

INTERVENCIONES JUDICIALES EN CONTROVERSIAS POLÍTICAS

Hans-Rudolf HORN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen y divulgación de la revisión judicial*. III. *Intervenciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. IV. *La justicia constitucional en Alemania*. V. *Intervenciones judiciales en la posguerra alemana*. VI. *Miseria y esplendor de intervenciones judiciales*. VII. *Control del poder en el contexto político*.

I. INTRODUCCIÓN

Diego Valadés, en su obra modelo *El control del poder*, al discursar las distintas formas del control, destaca en primer lugar los controles jurídicos.¹ Sus investigaciones consecutivas, sin embargo, se concentran a las formas del control político en el sentido más estrecho, investigando sistemas distintos de gobierno. En su libro *Constitución y democracia* destaca el papel decisivo del control jurisdiccional como tema central para el Estado constitucional democrático, señalando que en los tribunales constitucionales proliferan nuevas formas de gobierno y control interno, en el sentido de que toda institución que limita o condiciona el ejercicio patrimonial del poder está llamada a ser objeto de impugnación y resistencia.² No se puede partir de un antagonismo natural entre jurisdicción y vida política en el sentido de que los tribunales tengan razón como instituciones, a las cuales se atribuye objetividad e imparcialidad más allá de pleitos políticos, mientras que actividades del Ejecutivo y del parlamento

¹ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 7.

² Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, p. 11.

encuentran más fácilmente desconfianza, especialmente porque los partidos políticos suelen acuñarlas. En ambos casos se trata de decisiones que intrínsecamente, basándose en elementos políticos, vale la pena ser examinadas como tema primordial de nuestras reflexiones bajo puntos de vista principales.

El gran prestigio que comúnmente goza la justicia constitucional en todo el mundo está justificado por sus méritos al proteger los derechos de los ciudadanos contra los poderes ejecutivos, pero también contra el legislador. Por otro lado, las turbulencias políticas pueden fundarse también en intervenciones por parte de los tribunales, que toman partido de una manera unilateral contra las decisiones políticamente razonables o hasta indispensables. Puede pasar que la jurisdicción constitucional pierda su meta principal de proteger a los hombres y garantizar la estabilidad jurídica, como ya se puede observar en el curso del desarrollo del control judicial de las leyes en los Estados Unidos, donde tiene su origen, cuando se lesionaron principios obligatorios de integración política y social, sea en el campo de igualdad de razas o de las clases inferiores. El control judicial de las leyes federales, según la sentencia *Marbury versus Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 1803, permaneció inédito durante 54 años, hasta que en 1857 el veredicto de mala fama *Dred Scott versus Sandford* declaró inconstitucional la Missouri Act, que fue un ensayo de restringir la expansión de la esclavitud. Al fin del siglo XIX la desigualdad y la segregación de las razas todavía fueron sostenidas por la jurisdicción de la Corte Suprema, camuflada bajo la fórmula de la *separate but equal* hasta la mitad del siglo XX.

Otro ejemplo, discutido con igual intensidad, es la legislación del *new deal* del presidente Roosevelt, cuyos instrumentos legislativos fueron cancelados por una cadena de doce sentencias, sin tomar en cuenta que se trató de leyes sociales urgentes después de la crisis económica mundial de finales de 1928. Pero también en Alemania el Tribunal Constitucional de la Federación, que con toda razón goza de un gran prestigio en otros países, ha comenzado sus actividades en la posguerra por haber tomado partido unilateralmente contra la política razonable del gobierno federal y de la mayoría parlamentaria, de integrar un país demolido y desmoralizado a una alianza occidental de democracia y progreso, conllevando demoras indebidas, sin poder prevenir la política democráticamente legitimada al fin.

Investigaciones sobre el desarrollo y la divulgación de la justicia constitucional conllevan ciertas consideraciones específicas sobre sus bases y sus límites en el contexto político. Intervenciones judiciales en los campos netamente políticos, que los tribunales deberían respetar según los principios proclamados por ellos mismos, están bastante divulgadas también en la actualidad, como especialmente enseñan España, Colombia y Alemania.

II. ORIGEN Y DIVULGACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL

La revisión judicial (*judicial review*) era desarrollada por la jurisdicción estadounidense, primordialmente por la celeberrima sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury versus Madison* de 1803, cuya gloria actual era iluminada por el hecho de que le fue dedicado un congreso completo internacional en sus dos centenarios en Londres.³ Por el alcance mundial que obtuvo dicha sentencia, se debería suponer que se hubiera tratado de un caso de gran importancia y fuera fundada en argumentos jurídicos convencedores, sin que hubiera alguna duda respecto de su procedimiento. No cabe decirse, sin embargo, que dichas suposiciones sean ciertas de todo alcance. Por tales dudas parece útil examinar más detenidamente los detalles decisivos, aunque varias veces ya fueron examinados por autores distintos, especialmente en el mundo hispánico, para aclarar las circunstancias de la sentencia legendaria.⁴ Un papel crucial desempeña especialmente la fuerza de convicción de su fundación jurídica y las circunstancias de la sentencia.

El demandante fue William Marbury, quien había sido nombrado para el cargo del juez de paz por el presidente Adams en el marco de una acción de no menos de 58 nombramientos a toda prisa antes del fin de su periodo de oficio. Después de las elecciones, sin embargo, el secretario estatal de la administración del nuevo presidente Jefferson, James Madison, que por eso fue el demandado en el proceso, no le entregó al demandante

³ Horn, Hans-Rudolf, "Judges versus Legislator", en Mann, Dahl y Kraits (coords.), *Values, Rights and Duties in Legal Philosophical Discourse*, Behest 21 de la *Rechtstheorie*, 2005, pp. 153-164.

⁴ Como Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos del control constitucional", en García Belaúnde, D. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 51 y ss.

la credencial que diera efectividad a su nombramiento, como propiamente hubiera sido la función del secretario estatal, que fue John Marshall en la administración del presidente anterior, Adams. En 17 casos, probablemente por falta de tiempo, no entregó las credenciales. John Marshall, entretanto, fue nombrado presidente de la Corte Suprema. Para él, la situación se puso precaria, pues en el caso de conceder la demanda, ésta hubiera podido ser una causa de irritación para el nuevo gobierno Jefferson, la que hubiera poder llevar consigo un proceso de destitución (*impeachment*), que en el caso de otro juez de la Corte Suprema fue anunciado y después ha sido sucedido.

La salida de este problema fue genial: John Marshall reconoció como válido el nombramiento del juez de paz, Marbury, y consideró admisible su interpretación como *Writ of mandamus*, según la sección 13a. de la Judicial Act de 1789, pero declaró anticonstitucional esta norma legal, por contravenir la sección segunda del artículo 3o. de la Constitución de los Estados Unidos. Es verdad que esta norma constitucional establece una serie de interpretaciones, sin mencionar expresamente el *writ of mandamus*. Pero de ahí no se puede concluir forzosamente mediante un argumento a contrario que la Constitución lo prohíba. Por el contrario, más bien cabe pensar en una analogía. Además, por lo general las Constituciones dejan al legislador regular, concretar los textos constitucionales, que desarrolla los detalles.

Prevalece la opinión de que la revisión judicial de las leyes de la Unión también esté consagrada en la misma Constitución estadounidense. Suele referirse especialmente al artículo 6o., segundo párrafo, que establece que la Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en virtud de la Constitución se promulgaren serán la ley suprema del país, y los jueces de cada estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria a la Constitución o en las leyes federales; es decir, las leyes federales tienen el mismo rango constitucional que la Constitución. El mismo *chief justice* Marshall tampoco se refiere al texto constitucional, sino a la idea general de la supremacía de la Constitución,⁵ de cuyo recono-

⁵ Anderheiden, Michael, en su reseña de Herz, Dietmar, *Die wohlerwogene Republik. Das konstitutionelle Denken des politisch-philosophischen Liberalismus*, Paderborn 1999, en la revista *Der Staat*, 40, 2001, pp. 451 y ss., 455, que destaca también que ni la Constitución ni los *Federalist Papers* decían algo sobre algunas cuestiones importantes del estado de derecho, como por ejemplo sobre la cuestión de si los procesos civiles se entregarán a jueces profesionales o jurados.

cimiento, sin embargo, no se puede derivar necesariamente la existencia del control judicial de la constitucionalidad.⁶

La norma del párrafo dos del artículo 6o. de la Constitución norteamericana esgrime la prerrogativa del derecho federal, la que es el verdadero hito de la historia del derecho constitucional, y no la revisión judicial. Pues en sistemas políticos anteriores no fue consagrada la primacía del derecho de la unidad más grande de una manera eficaz, como tampoco por ejemplo en el Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana, donde nunca el derecho imperial había obtenido una prerrogativa comparable frente a los derechos soberanos de los territorios.

La introducción de la revisión judicial fue el resultado de los esfuerzos exitosos de la misma Corte Suprema, primordialmente del *chief justice* John Marshall.⁷ En la Convención Constituyente de Filadelfia se abordó el principio de la revisión judicial, pero finalmente no se formalizó en el articulado constitucional. El constituyente Hamilton, sin embargo, en el marco de la campaña electoral, que se puso necesario para alcanzar el consentimiento indispensable de los parlamentos estatales, habló del derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislación, rechazando simultáneamente la idea de que la doctrina sostenida implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Comentarios a la Constitución de distintos autores, publicados en diversos artículos periodísticos, fueron reunidos en un libro bajo el título *The Federalist*, o también *Federalist Papers*.⁸ Llama la atención el cambio de la terminología, según la cual hoy generalmente los federalistas son aquellos que defienden la autonomía de las entidades federativas contra los poderes centrales, mientras que en el comienzo de los Estados Unidos los federalistas exigieron un fortalecimiento de los poderes centrales, lo que pareció sospechoso a los estados particulares. Durante la campaña de ratificación de la Consti-

⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 245, indicando que el reconocimiento de la supremacía constitucional no se deriva necesariamente la existencia del control judicial de la constitucionalidad.

⁷ Horn, Hans-Rudolf, “Justicia constitucional y consenso básico”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (coord.), *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, 1988, t. II, pp. 1053-1085, p. 1059.

⁸ Fernández Segado, *op. cit.*, nota 5, pp. 53 y ss., refiriéndose a la versión castellana de 1974, publicada en México, en el mismo sentido ya Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, 1993, pp. 28 y ss.

tución Federal de 1787, los antifederalistas esgrimieron contra el perfil constitucional del Poder Judicial el argumento de que este mismo estaría concebido como un instrumento de centralización frente a los estados miembros de la Unión. En tal situación, Hamilton extendió la revisión judicial a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, para rebatir el argumento de los antifederalistas, en otro artículo de los *Federalist Papers* (núm. 78), citado por Marshall en su sentencia *Marbury versus Madison*.

Tampoco Hamilton como los demás autores de los *Federalist Papers* había desarrollado ideas completamente nuevas, sino que sus opiniones tuvieron antepasados. Con toda razón se ha dicho “Judicial review, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States, has returned to Europe elaborated and expanded by American judges”.⁹ Se ha constatado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra no se ha reconocido hasta la fecha la facultad de los tribunales de conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, debido al alto rango de la supremacía del Parlamento, la revisión judicial, que actualmente existe en numerosos países del mundo, tuvo su origen en las colonias británicas.

Las repercusiones de la sentencia sobre el control judicial de leyes se fundan en el sistema anglosajón jurídico del *stare decisis*, es decir, todos los tribunales inferiores y la Corte Suprema están vinculados por las precedentes. En los países iberoamericanos, después de su independencia, los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo norteamericano fueron adoptados de una forma u otra, aunque las sentencias habían tenido efectos sólo entre las partes que habían intervenido en la controversia procesal en cuestión. De ahí que la sentencia de la Corte Suprema que declare la inconstitucionalidad de una ley será respetada tanto por los demás tribunales de toda la república como por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Tal efecto general o *erga omnes* es una de las razones más importantes del éxito mundial de la revisión judicial, que tampoco fue creado intencionalmente por la Corte Suprema, sino que ya era parte del *common law*, que sigue existiendo en tal respecto después de la independencia.

⁹ *Ibidem*, p. 51, citando a Dietze, Gottfried, “America and Europe. Decline and emergence of judicial review”, *Virginia Law Review*, vol. 44, 1958, pp. 1233 y ss., 1272. En el mismo sentido Cappelletti, Mauro y Cohen, William, *Comparative Constitutional Law*, Indianapolis, Nueva York, Charlottesville Virginia, 1979, p. 3.

Especialmente en los países iberoamericanos después de su independencia, los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad según el modelo norteamericano fueron adoptados de una forma u otra. El primer documento que consagró constitucionalmente la revisión judicial fue la Constitución del estado de Yucatán de 1841, que habla expresamente de la “protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución...”. La revisión judicial fue consagrada en 1847 en la Constitución federal, que acepta que los tribunales de la Federación amparen a cualquier habitante de la República contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación y de los estados.¹⁰

III. INTERVENCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

Ya en el famoso proceso sobre la revisión judicial, el demandante Marbury no encontró la protección solicitada, puesto que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional un remedio legal en favor del ciudadano. Por suerte las consecuencias no significaron una desventaja tan vital para el agraviado, como lo fue en la segunda sentencia en el nivel federal, *Dred Scott vs. Sanford* en 1857. *Dred Scott* perdió su libertad de nuevo, que había obtenido según la Missouri Act después de haber sido llevado como esclavo por su amo a otro estado, donde ya estaba abolida la esclavitud. Pero cuando retornó al estado esclavista, Missouri, su amo anterior lo reclamó como su propiedad. Por eso Scott acudió a la Corte Suprema en un procedimiento que cobró gran interés público y causó preocupaciones justificadas de un gran número de expertos y ciudadanos. En vano ellos exhortaron a conservar la libertad del esclavo anterior en varias peticiones a la Corte, que, sin embargo, declaró inconstitucional la Missouri Act, siendo un compromiso cuidadoso para restringir la expansión de la esclavitud. Cabe suponer que la guerra civil en los Estados Unidos se habría podido prevenir por una sentencia contra los protagonistas de la esclavitud.

Tampoco en la posterioridad la jurisdicción en asuntos de los afroamericanos, como se dice en la actualidad en el estilo de *political correctness*, mientras que entonces se prefería decir “negros” o usar otros términos peyorativos, se puede caracterizar como protección eficaz de los derechos

¹⁰ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 18, pp. 811 y ss.

humanos. En 1896, el veredicto *Plessy versus Ferguson* fue la base de una jurisdicción permanente de la segregación racial lícita bajo el lema sosegante *separate, but equal*. Pasaron muchos decenios hasta que en 1954 la Corte Suprema finalmente abandonó su jurisdicción de la discriminación de una manera todavía bastante cuidadosa. Posteriormente, más y más fue cobrando auge el principio de los derechos iguales de todos los seres humanos, que solemnemente ya habían sido proclamados en la Declaración de Independencia Americana de 1776. Paulatinamente, en la segunda mitad del siglo XX una legislación intensa, especialmente bajo la presidencia de Lyndon B. Johnson, se acercó a la idea de los derechos humanos para todos los hombres, superando la segregación estricta anterior.

La resistencia a la legislación social hasta el fin de los años treinta del siglo XX fue razón de crítica severa a la “aristocracia de la toga” o la “oligarquía judicial”.¹¹ En 1905, la Corte Suprema había sentenciado, contra el voto particular del *chief justice* Holmes, que era “irrazonable y arbitraria” una ley que regulaba la jornada máxima de trabajo de sesenta horas para los panaderos. Durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt la Corte Suprema de los Estados Unidos canceló, mediante una cadena de doce sentencias, leyes sociales urgentes en el marco de la política del *new deal*, la cual fue afirmada por el pueblo en las elecciones de 1932, 1934 y 1936.¹² La controversia de fondo fue comparada con la de la secesión de los estados del sur, que era la razón de la guerra civil norteamericana. Los diputados de la Cámara de Diputados en vano trataron de conseguir sus metas políticas de articular textos legales distintos, pero sus ensayos no encontraron respaldo ante los ojos de los jueces, que insistieron en proteger el derecho a la propiedad de todo alcance, descuidando aspectos sociales.¹³ En 1936, el Partido Democrático discutió planes de aclarar el asunto mediante reformas constitucionales. Pero al fin y al cabo la Corte cedió al Congreso, por comenzar —como dijo Roosevelt— “a interpretar la Constitución en lugar de torturarla”.¹⁴

¹¹ *Cfr.* con muchos detalles significativos, Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 18, pp. 340 y ss., con referencia a Lambert, Edouard, *Le gouvernement de juges et la lutte contra la législation sociale aux États-Uni*, pp. 9 y ss. 67 y ss.

¹² Mason, Alpheus Thomas y Beane, William M., *The Supreme Court in a Free Society*, Englewood Cliffs N. J., 1959, pp. 175 y ss.

¹³ Stern, David H., *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, t. II, pp. 1333 y ss.

¹⁴ Mason y Beane, *op. cit.*, nota 21, pp. 176, 179, 177 y 185.

La reserva judicial fue articulada ya en los primeros años de la Corte Suprema. El primer *chief justice*, John Jay, dejó conducirse por tal actitud, sin usar el término *judicial restraint*, cuando rechazó responder a una pregunta del presidente Washington por un asunto de la política exterior, puesto que los tribunales tienen la función de decidir sobre casos y controversias actuales. En 1911, la Corte Suprema destacó como una de las máximas más importantes de la interpretación constitucional que tendrá como objeto exclusivamente la constitucionalidad de la legislación, pero no su motivación, la política que cumple o su sabiduría.¹⁵ El juez Frankfurter dijo en uno de sus famosos votos particulares, que los jueces no están sentados bajo un árbol como un Kadi, esperando una oportunidad de intervención según sus convicciones y experiencias personales.

IV. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

Los constituyentes alemanes del llamado Consejo Parlamentario, reunidos en Bonn en 1948, en sus debates se referían comúnmente a la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin dedicar atención especial al país vecino de la misma lengua y parte de Alemania, no solamente durante seis años bajo el régimen nacional socialista, sino durante muchos siglos, cuando los emperadores alemanes vinieron de Austria. En Austria, la Corte Constitucional, según la Constitución de 1920, fue el primer tribunal constitucional especializado, no como corte suprema competente también por la justicia general de la manera estadounidense, que ya en 1945 había sido restablecida. El descuido obvio de regulaciones austriacas en el campo del control judicial se explica también por el rechazo entonces divulgado de las doctrinas de Hans Kelsen, el padre de la Corte Constitucional austriaco. Su teoría pura del derecho, expuesta como “una geometría del fenómeno jurídico total”, fue criticada seriamente como ya en la época de Weimar.¹⁶ Además, las normas constitucionales y legales de Austria —especialmente antes de la reforma de 1929— apenas habían posibilitado una jurisdicción de una extensión más grande.

¹⁵ Noble State Bank vs. Haskell. 219 US. 575, 580.

¹⁶ Horn, Hans-Rudolf, en UNAM (coord.), *La Constitución y su defensa*, México 1984, p. 599. Cfr. Hartmann, Volker, “Zur Staatsrechtslehre der Weimarer Verfassung”, en Leibholz, G. (coord.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, t. 20, 1980, pp. 43 y ss.

Cuando el Tribunal Constitucional de la Federación establecido según la Ley Fundamental de Bonn, como se nombró la Constitución para destacar su índole provisional dentro de Alemania dividida, llegó a la convicción de que una regulación es inconstitucional, declaró su nulidad. La jurisdicción del mismo Tribunal Constitucional teóricamente parte de una nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*) de acuerdo con la doctrina alemana, a pesar de dificultades obvias. La jurisdicción de los Estados Unidos logró solventar los problemas de los efectos de medidas y sentencias anteriores, que se fundaron en una ley que después fue declarada inconstitucional. En el sistema del *case law* fue desarrollada una vía pragmática y flexible para respetar determinados “efectos consolidados” (*consolidated effects*), inclusive para aclarar la cuestión, qué será el derecho que se debe aplicar cuando una ley antes usada se declaró inconstitucional.¹⁷ Cabe hablar de una convergencia del uso judicial de los Estados Unidos y Alemania, que atañe los rasgos fundamentales de la argumentación.¹⁸

Por falta de normas constitucionales y legales detalladas en Alemania, el Tribunal Constitucional de la Federación ha desarrollado procedimientos propios de gran alcance. En muchos casos no declara nula la ley impugnada inmediatamente, sino prefiere una vía que posibilite tomar en cuenta los efectos ya realizados, sin abandonar su evaluación crítica de la ley en cuestión. Para evitar las consecuencias de una declaración inmediata de una ley como inconstitucional, se aplica en muchos casos la llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*), para armonizar la norma cuestionada con los principios de la Ley Fundamental según las convicciones judiciales. El Tribunal señala la interpretación compatible con la Constitución de una manera obligatoria para las autoridades administrativas y los tribunales. En muchos casos encarga al legislador crear leyes que corresponderán a la Constitución según las instrucciones judiciales.

En Alemania, el Tribunal Constitucional de la Federación no aplaca la doctrina de la *political question*, como lo hace la Corte Suprema en los Estados Unidos, sino principalmente reclama la competencia de averiguar todos asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina

¹⁷ Cappelletti y Cohen, *op. cit.*, nota 17, pp. 100 y ss.

¹⁸ Horn, Hans-Rudolf, en UNAM (ed.), *La Constitución y su defensa*, México, 1984, pp. 599 y ss.

de la reserva judicial (*judicial self restraint*) de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin embargo, está reconocida expresamente por el Tribunal alemán, que suele destacar su renuncia de practicar política¹⁹ sin seguir sus propias máximas. Parece deseable consagrar los detalles esenciales del proceso constitucional en el texto mismo de la Constitución en secciones particulares. Así sucedió en otros países, primero en Austria, que se funda en el sistema de la legislación negativo, del cual se deducen efectos de las sentencias constitucionales sólo para el futuro. También en otros países la misma Constitución contiene reglamentaciones sobre los efectos de la jurisdicción, como en Italia (artículos 134-137), Portugal (artículos 221-224 y 277-283), y especialmente en España, en donde por la Constitución de 1978 fue introducido el Tribunal Constitucional, creando un sistema de la justicia constitucional que por su madurez concepcional supera su antecesor español, pero también los sistemas constitucionales de Austria, Alemania, Italia y Portugal.²⁰ En modo alguno puede considerarse circunscrito a los parámetros característicos del legislador negativo.²¹

V. INTERVENCIONES JUDICIALES EN LA POSGUERRA ALEMANA

Después de la formación de la República Federal de Alemania, el poder supremo quedaba en manos de las fuerzas aliadas occidentales de ocupación; es decir, los Estados Unidos de América, Gran Bretaña y Francia, cuya aprobación fue necesaria para poder entrar en vigor la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El primer gobierno alemán, formado por el canciller federal Konrad Adenauer, tuvo la tarea esencial de alcanzar paulatinamente la integración política y económica del país en el marco del mundo libre. Un paso indispensable del desarrollo deseado fue la terminación del régimen de ocupación, consagrado en el Estatuto de Ocupa-

¹⁹ Voßkuhle, Andreas, en von Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, München, 2001, art. 93, núm 36.

²⁰ Weber, Albrecht, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 34, 1985, pp. 245 y ss., 283, *idem*, en Starck & Weber (coord), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986, t. I, p. 119.

²¹ Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en España", en García Belaunde-Fernández Segado (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, p. 631.

ción, en el marco de un contrato llamado internacional “Contrato General” o “Contrato de Alemania”, que necesitó la ratificación por los aliados y la República Federal de Alemania.²²

En las controversias políticas en el curso de los debates parlamentarios sobre los tratados fue involucrado el Tribunal Constitucional de la Federación, especialmente por la cuestión de una aportación militar de parte de la República Federal de Alemania, como había sido sugerida por el Consejo del Pacto Atlántico Norteño, después de que Corea del Norte había invadido a Corea del Sur, apoyada por China y la Unión Soviética y otros regímenes comunistas, que ya se habían expandido en Asia y Europa. El canciller federal, Adenauer, había aceptado la sugerencia de contribuir con sus fuerzas armadas a la defensa europea, primitivamente en el marco de una Comunidad Europea de Defensa, propuesta por el primer ministro francés, René Pleven, la que fracasó finalmente en el parlamento francés. En Alemania misma, sin embargo, se manifestó una resistencia —a veces bastante violenta— contra todo rearme. La oposición en el parlamento alemán, formada por el Partido Socialdemócrata, acudió ante el Tribunal Constitucional de la Federación para alcanzar de antemano la declaración de inconstitucionalidad de la participación alemana en la defensa militar y la obligación de un servicio militar sin reformas constitucionales antecedente. La primera sala rechazó la solicitud, pero sólo por la razón de que por no ser admisible, hasta que las deliberaciones parlamentarias fueran terminadas, insinuando la posibilidad de que la queja tras la despedida de las leyes de ratificación sería exitosa.

El presidente federal, Heuss, por sus dudas propias, había pedido un dictamen del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de las leyes de ratificación. El Tribunal decidió, en una decisión del pleno sorprendente de una manera no prevista por la ley, que el dictamen solicitado por el presidente federal tenía la primacía y obligaba a las dos salas del Tribunal también en sentencias venideras como la sobre la solicitud del gobierno. El gobierno federal que había solicitado de su parte una decisión judicial de que la ratificación por mayoría simple corresponderá a la Constitución, constató en una decisión del gabinete, que el Tribunal Constitucional había transgredido sus competencias, por esta-

²² Las controversias están descritas muy detenidamente en los libros de las memorias de Konrad Adenauer, *Erinnerungen 1953-1955*, Stuttgart, Hamburg, 1966, pp. 159 y ss., y de Strauß, Franz-Josef, *Die Erinnerungen*, 1989, pp. 242 y ss.

blecer que su decisión sobre la solicitud del presidente federal tenía el rango primero.²³ Ya había sido conocida la inclinación judicial de decidir contra las leyes de ratificación en este contexto. Puesto que el mismo presidente federal, Heuss, no estaba de acuerdo con la decisión judicial de que el dictamen deseado por él tenía vigencia obligatoria, el canciller federal, Adenauer, lo pudo convencer de la necesidad de desistir de la solicitud, sin abandonar sus dudas primitivas respecto a los tratados. La sentencia del Tribunal Constitucional finalmente sucedió en favor de las leyes de ratificación, que pocos días después pudieron ser despedidas en la tercera lectura del parlamento, que la había pospuesto por las controversias constitucionales.²⁴

La decisión judicial no fue posible sin una concesión del canciller Adenauer: fue forzado a cesar a su ministro federal de Justicia, Thomas Dehler, cuya crítica de la postura judicial había enojado al presidente del Tribunal Constitucional, Herrmann Höpker-Aschoff. El posterior ministro federal de Defensa, Franz-Josef Strauß, que había ensayado zanjar este conflicto en vano, por pedir la mediación del presidente federal Heuss, comparó la intervención judicial en decisiones personales del gobierno con un árbitro en una partida de fútbol, que, abandonando su papel neutral, interviene personalmente echando la pelota en una dirección determinada.²⁵

Para el mismo Adenauer, que no menciona en sus memorias la intervención en sus funciones de jefe de gobierno, puesto que probablemente le dio pena, fue esencial la confirmación impresionante de su política por las elecciones federales de 1953, en las cuales la democracia cristiana ganó casi la mayoría absoluta, y el Partido Socialdemócrata ni siquiera obtuvo la minoría de un tercero para prevenir reformas constitucionales. Las controversias anteriores a la ratificación del Tratado de Alemania se fundaron en un antagonismo sorprendente entre dos partes, a las cuales se podría suponer actitudes contrarias: el gobierno y su mayoría parlamentaria fueron representados por fuerzas burguesas, la democracia cristiana y los liberales, a las cuales se podrían atribuir más bien tendencias nacionales cerradas. El Partido Socialdemócrata, que según su tradición impresionante solía cultivar relaciones internacionales, en una situación muy precaria después de la guerra perdida, rechazaba una integración a

²³ *Ibidem*, pp. 178 y ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 190.

²⁵ Strauß, *ibidem*, pp. 255 y ss.

sistemas internacionales de cooperación política y económica por razones nacionales de una manera intransigente,²⁶ mientras que el famoso alcalde de Berlín, Ernst Reuter, del mismo Partido Socialdemócrata, ya en 1948 había declarado que la consolidación de Occidente era la condición elemental del saneamiento y del regreso de la parte occidental al país materno alemán, para alcanzar el consentimiento de los *Länder* alemanes a la fundación de la República Federal como Estado parcial alemán sugerida por los aliados.

La alianza con los Estados occidentales fue la condición esencial de su desarrollo político y económico, que se suele llamar el “milagro económico alemán”, pero fue tachada por la oposición parlamentaria como obstáculo insuperable para la reunificación de Alemania. Al fin y al cabo, sin embargo, la alianza occidental se asomó como una condición necesaria de ella, como el alcalde Ernst Reuter había pronosticado. Adenauer, en la última frase de su libro de sus memorias, esperaba la posibilidad de “una solución de nuestros problemas con los señores del Kremlin”,²⁷ sin poder vivirlo personalmente, terminada por su “nieto político”, Helmut Kohl, mediante sus negaciones con el jefe del gobierno ruso, Gorbachov.

VI. MISERIA Y ESPLENDOR DE INTERVENCIONES JUDICIALES

En las discusiones sobre el antagonismo entre jueces y legisladores se destaca el carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, y no sólo la naturaleza electiva del Parlamento, es lo que califica la ley y justifica su preeminencia sobre las demás normas jurídicas, incluso las emanadas de otros órganos, que también reciben legitimación democrática directa, como el Ejecutivo, elegido popularmente en muchos sistemas políticos actuales.²⁸ La democracia es el único procedimiento de decisión

²⁶ Leonhardt, Rudolf Walter, *X-Mal Deutschland*, München, 1961, p. 448, indicando que el Partido Socialdemócrata como partido de las relaciones internacionales se comportó más de una manera nacional que la burguesía que históricamente había cultivado antes el nacionalismo.

²⁷ Adenauer, *op. cit.*, nota 37, p. 556.

²⁸ Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, 1997, pp. 195 y ss., según Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5, 2001, p. 231.

colectiva que permite y se nutre del disenso como instancia crítica de las decisiones mayoritarias. Se han desarrollado distintos conceptos que parten de una postura que respeta el valor del procedimiento democrático, pero se está buscando una solución que simultáneamente asegure las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad.

En los Estados Unidos, como el país de origen del sistema moderno del control judicial de leyes, ya muy temprano hubo voces de jueces que previnieron contra el accionismo judicial frente al legislador. Ya en 1827 el juez Bushrod Washington postuló una presunción de la validez de una ley examinada, como ya antes había expresado en una sentencia de 1810.²⁹ Esta idea más recientemente está destacada en el mundo hispánico, especialmente en España y Colombia, en donde se ha acuñado la máxima de *in dubio pro legislatore*.³⁰ Parece significativo que se quisieran otorgar al legislador por lo menos los mismos derechos que se conceden al delincuente acusado en un Estado de derecho, que según el principio *in dubio pro reo* no deberá ser tratado como culpable. El objeto de esta máxima será que sólo se pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando ésta sea evidente, más allá de toda duda razonable. En tanto no sea así, cualquier opción legislativa razonable ha de considerarse constitucional. Una versión matizada y condicionada de la presunción de la constitucionalidad de leyes que armonice el respeto al legislador democrático y el estímulo a la deliberación pública favorece la institución del control constitucional.³¹

En Colombia se había creado un tribunal especializado en asuntos constitucionales a partir de la expedición de la Constitución de 1991: la Corte Constitucional se pronunció en los años hasta 1991 en no menos de 6,744 sentencias, en favor de la protección de los derechos humanos en procedimientos de amparo, en Colombia nombrados “tutela”, como su presidente relata con todo orgullo, que denomina a su Corte “la vanguardia en el campo del control de constitucionalidad, al menos dentro

²⁹ Acerca más detalles Horn, Hans-Rudolf, “Richter versus Gesetzgeber”, en Häberle, Peter (coord.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band, 55, 2007, pp. 295 y ss.

³⁰ Horn, Hans-Rudolf, “Jueces versus diputados. Sistemas americano y austriaco de revisión judicial”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, pp. 242 y ss.

³¹ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5, 2001, pp. 254 y ss., discutiendo especialmente obras de Juan Carlos Bayón, Pablo de Lora, James Bradle Thayer, Robert H. Bork y Víctor Ferreres.

del contexto de América Latina”.³² Por el gran número de procedimientos se habló de un “tutelismo”. Además, la Corte decidió en 2,140 sentencias, sobre la constitucionalidad de leyes. Fue criticado severamente que también aquellas leyes que fueron suspendidas de veras fueron necesarias para zanjar la situación financiera del país. Cabe decir que la Corte Constitucional descuidaba las máximas que ella misma había establecido en una sentencia de 1992, marcando la legitimación y los límites de la justicia constitucional en el sentido de que es su fin crucial “mantener un adecuado equilibrio de poderes y salvaguardar la esfera de la libertad y los derechos de grupos y minorías carentes de influencia real en el proceso de toma de decisiones”. La rama judicial, a través de la jurisdicción constitucional, como se dice en la sentencia, está llamada a contrapesar inteligente y responsablemente el crecimiento del Legislativo y del Ejecutivo modernos. El Estado de derecho requiere de igual fortalecimiento de las tres ramas del poder político.³³

En España se expresa el temor de que “es un riesgo que los jueces estén encima del Parlamento o que en ocasiones sustituyan el propio Gobierno”, como dijo Manuel Aragón Reyes, en el transcurso de la ponencia que ofreció con motivo de la V Jornada de la Asociación de Letrados de Parlamentos en Cartagena en 1997, que nombró este hecho muy peligroso para el Estado de derecho, destacando la necesidad de encontrar el punto de equilibrio entre los tres poderes, amenazado por la imitación de ciertos defectos del modelo norteamericano.

También en Alemania, desde hace algún tiempo, constitucionalistas renombrados critican el accionismo judicial, reprochando al Tribunal Constitucional que está cambiando la Constitución en lugar de defenderla, comportándose como un súper-legislador.³⁴ Se puede constatar la tendencia del Tribunal Constitucional, de abandonar su función originalmente defensiva, y sustituirlo por un accionismo ofensivo, que prescribe al legislador de una manera muy detallada, cómo arreglar ciertos campos de la vida humana. Se expresa el temor de que de esta manera se abre el

³² Naranjo Mesa, Vladimiro, “Diez años de la Corte Constitucional colombiana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 5, 2001, p. 288.

³³ Naranjo Mesa, *ibidem*, pp. 280 y ss. (sentencia T-006 de 1992).

³⁴ *Cfr.* por ejemplo, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat*, 29, 1990, *S. ff.*, Walter, Christian, “Hüter oder Wandler der Verfassung?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 125, 2000, pp. 517-550; Meyer, Wolfgang, en von Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, 3a. ed., München, 1996, Nr. 66 ad Art. 93, GG.

camino que lleva de una democracia parlamentaria organizada por el Estado de derecho, a un Estado judicial de índole oligárquica y aristocrática.³⁵ Se ha dicho con toda razón que la justicia constitucional no debe incidir con excesiva premura en la esfera de actuación del legislador, tomando en cuenta que algunas regulaciones resultan inaplazables, y que el proceso democrático de la formación de la voluntad del legislador debe ser respetado al máximo.³⁶ Hasta debe decirse que de lo contrario en casos determinados surgen peligros inmediatos al sistema democrático y a la seguridad. Un ejemplo de 2006 es la limitación esencial de la investigación electrónica restringida según leyes especiales federales y estatales. En un voto particular, fue manifestado el temor de que por la sentencia de la mayoría de la sala el Estado quedó indefenso contra ataques terroristas. Los atentados, como en Nueva York, Londres y Madrid y otros más que se pudieron prevenir en el último minuto, han demostrado que la defensa eficaz presupone informaciones en el marco de una cooperación internacional: también de Hamburgo habían venido participantes del atentado a las torres.

Hay algunos campos en los cuales el Tribunal Constitucional alemán ha asumido completamente las funciones de legislación. Un ejemplo significativo es la sentencia del 11 de septiembre de 2007 en el campo de la radiodifusión. Las emisoras del derecho público de radio y televisión alemanas, que tienen, como también en otros países, como Francia, el derecho de cobrar ciertas tarifas oficiales de cada poseedor de un radio o un televisor, no importa si el poseedor tal vez prefiere escuchar exclusivamente a las emisoras privadas. Los parlamentos estatales que tienen que decidir sobre el aumento de las tarifas fijaron una cantidad que fue 28 centavos más bajo que la sugerencia de la comisión especial de expertos de las dos emisoras públicas; es decir, sólo 16.96 euros como tarifa mensual por radio y televisión desde el 1o. de enero de 2009. Las emisoras públicas persiguieron que el Tribunal Constitucional les concediera el aumento propuesto por la comisión estatal originalmente, considerando

³⁵ Rùthers, Bernd, "Auf dem Weg zum Richterstaat", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 02.11.2000 (p. 12) refiriéndose a sus publicaciones en *Rechtshistorisches Journal*, t. 20 (2000), edición de colaboradores del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt sobre el Meno.

³⁶ Weber, Albrecht, en la versión española de su trabajo sobre Alemania en Starck-Weber (coord.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986, p. 84.

que las leyes estatales son inconstitucionales, por contravenir el principio de la libertad de la radiodifusión, consagrada en el artículo 5o. de la Ley Fundamental, que según la jurisdicción constitucional presuponga el financiamiento suficiente de las emisoras.³⁷ La sentencia ilustra literalmente el aviso del anterior ministro federal de Justicia, Jochen Vogel, que no se deberían cambiar los principios constitucionales “a monedas demasiado pequeñas”, en dicho caso la libertad de radiodifusión a 28 centavos mensuales.

A la evaluación de la justicia constitucional, sin embargo, no se debe sobreestimar tales intervenciones en el ámbito legislativo, descuidando el sinnúmero de sentencias valiosas y efectivas en muchos países del mundo que justificaron la famosa palabra del constitucionalista italiano Mauro Cappelletti, que califica la revisión judicial como “jurisdicción de la libertad”.³⁸ La justicia constitucional cumple esta tarea en todo el mundo, como también en Alemania en casos menos sensacionales, como de presos preventivos que quedan detenidos más tiempo del que sea necesario y legal. Muchas sentencias de esta índole no llaman tanto la atención pública, como por ejemplo recientemente la jurisdicción de la Corte Suprema de los Estados Unidos, últimamente la sentencia del 12 de junio 2008, que declaró inconstitucionales las leyes del Congreso que se refieren a los 220 presos del campo de Guantánamo (Cuba), detenidos desde el comienzo de la guerra en Afganistán hace más de seis años. La mayoría de los jueces se fundaron en el principio crucial de hábeas corpus.³⁹ La idea de la protección de la libertad y de los derechos humanos teóricamente desde el inicio fue un aspecto crucial en la jurisdicción de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Pero apenas cabe decirse que en la realidad histórica estos principios ya se manifestaron cabalmente durante los primeros cien años. La sentencia Dred Scott todavía en la actualidad se usa como ejemplo de asusto en la discusión política. No cabe duda que será indispensable seguir buscando caminos razonables para garantizar efectivamente la “jurisdicción de la libertad”.

³⁷ Sentencia de la primera sala del Tribunal Constitucional alemán, BVerfG, 1 BvR 2270/05 del 11.9.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070911_1bvr227005.html.

³⁸ Así también el título de su libro, traducido por Fix-Zamudio, Héctor, México, 1961. El mismo título usó José Luis Cascajo Castro para su estudio comparativo en la *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198.

³⁹ Información según *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 12 de junio 2008, pp. 1 y 7.

VII. CONTROL DEL PODER EN EL CONTEXTO POLÍTICO

El poder político, siendo su control el objeto de nuestras reflexiones, no puede ser visto como un maleficio público, como destaca Diego Valadés con toda razón. Un sistema constitucional no puede, por definición, contener un poder inútil, lo que estatuye es un poder responsable, limitado y, por tanto, controlable. La soberanía equivale a la racionalización política y jurídica del poder.⁴⁰ En las discusiones actuales a veces se mantiene que el Estado nacional haya perdido completamente su función tradicional frente a empresas y organizaciones internacionales y grupos de presión internos, al denominarlo “una institución en el mar de la incertidumbre” y ridiculizando también el término de la soberanía. El renombrado maestro alemán del derecho constitucional, Gerd Roellecke, ha planteado seriamente la pregunta si hoy todavía podría ser justificado que una revista se denomine *Der Staat* (El Estado).⁴¹ El reconocimiento de las dependencias internacionales, tanto políticas como económicas, cuya importancia sin lugar a dudas está aumentando, en realidad no obliga a la conclusión de que en la actualidad el Estado constitucional particular haya perdido su responsabilidad como bastión primordial de los derechos humanos. No conviene el desdén hacia el Estado nacional, que se expresa en términos como “final del teatro del Estado”, “ridiculización del Estado” o su “muerte como construcción de soberanía propia y coordinador jerárquico”.⁴²

El desprestigio del Estado moderno está entrelazado con el problema de lo político como tal. La aversión hacia la política como tal estaba y sigue estando divulgada mundialmente, en Alemania tradicionalmente entre poetas y escritores famosos, desde Wilhelm von Humboldt a Thomas Mann, que defiende la actitud del “apolítico” en 1918 como elemento básico de la cultura y humanidad alemana contra la mera civilización y el utilitarismo inglés.⁴³ La postura de la “antipolítica”, sin embargo, va más

⁴⁰ Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 149.

⁴¹ Discutido en mi reseña de Valadés, Diego, *El control del poder*, 1998, en la revista *Der Staat*, 40, 2001, pp. 470 y ss.

⁴² Horn, Hans-Rudolf, “Aspectos del humanismo en el mundo globalizado”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 36, 2006, p. 378.

⁴³ Mann, Thomas, *Betrachtungen eines Unpolitischen*, Frankfurt am Main, 1956, pp. 31 y 113.

allá que la del apolítico, fundándose en el rechazo básico como determinada forma de actividad humana, que tiene su origen en la complejidad de intereses controvertidos. Antipolítica es el ensayo y la tentación de terminar el destino de Sísifo de obras sin sentido, al abrigar la esperanza sincera de que esta manera sea posible un cambio a lo mejor.⁴⁴ La actitud de la “antipolítica” fue expresada de una manera muy significativa por los representantes del anarquismo, como Proudhon, que hace responsable a la política como tal de todos los malos e inconvenientes de la vida pública, no a ciertas personas poderosas, círculos determinados o a clases sociales de su mala o a una cierta escandalosa política. Para él, la única salida es una sociedad sin política y sin dominación, que describe de una manera consecuente como sociedad agraria de autarquía, que él pronostica seriamente.⁴⁵ El mismo Proudhon habla en un artículo menos cuidado del año 1848 de *une certaine maladie d'opinion*, que —como dice— es conocido desde la antigüedad y es nombrado por el gran filósofo e historiador, “política”.⁴⁶ Se refiere, obviamente, a Aristóteles, que se dedicaba no solamente a la lógica pura como objeto de sus investigaciones, sino destaca de una manera muy eficaz primordialmente la función de opiniones y discusiones en sus doctrinas de la tópica y retórica.

La aversión hacia la retórica y lo “opinable” está muy divulgada y compartida por grandes pensadores, como Jacob Burkhardt, que llamó a la retórica “una aberración monstruosa de la antigüedad griega-romana”. La antipolítica se tiene que comprender como consecuencia de la antirretórica. Tanto en discusiones científicas como en el lenguaje diario, “retórica” es usada en sentido peyorativo, pues fue restringida a los trucos más o menos engañosos, para manipular al auditorio o a los lectores, como se lo considera también típico de los discursos políticos, o a las formas del decoro del discurso.

⁴⁴ Horn, Hans-Rudolf, “Dimensionen der Demokratiefähigkeit”, *Archivo de Filosofía Jurídica y Social* 86, 2000, pp. 400 y ss.

⁴⁵ Proudhon, Pierre Joseph, *Politische Schriften*, Stuttgart, ed. por Thilo Ramm, 1963, pp. 189 y ss.

⁴⁶ Mandt, Hella, *Politik in der Demokratie. Aufsätze zu ihrer Theorie und Ideengeschichte*, Baden-Baden, 1998, p. 109, aprovechando esta referencia de Wolin, Sheldon, en *Politics and Vision. Continuity and Innovation in Western Political Thought*, Boston, 1968, p. 414, como punto de partida para sus estudios sobre la antipolítica. *Cfr.* mi reseña del libro de Mandt bajo el título “Dimensionen der Demokratiefähigkeit, Politik und rhetorische Rechtstheorie”, *Archivo de Filosofía Jurídica y Social*, 86, 2000, pp. 400 y 411.

La importancia de la tópica de Aristóteles, que analiza las estructuras retóricas, descubrió de nuevo hace un poco más de medio siglo Theodor Viehweg en Mainz (Alemania), y Chaim Perelman en Bruselas (Bélgica). Los dos autores destacaron de qué grado la tópica ha acuñado el pensamiento europeo en el curso de los siglos. En el fondo nunca ha perdido su función de decidir sobre la aceptación de argumentos (*topoi*) en el marco de un diálogo permanente en las ciencias jurídicas. La contemporánea rehabilitación interdisciplinar de la tópica es objeto de muchas investigaciones también en el mundo hispánico, que destacan el papel eminentemente político de la retórica en la antigüedad, concordante con la organización y las necesidades de la democracia ateniense y la organización de la República romana, que entró en crisis cada vez que el debate público libre dejó de ser el eje de la vida política y jurídica.⁴⁷ A través de un discurso sujeto a ciertas reglas y deberes procesales es posible llegar a premisas cuya validez dependen de su aceptación por parte de quienes intervienen en una “situación de discurso comunicativo”. Es decir, el fundamento de validez de estas premisas es su “reconocimiento” en el curso de un diálogo permanente, y no el resultado de una comprobación empírica o de una evidencia objetiva.⁴⁸

El desprestigio de la retórica en la época moderna empieza con el desarrollo de los métodos de las ciencias naturales. Puntos de vista que se fundan solamente en *topoi* reconocidos en la discusión no pueden garantizar la misma certidumbre que dan las ciencias naturales en el sentido tradicional. Se reconocía como veros solamente conocimientos que se fundan en una deducción sistemática de axiomas o de hechos comprobados, rechazando presunciones y consideraciones de probabilidad. El camino a una solución de problemas mediante deliberaciones y discusiones de las posibilidades distintas en el marco de una teoría de la argumentación fue desechada por una tendencia antirretórica por falta de condiciones típicas para las ciencias exactas. La imagen del mundo tradicional, fundado en las doctrinas de mecánica, según Newton, fue sacudida hasta sus bases en el curso del siglo XX por la teoría einsteiniana de la relatividad.

⁴⁷ García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988, pp. 19 y ss.

⁴⁸ Así, Ernesto Garzón Valdés, en su observación preliminar de la obra Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, 1991, p. 9, publicando una colección de ensayos de Viehweg en versión castellana.

dad, la teoría de los cuantos de Planck y el principio de la indeterminación, según Heisenberg.⁴⁹ El alcance de presunciones desempeña un papel crucial también en una rama especial de la matemática, la estocástica, derivada de la palabra griega *stochos*, es decir, presunción, que fue desarrollada ya especialmente por Jacob Bernouilli (+ 1705) y actualmente está ganando importancia creciente en muchos campos de las ciencias y de la práctica económica.

Actitudes contemporáneas de fundamentalismo en el fondo se derivan del ensayo de conservar las categorías tradicionales del siglo XIX por propagar convicciones como hechos indiscutibles de una manera que renuncia a flexibilidad y diferenciaciones. Los fundamentalismos representan un gran desafío para la convivencia entre y dentro de las naciones, pero aparecen inevitables en sociedades abiertas. No conviene situarse en una posición de rechazo y descalificación absoluta, sino será indispensable una respuesta constructiva ante los peligros.⁵⁰

La razón práctica se caracteriza por discutir y ponderar los puntos de vista esenciales, como “la lógica de lo razonable” en el sentido de Recaséns Siches en contraste con la “lógica de lo racional”, que se usaba tradicionalmente en las ciencias naturales. Es una señal de un pensamiento unidimensional desacreditar esta manera de pensar como *considérations boutiquières*, y comparar el método de ponderar argumentos con pesar canela o pimienta en una tienda.⁵¹ Ridiculizar la razón práctica y presentar el *common sense* como un atributo cursi del provinciano es una expresión típica de antirretórica y antipolítica. En la retórica prevalece una vista del conjunto contextual, cabe decirse una noción de verdad pragmática.⁵² La meta es encontrar una base que prometa el grado más posible de certidumbre para decisiones y orientaciones sociales. Asimismo, en

⁴⁹ Schreckenberger, Waldemar, “Rhetorik und Demokratie”, *Archivo de Filosofía Jurídica y Social*, 86, 2000, p. 380.

⁵⁰ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, estudio introductorio por Diego Valadés, p. LXVIII.

⁵¹ Citado por Mandt, *op. cit.*, nota 59, p. 105.

⁵² Schreckenberger, Waldemar, “Gesetzgebung und Rhetorik”, en König, Klaus (coord.), *Gesetzgebung und Regierung*, Speyer, 1998, pp. 75 y ss., 82 y 88 y ss. Acerca las estructuras y funciones pragmáticas especiales *cfr.* del mismo autor *Semiótica del discurso jurídico. Análisis de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdez, México, UNAM, 1987, pp. 93 y ss., p. 340.

las ciencias políticas la retórica no sólo encontraba atención especial, sino era descubierta finalmente como teoría fundamental de lo político.⁵³ La comunicación se manifiesta como tarea pública que tiene que ver con las bases de la convivencia humana, pero también con la protección de los derechos humanos y los elementos vitales constitucionales, como la división de poderes. La capacidad democrática y la cultura política dependen de qué grado las oportunidades de la comunicación sean aprovechadas en el marco de la Constitución. Derecho y discurso tienen un origen común. El derecho vive en la lengua y a través de la lengua.

Constitución quiere decir, según Peter Häberle, orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad; es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad. Este concepto amplio de sociedad comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia como “forma marcada que se desarrolla vivamente” en el marco de un “proceso público” como “estímulo y límite” o como limitación y racionalización del poder del Estado.⁵⁴ De ninguna manera se hace referencia exclusiva al “esqueleto de la norma”, sino hay que incluir a la cultura y al ambiente político, las opiniones y prácticas. La división de poderes como principio constituyente se convierte en tarea de la política jurídica.⁵⁵

El sistema democrático se funda en una discusión pública arreglada, que concede el rango adecuado a todos los puntos de vista que sean necesarios para zanjar problemas en el marco de una retórica cultivada. Son las funciones de los parlamentos de decidir sobre asuntos políticos y cumplir sus obligaciones de la dirección política, tomar las iniciativas precisas y ejercer el control del Ejecutivo, fundándose en la participación popular. Las competencias judiciales principalmente no incluyen la usurpación de facultades de otros poderes políticos de una manera soberana, aunque la tentación sea grande, puesto que los tribunales al fin y al cabo

⁵³ Cfr. especialmente Mesch, Walter, *Ontologie und Dialektik bei Aristoteles*, Göttingen, 1994 y Bußhoff, Heinrich, *Politische Argumentatio-Überlegungen zu einer Argumentationstheorie der Politik*, Baden-Baden, 1977.

⁵⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés; trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 3 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 4 y ss.

suelen tener la última palabra. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad. Debe, sin embargo, esforzarse por una integración pragmática de elementos teóricos y guardarse de consagrar sus propias teorías expresadas en las sentencias y pretender un compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia el derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos de información y participación.⁵⁶

⁵⁶ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 170.