita la conducta que ha sido considerada lesiva del derecho fundamental⁴¹, o de la decisión del Tribunal Constitucional que en el marco de una tutela cautelar suspende la ejecución de una ley u ordena otras medidas cautelares

41 Respecto al recurso de amparo véase el ensayo de GEIGER en el *Deutschen Reichsanzeiger* de 13 de febrero de 1951.

(parágrafo 35 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal)⁴². Finalmente, la función normativa del Tribunal Constitucional Federal se manifiesta también cuando articula o aplica mediante su reglamento los principios generales del proceso fijados en la ley, logrando que se ajusten a las exigencias de cada caso.

3 LA POSICIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Se han de derivar importantes consecuencias del hecho de que el Tribunal Constitucional Federal sea el máximo órgano jurisdiccional de la Federación, sin duda, un tribunal «sui generis», y a la vez órgano constitucional, es decir, un órgano estatal reconocido directamente en la norma suprema. La más trascendental consiste en negar la condición de funcionarios a los miembros del Tribunal Constitucional Federal. Al igual que los integrantes del Gobierno federal, del «Bundestag» y del «Bundesrat», los del Tribunal son en realidad representantes, que reciben su legitimidad del Parlamento y en última instancia, través de los partidos, del pueblo. A diferencia de un funcionario, nos referimos a un representante cuando alguien, en el marco de un concreto orden competencial, es llamado a responder sobre cuestiones esenciales que afectan a la esencia del conjunto, y lo hace con autonomía y en nombre del pueblo que ha tomado cuerpo en el Estado⁴³. Esa libertad de decisión expresa la esencia de la representación, pues revela que el representante es siempre el titular de determinados valores. De este modo, si los órganos constitucionales fuesen influidos por otros órganos o personas, padecerían una «capitis deminutio» y dejarían de ejercer funciones representativas.

El funcionario, en cambio, se caracteriza por aplicar las indicaciones políticas de una instancia representativa a la que está sometido e infraordenado en el marco de una relación jurídicamente jerarquizada. El funcionario encarna la obediencia; se debe a ella porque está en una especial relación de servicio que le obliga a una singular lealtad y obediencia. Obediencia, lealtad, deber, son las categorías específicas de toda relación funcional⁴⁴, porque aseguran al Estado (antes al monarca) su poder de

42 Véase el principio 39 de la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 23 de octubre de 1951. También el Tribunal Constitucional austriaco realiza en cierta medida una función normativa de complemento cuando debe determinar la inconstitucionalidad de una norma jurídica (ley o reglamento); en detalle H. SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, 1951, p. 99.

43 SMEND, *Politische Gewalt*, op. cit., p. 6, en este contexto ha hablado de la cuestión “que determina y realiza la esencia del Estado”. TRIEPEL afirma que este asunto está relacionado “con los más altos y decisivos fines del Estado”; véase también JERUSALEM, *Staatsgerichtsbarkeit*, p. 86.

44 Una obligación de obediencia y lealtad como la de los funcionarios no excluye que en determinadas circunstancias puedan controlar si su superior ostenta potestad suficiente para dictar una instrucción determinada: por ejemplo, si tal instrucción es admisible o la ha dictado un órgano competente.

mando sobre la función pública. Explican así mismo que todo estatuto de función pública esté integrado por el correspondiente régimen disciplinario, llamado a garantizar el efectivo cumplimiento de la lealtad deducida del deber de obediencia. Incluso cuando el funcionario ejerce potestad pública y es llamado a participar en la esfera política, nunca tendrá una capacidad de decisión creativa y vinculante que le permita reclamar para sí carácter representativo, y en última instancia siempre será un servidor, emisario de un tercero.

En los Estados occidentales hallamos desde hace mucho esta distinción fundamental entre órganos constitucionales, caracterizados por su cualidad representativa, y la función pública, sujeta al Estado a través de una especial relación de obediencia y cumplimiento del deber. Se corresponde especialmente con la tradicional división inglesa entre «Masters» (a los que pertenecen por encima de todos, los jueces del «Supreme Court») y los «servants and agents» que obedecen “his orders as to how to carry out their duties”.

No es este el lugar para verificar en qué medida las consecuencias expuestas inciden en la posición y clasificación jurídica del juez (o del profesor universitario)⁴⁵. Por razones históricas que ahora no voy a detallar, hasta tiempos recientes, los jueces y los profesores alemanes fueron considerados y tratados como funcionarios, aunque en la configuración de su relación funcional constitucionalmente garantizada, se tuviera en cuenta su singularidad profesional. En concreto, el principio general por el cual todo funcionario ha de obedecer a su superior, no valía para el juez cuando estaba desempeñando su función jurisdiccional o para el profesor universitario cuando ejercía su libertad de cátedra (y su libertad de método)⁴⁶. No voy a discutir aquí si esta caracterización responde a un hecho cierto, ni tampoco voy a reflexionar sobre su oportunidad. Lo que me interesa es señalar que la Ley Fundamental de Bonn ha decidido claramente separar al juez de la relación funcional general y darle un estatus particular en atención a la naturaleza de su especial situación (art. 98 LF).

En la medida en que el juez ordinario ha sido tradicionalmente funcionario, no sería descartable que el legislador le diese esta consideración al juez constitucional. De cualquier modo, el juez ordinario “funcionarizado”

45 Sobre la oposición entre el juez y el funcionario en términos generales y atento a la tendencia histórica de vincular jurídicamente al funcionario como manifestación del derecho en una sociedad de hombres libres, véase el significativo y detallado estudio de E. ROSENSTOCK, “Der ewige Prozeß des Rechts gegen den Staat”, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, vol. 2, 1919, p. 222 y ss. y 229 y ss.

46 Respecto a los profesores, recientemente R. THOMA, *Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer*, 1952.

se diferencia sustancialmente del juez constitucional porque la cualificación orgánica de aquel se deduce de la Constitución, mientras que la posición orgánica del juez constitucional está reconocida de modo directa en la norma suprema y es, por tanto, representativa. Un órgano estatal derivado directamente de la Constitución nunca puede subsumirse bajo la categoría de la función pública. Quien emprenda esa tarea incurrirá a la fuerza en una contradicción interna; un empeño de ese tipo, incluso si lo adopta el legislador, es un intento «ultra vires», carente de fuerza vinculante por el fracaso que conllevaría la aplicación de las categorías propias de la función pública.

Las disposiciones incapaces de ordenar la realidad política, en última instancia acaban capitulando. Recordemos, por ejemplo, el intento en los tiempos de la Constitución de Weimar de regular el Gobierno de acuerdo con los principios de la función pública, perdiendo de vista la diferencia estructural que existe entre el miembro de un Gobierno parlamentario y el de una monarquía constitucional. En el derecho constitucional alemán prerrevolucionario tenía sentido aplicar los principios de la función pública a los componentes del Gobierno imperial, puesto que en términos jurídicos el Canciller era ante el «Bundestag» solo un plenipotenciario del Rey, asistente del «Kaiser» y por ello sometido a sus órdenes de servicio⁴⁷, del mismo modo que los representantes de la administración, esto es, los secretarios de estado, estaban sometidos al Canciller y debían obedecer sus instrucciones. Sin embargo, el sistema de gobierno parlamentario, si quiere funcionar, ha de reconocerle al Gobierno capacidad de creación. Solo cuando los miembros de un gobierno parlamentario adoptan sus decisiones bajo un convencimiento libre, están en condiciones de responder por esas decisiones ante el Parlamento y el pueblo. Es ahí donde cobran sentido las específicas cautelas del gobierno parlamentario, como la cuestión de confianza o la moción de censura, que garantizan la homogeneidad entre la mayoría parlamentaria y el Gobierno.

Es obvio que los principios más importantes de la función pública, como el deber de obediencia o el sometimiento a la potestad disciplinaria, no son aplicables a los integrantes de un gobierno parlamentario; si, pese a todo, se pretende tratarlos como funcionarios, se incurrirá en graves inconvenientes prácticos. No en vano, finalmente en 1930 se aprobó una ley especial para los ministros, que dio cuenta de su condición representativa y, en concreto, los excluyó del sometimiento a las instrucciones dadas a

47 No se va a discutir ahora, si, en realidad, las cosas discurrían de otro modo y era en verdad el Canciller quien imponía su voluntad sobre el monarca.

los funcionarios. Desde entonces nunca más se ha pretendido aplicar a los ministros reglas de la función pública.

En la misma situación se encuentran los miembros del Tribunal Constitucional Federal. En efecto, todos los órganos estatales con cualificación representativa directa, desde un punto de vista jurídico, están a la cabeza de la actividad y no en una posición instrumental, de ahí que tengan su propia autoridad y valor. Es por ello que deberían ser tratados externamente en correspondencia con la cualificación representativa que encarnan. Basta con recordar el tratamiento público que reciben los miembros del Tribunal Supremo de los Estados Unidos o los jueces ingleses de las más altas instancias. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, los nueve jueces del Tribunal Supremo ocupan en el protocolo un lugar junto a la Presidencia y los Presidentes de las dos Cámaras. En Inglaterra, tal y como se comprobó en el reciente sepelio de Jorge VI, las más altas autoridades judiciales se situaron inmediatamente detrás de los miembros de la Casa Real y por delante de los miembros del Gabinete o de los representantes extranjeros. En este sentido, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional Federal también desempeña su función de integración política dentro del Estado y del conjunto del pueblo a través de la imagen que deriva de su posición representativa.

Esta idea se recoge correctamente en el artículo 98.2 LF, cuando establece que la relación de servicio de los jueces integrantes de las instancias judiciales más altas sea ordenada por una ley federal específica – algo que en todo caso se refiere también a los miembros del Tribunal Constitucional Federal –. Se trataría, en definitiva, de definir la posición jurídica del juez del Tribunal Constitucional Federal, del mismo modo que se tuvo que enmarcar la posición jurídica del ministro del Gobierno imperial.

En este sentido es necesario dejar claro que de ninguna manera se puede deducir para los miembros del Tribunal Constitucional Federal el típico deber de obediencia que se reconoce a la función pública, del mismo modo que tampoco se aplica a los miembros del Gobierno federal, a los Gobiernos de los «Länder», o a los del Parlamento federal. Y si no hay deber de obediencia, tampoco se da la relación de jerarquía propia de la función pública, de manera que ni el Ministro de Justicia, ni cualquier otra autoridad puede dictar instrucciones u órdenes a un miembro del Tribunal Constitucional Federal, garantía que incluso se extiende a las tareas del juez constitucional fuera de su ámbito competencial. A diferencia del juez ordinario o del profesor de universidad, el miembro del Tribunal

Constitucional Federal dispone de una libertad plena frente a cualquier otra autoridad.

Los deberes que los miembros del Tribunal Constitucional tienen frente al conjunto de las instituciones resultan en primer lugar de su conciencia y del vínculo de pertenencia a tan alto órgano, pero también de principios no escritos, que a través de su utilización por el Tribunal cobran la legitimidad de la costumbre, y, finalmente, de la “soberanía” del Tribunal para aprobar su reglamento de organización, potestad esta última reconocida implícitamente por el legislador.

Es lógico que la Ley del Tribunal Constitucional Federal no prevea régimen disciplinario alguno para apartar al juez constitucional de su cargo. Igual ocurre en los Estados Unidos, donde un juez del Tribunal Supremo, como el Presidente o el Vicepresidente de la República, solo puede ser removido “on impeachment for, and conviction of treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors” (art. II.4). Por eso, cuando la Ley del Tribunal Constitucional Federal estipula que bajo determinadas circunstancias, el Pleno del Tribunal puede habilitar al Presidente de la República para jubilar o destituir a uno de sus miembros, no se trata de un procedimiento disciplinario, sino de un procedimiento autónomo de depuración de responsabilidades típico de un órgano constitucional y que habrá de concretarse en el reglamento de organización. De ahí que el procedimiento dispuesto en el parágrafo 105 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, incluso si concurren las circunstancias previstas, no tiene por qué ser iniciado, ni la habilitación resultante obliga en sentido estricto al Presidente de la República.

De la especial posición de los integrantes del Tribunal Constitucional Federal se derivan otras consecuencias importantes. Por ejemplo, el parágrafo 12 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal reconoce el derecho de un juez a la dimisión, situación que en realidad se parece más a una renuncia, al estilo de un miembro del Gobierno, que al derecho de un funcionario a ser dispensado de sus obligaciones.

De lo dicho, se deduce también que el miembro del Tribunal Constitucional Federal carece de una obligación de residencia. Por ejemplo, en Suiza se ha prestado atención a esta singularidad hasta el punto de que el juez constitucional goza en Lausana de la misma inmunidad que en Berna⁴⁸.

48 Sobre el significado de la inmunidad, GIACOMETTI-FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 1951, }p. 580 y ss.

La posición representativa del juez constitucional y la dignidad que acompaña al cargo, explican su sujeción a una serie de incompatibilidades⁴⁹. Así, por encima de todo, el juez no puede desempeñar otro trabajo y se ha de evaluar, de conformidad con el reglamento de funcionamiento interno, si las actividades lucrativas de naturaleza puramente económica se adecúan a la condición de miembro del Tribunal Constitucional.

Finalmente, la posición singular del juez del Tribunal Constitucional Federal también explica que sus haberes se correspondan con la paridad orgánica del Tribunal respecto al Gobierno o el Parlamento⁵⁰. En términos prácticos se ha intentado realizar esta idea a través de una ley especial, tal y como ocurre con las remuneraciones de los ministros del Gobierno federal o las dietas de los parlamentarios. Estas asignaciones son idénticas a las de los integrantes del Gobierno federal, pues no se hubiera justificado una remuneración menor ante responsabilidades comparables⁵¹. Además, la aplicación subsidiaria de los preceptos generales sobre retribuciones tendría que preverse expresamente por el legislador, como ocurre hoy en la Ley sobre las retribuciones del cargo de miembro del Tribunal Constitucional Federal. Pero ese acto de recepción no transforma la esencia de las asignaciones que corresponden al juez constitucional. Del mismo modo que una ley, un acto de gobierno o un acto administrativo no funcionarizaría al juez constitucional, tampoco han de tratarse sus retribuciones como las de un funcionario.

El retiro del juez constitucional se aleja asimismo de la naturaleza funcional. El derecho a una pensión, que nace cumplidos ocho años en el cargo o tras el final del mandato, solo se comprende si se atiende a la especial cualidad constitucional del juez del Tribunal, al margen de cualquier categoría funcional. Por último, la regulación especial prevista para los jueces federales en materia de haberes pasivos, será de aplicación al miembro del Tribunal Constitucional solo si se prevé una habilitación expresa del legislador (párrafo 103 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal).

49 Cfr. § 3.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. Sobre las disposiciones relativas a las incompatibilidades en el derecho constitucional austriaco, véase SPANNER, *op. cit.*, p. 91; en este caso está especialmente previsto que personas que son funcionarios o empleados de un partido político no pueden pertenecer al Tribunal Constitucional.

50 Cfr. al parlamentario MERKATZ en las actas citadas del Bundestag, *op. cit.*, p. 4223 y ARNDT, *DVerwBl.*, 1951, p. 298.

51 ARNDT, *DVerwBl.*, 1951, p. 298.

4 OTRAS CONSECUENCIAS DE CARÁCTER FUNDAMENTAL

1. El Tribunal Constitucional Federal, como se ha mostrado en las páginas anteriores, es un órgano constitucional autónomo, en paridad con el Ejecutivo y el Legislativo, y por ello está llamado a desempeñar, junto a su labor jurisdiccional, una función política de integración, lo que explica de forma clara que su relación con el Ministerio de Justicia sea sustancialmente distinta a la de los Tribunales Supremos de la Federación, la Oficina de Patentes o el Tribunal de Cuentas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal, en cuanto que órgano constitucional, se relaciona con los otros órganos constitucionales en pie de igualdad y sin intermediación del Ministerio de Justicia.

2. En razón de la autonomía constitucionalmente garantizada del Tribunal, debe asegurársele la suficiencia financiera. Desde un punto de vista práctico, esto significa que el presupuesto del Tribunal ni debe ser preparado o ejecutado por instancias ajenas, ni ha de ser una sección dentro del capítulo previsto para el Ministerio de Justicia. Al igual que ocurre con otros órganos estatales, el presupuesto del Tribunal ha de recogerse en un capítulo específico del Presupuesto General del Estado.

3. Es necesario y deseable la pronta aprobación de un reglamento de organización interna, que ha de asegurar una correcta relación funcional del Tribunal con el Gobierno Federal, el «Bundesrat» y el Presidente de la República⁵². Del mismo modo que al resto de órganos constitucionales, le compete al Tribunal aprobar su reglamento y es de esperar que el Pleno cumpla cuanto antes esta responsabilidad de naturaleza constitucional.

- a) En primer lugar, el reglamento de funcionamiento debe establecer el procedimiento para ordenar los asuntos internos, de manera que el Tribunal esté en la mejor condición posible para desempeñar su tarea bajo normas claras.
- b) Además, el reglamento de funcionamiento debe fijar el modo de resolución de los diversos asuntos administrativos⁵³. Ahora bien, en virtud de la especial posición constitucional del Tribunal y de

52 Que el reglamento de funcionamiento, más allá de su importancia técnica, la tiene jurídico-constitucional, ha sido señalado por SCHNEIDER, "Die Bedeutung der Geschäftsordnungen oberster Staatsorgane für das Verfassungsleben", *Festgabe für Smend*, 1952, p. 309 y ss.

53 Este también es el caso de Suiza, véase el artículo 11 de la Ley federal sobre la organización jurídica de la Federación. Lo mismo se puede decir para los Estados Unidos, no solo para "the actual determinations of the Court", sino "aside from administrative matters of the merest routine, every action of the Court is taken on the concurrence of the majority of its members", cfr. También CH. E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, 1947, p. 56 y ss.

su estructura, el Pleno y solo el Pleno ha de ser la instancia encargada de resolver los procedimientos. Por eso, en el Tribunal Constitucional Federal, a diferencia de otros tribunales u organismos, no puede existir “un jefe administrativo”.

En concreto, el Pleno tendrá que decidir qué asuntos administrativos se reserva para su informe y decisión, y cuáles delega en el Presidente y en el Vicepresidente. Por otro lado, se ha de tener claro que el Presidente ejercerá los poderes de representación que le otorgue el reglamento de organización sin recibir instrucciones del Pleno y sin ser responsable ante éste. Y es esa función representativa la que justifica que en la jerarquía estatal se sitúe junto a los Presidentes del «Bundestag» y del «Bundesrat».

En los asuntos que se reserve el Pleno, éste los informará y resolverá por sí mismo⁵⁴, o bien establecerá comisiones en virtud de una delegación especial que las configure como órganos de apoyo al Pleno. Se trataría, por ejemplo, de comisiones dedicadas a la gestión de la biblioteca, a los asuntos presupuestarios y de gasto, a la publicación de las decisiones, al mantenimiento de la sede, o a las cuestiones de personal. Se podrá precisar el procedimiento de toma de decisión de estas comisiones y la posibilidad de que el Pleno avoque para sí el asunto en determinados supuestos.

Evidentemente, será necesaria una regulación en detalle de los asuntos de personal (funcionarios, contratados, laborales, etc.), al igual que ocurre en los restantes órganos del más alto rango, como por ejemplo, el «Bundestag» o el «Bundesrat». Así, respecto a los asuntos relativos a la selección del personal, sus licencias, etc., el reglamento de funcionamiento debe determinar la competencia del Pleno, de éste con la ayuda de una Comisión, o la delegación en favor del Presidente – con la posible audiencia previa de una comisión funcional –.

- c) También es materia propia del reglamento de funcionamiento determinar las ulteriores consecuencias derivadas de la autonomía presupuestaria del Tribunal. Ha de estipularse quién es responsable de la preparación del presupuesto y de defenderlo ante el Gobierno federal y las comisiones presupuestarias del «Bundestag» y del «Bundesrat».

En conexión con este asunto, el Pleno deberá decidir si no conviene prever en el reglamento de funcionamiento y para los asuntos financieros

54 Debe hacerse notar que en Suiza, el Tribunal Supremo también posee estos poderes administrativos en virtud del artículo 109 de la Constitución Federal y del artículo 7.2 de la Ley federal de organización de 1943.

ordinarios y de tesorería, una instancia bajo mando directo del Ministerio de Hacienda. Recordemos que ésta ha sido la solución alcanzada en el caso de los Tribunales Supremos.

- d) Finalmente, el Pleno debe valorar si, dados los malentendidos que existen en algunos círculos políticos de considerable peso sobre la posición constitucional del Tribunal y sus miembros, sería oportuno que el reglamento de funcionamiento, en conexión con la Ley del Tribunal Constitucional Federal, declarase la naturaleza de órgano constitucional del Tribunal y detallase las consecuencias que conlleva. Esto significaría, sobre todo, que el reglamento de funcionamiento descartaría que los miembros del Tribunal fuesen tratados como funcionarios, que el Tribunal no está subordinado al Ministerio de Justicia y que se relaciona de manera directa con el resto de órganos de la Federación.

Karlsruhe, 21 de marzo de 1952.