

ALEMANIA COMO ESTADO DE DERECHO

A la ciencia jurídica se le reprocha a menudo que no es una ciencia auténtica. En la aplicación del Derecho, y en determinados casos, se le reconoce el mérito del arte, pero no se la considera ciencia. En la representación del Derecho vigente le falta —suele decirse— la dignidad de la permanencia, ya que aquél depende del capricho del legislador. Porque fué precisamente un jurista, VON KIRSCHMANN, el que ha acuñado hace unos cien años la definición siguiente: «De un plumazo, el legislador acaba con bibliotecas enteras.» Para protegerse contra tamaña catástrofe tendría que refugiarse la ciencia jurídica en el pasado e intentar describir y representar el Derecho antiguamente vigente, o sea su prehistoria y su desarrollo sucesivo. La ciencia jurídica sería entonces una ciencia referida a su pasado, pero no una ciencia en función del presente. ¿Y el futuro? Aquí se supone que la ciencia jurídica puede descubrir ciertas tendencias de evolución, aunque una predicción del futuro es siempre demasiado incierta para ser considerada como ciencia, ya que la mayor parte de las veces está en relación con deseos, es decir, con valores subjetivos.

A la vista de semejante crítica nos consuela el recuerdo de TUCÍDIDES, el historiador de la guerra del Peloponeso, quien emprendió, con plena conciencia de su obra, la descripción de un acontecimiento coetáneo a él y por él mismo vivido, a pesar de lo cual pasa por ser uno de los más grandes historiadores de todos los tiempos. También el jurista puede acercarse al presente con métodos científicos, no sólo porque, debido a su mejor conocimiento, describe el estado del derecho vigente en la época sin ningún tinte y con arreglo a la verdad, sino sobre todo porque, partiendo del Derecho positivo, resume todo lo dado y extrae de aquél las ideas que son la base del actual estado de derecho. Si remoja después el resultado con indicaciones de tipo histórico o de tipo ideológico-histórico, obra desde el punto de vista de la crítica y completará las imperfecciones del Derecho vigente al hilo de una legislación sabia; si concibe el Derecho vigente sólo como un intento de realizar una situación de Derecho ideal, también obrará con arreglo a lo puramente científico.

Pero basta de explicaciones teóricas. Queremos intentar comprender un recorte del Derecho constitucional actual, desde el punto de vista científico, y escogemos como especialmente importante el tema *Alemania como Estado de derecho*.

Si calificamos a Alemania como Estado de derecho, nos referimos a tres aspectos: Imperio de las leyes, existencia de derechos fundamentales frente al Estado, protección de esos derechos por Tribunales independientes. Estas tres exigencias se cumplen ampliamente en la Alemania de hoy, y lo demuestra mejor que nada una ojeada retrospectiva a los doce años de nacionalsocialismo.

Imperio de las leyes: No está permitida ninguna invasión de la esfera de derechos del individuo, a no ser que esté autorizada por alguna ley. Si se me exige el pago de una contribución, si se me expropia una franja de terreno, si se me prohíbe construir sobre algún solar de mi propiedad, si se me priva de mis derechos de funcionario, en todos los casos citados es necesario un poder conferido a la Administración mediante una ley. Sólo entonces puede estar tranquila mi conciencia jurídica, si la Administración me cita la ley en virtud de la cual ha tomado la medida pertinente. Es cierto que también en el Estado nacionalsocialista había leyes. Pero eran en realidad disposiciones dictatoriales y no lo que, desde la Revolución francesa, solemos denominar «leyes». La ley es, desde 1789, solamente lo que Rousseau reconoció como tal, es decir, la *volonté général*, la voluntad común, expresada por una manifestación del pueblo.

En la época nacionalsocialista podía ser ley lo que decidía el Gobierno del Reich, incluso la llamada orden del Führer, aun cuando, como en la regulación de la llamada eutanasia aplicada a los enfermos mentales incurables, no llegase a publicarse. Tales leyes gubernativas ya no son posibles de acuerdo con la Ley fundamental de Bonn. Bien es verdad que el legislador puede facultar en determinados casos al Gobierno federal o a un ministro o a los Gobiernos adheridos a la Federación la promulgación de disposiciones, pero sólo en materias exactamente limitadas y bajo ningún pretexto de manera que el poder legislativo total pase a manos del Gobierno. ¿Qué sucede si la ley misma es injusta y arbitraria? En leyes nacidas de un Parlamento esto no es muy probable —a diferencia de las medidas dictatoriales—. Pero si, a pesar de todo, surgieran tales leyes injustas, por ejemplo, fijaciones de precios que obligan al comerciante a trabajar con pérdida, entonces la teoría del derecho natural alemana, remozada en su interpretación desde 1945, considera tales leyes como no obligatorias.

Al Estado de derecho pertenece, además, la existencia de unos derechos fundamentales, es decir, una esfera de la existencia individual en la cual el Estado no puede penetrar, como la dignidad humana, la libertad

de cultos, la libertad de opinión, la libertad del conocimiento y profesión científicos. Se hizo muy famosa en este aspecto la declaración de los derechos del hombre publicada en Francia en 1789, porque anunció los derechos fundamentales con la misma Revolución. Estos derechos los encontramos hoy de nuevo en nuestras Constituciones alemanas, sobre todo en la Ley fundamental de Bonn. También la Constitución de Weimar contenía un catálogo de tales derechos, aunque los más importantes de ellos se hallaban a expensas de un poder dictatorial del Presidente del Reich, y recordamos aun que apenas un mes después de la llamada transmisión de poderes, con ocasión del incendio del Reichstagbrandes, el Presidente derogó, a petición de Hitler, y con su refréndo, los siete derechos fundamentales más importantes de la libertad personal: la libertad de domicilio, el secreto postal, la libertad de opinión, la libertad de reunión y de asociación, y de la propiedad, según se dijo entonces de manera temporal, pero en realidad para todo el tiempo que duro la situación hitleriana. Una suspensión, aunque sea pasajera, de los derechos fundamentales, no es hoy posible dentro del marco de la Ley fundamental. Sólo si alguien usa de esos derechos fundamentales contenidos en la Constitución para combatir el orden constituido puede el Tribunal constitucional condenarle, pero sólo al culpable, no en un modo general, como era posible en la época de Weimar, y según determinó el nacional-socialismo abusando de las precripciones de la Constitución de Weimar durante toda su duración.

Estado de derecho, significa, ante todo, Estado judicial. Los Tribunales, cuando lo son auténticamente, se distinguen de otros organismos por el hecho de que sus miembros son independientes, sólo están sometidos a la ley y no les amenaza ninguna clase de perjuicios, tales como la destitución o el traslado, si han juzgado con arreglo a su conciencia. Tales Tribunales independientes ya existían de siempre para los procesos de Derecho privado y el enjuiciamiento de delitos. En cambio, no se entiende en forma alguna que, por sí mismo, el individuo pueda recurrir a un Tribunal también en el caso de pleitos con el Poder público. Los Tribunales que se instituyen para tales casos se llaman Tribunales de la Administración. Tales Tribunales de la Administración ya existían más o menos completos o perfectos desde 1863 en los diversos Estados alemanes y también en el Reich. Así se podía recurrir ante un Tribunal contra un exceso de cobro en la contribución, o también si se creía que un organismo municipal había ordenado el derribo injusto de una casa, o si era dudoso que un camino pudiera servir para la circulación pública, o si tenía el carácter de particular, o si se ponía en tela de juicio si alguien tenía o no derecho a la nacionalidad alemana. Los Tribunales administrativos sólo eran competentes en la medida en que la ley les atribuía expresamente esa competencia. Faltaba, casi en todos los pun-

tos, la llamada cláusula general, según la cual el Tribunal administrativo debe intervenir en todos los litigios de Derecho público, por ejemplo, en la cuestión de si una industria necesita autorización, si se presenta un caso de expropiación para fines de edificación, si era permisible contravenir las situaciones de los empleados, si era justo incautarse de un camino, si un editor está obligado a enviar un ejemplar de una obra por él publicada a la Biblioteca del Estado, etc. En el transcurso del tiempo hitleriano esta protección legal fué abandonada casi totalmente. Lo importante en el desarrollo del Estado de Derecho, desde 1945, es que en tales casos se puede acudir, sin excepción, al Tribunal administrativo. Los países de la zona americana comenzaron con esta legislación en el año 1946, siguiendo después toda la zona británica con una orden de la Potencia ocupante británica, que establecía en términos generales la misma situación de la zona americana. Los países de la zona francesa han resuelto la cuestión idénticamente, de suerte que hoy podemos hablar de una victoria total de la cláusula general en la Alemania occidental. Para introducir esta innovación entre el pueblo, se han formado sociedades para la protección de los derechos ciudadanos que abren consulta pública y que aconsejan al ciudadano si el Poder público procede alguna vez contra la ley, proporcionándole los medios para proseguir la reclamación judicial correspondiente. No debe creerse por eso que se ha abierto la espita para los picapleitos, sino más bien que se lucha por el derecho del individuo, a la vez que por el derecho de la comunidad. Esto ya lo ha reconocido el gran jurista Rudolf von IHERING en su célebre escrito *La lucha por el Derecho*, en el que se alaba al Lord inglés, que permaneció una semana más de lo que proyectaba en Viena, hasta que comprobó judicialmente que un cochero no le había engañado. Está completamente claro que el organismo administrativo, después de la revocación judicial de sus actos, será más precavido en casos futuros y se someterá severamente a los fundamentos de derecho establecidos por el Tribunal administrativo.

Este sistema de la cláusula general, lo establece la Ley constitucional de Bonn en su art. 19, párrafo 4, apartado 2.º, al determinar que en todos los casos de intervenciones antilegales del Poder público, el perjudicado en sus derechos tiene la posibilidad de recurrir ante un Tribunal. Si a un legislador de alguno de los Estados federados se le ocurriese restringir la cláusula general del Tribunal administrativo, por ejemplo, en la cuestión de economía de viviendas o de la estructura de alojamientos, entonces se apelaría automáticamente al Tribunal correspondiente para la decisión en el pleito. El legislador del Estado federado no habría adelantado nada, sino sólo un aplazamiento de su comparecencia ante el Tribunal administrativo.

Se oye hablar mucho ahora del Tribunal de Garantías Constituciona-

les. La Ley que lo establece ya hace varios meses que se ha publicado, pero la elección de los jueces para dicho Tribunal parece tropezar con algunas dificultades. Esto es comprensible porque dichos jueces se eligen con muchas y dificultosas condiciones por los Colegios electorales, es decir, por miembros pertenecientes al Consejo Permanente del Parlamento General Federal formado de 12 miembros y tienen que contar con las tres cuartas partes de la mayoría de dicho Consejo Permanente y con dos tercios del Parlamento. Por lo tanto, algo semejante a la elección del Papa, que sólo puede considerarse elegido cuando cuenta con dos tercios y un voto de los Cardenales presentes. Pero mientras que a los Cardenales se les encierra para proceder a la elección en el cónclave y no se les deja salir hasta que el Papa ha sido elegido, este procedimiento drástico no se emplea en los Colegios electorales para el Tribunal de Garantías Constitucionales, y así es posible que la elección se aplaze de semana en semana y de mes en mes, aunque, finalmente, también se conseguirá llevarla a cabo y entonces tendremos un Tribunal Supremo para el Derecho público, que entenderá sobre todo en cuestiones constitucionales suscitadas entre los órganos Federal supremo, o entre la Federación y los países pertenecientes a ella, o entre los países entre sí, aunque también tendrá competencia, según la Ley que lo establece, en la protección a derechos individuales.

La Ley fundamental permite al legislador atribuir al Tribunal de Garantías Constitucionales competencias distintas de las previstas en la ley fundamental. Esto lo ha hecho el legislador por medio de la introducción del recurso por inconstitucionalidad. Si alguien considera que está lesionado en un derecho fundamental, no sólo en un derecho común, por el Poder público, por ejemplo, el hombre que por manejos de su familia ha sido internado en un manicomio sin que sobre esto haya decidido un Tribunal, entonces puede dirigirse en virtud de tal recurso al Tribunal de Garantías Constitucionales, que se convierte así en protector de la Constitución en beneficio suyo. Sobre todo, esto es posible cuando alguien cree ser lesionado inmediatamente por alguna ley en sus derechos, por ejemplo, cuando una ley, en contraste con la Ley fundamental, le priva del derecho de sufragio o del derecho de ser elegido. Normalmente no existe ninguna posibilidad de apelar ante un Tribunal administrativo en una causa suscitada por una Ley anticonstitucional. Más bien hay que esperar a que al aplicarse dicha ley anticonstitucional se esgrima la excepción de su anticonstitucionalidad. En estos casos es a menudo demasiado tarde, de ahí que la impugnación directa sea un segundo éxito del Derecho, consistente en que el individuo puede apelar ante el Tribunal de Garantías constitucionales en el caso de alguna ley anticonstitucional.

Ha surgido así para los Tribunales una difícil tarea, porque es muy fácil que al proteger el derecho del individuo, le favorezca demasiado y ponga en peligro la seguridad del Estado. Este fué el motivo por el cual un político realista como BISMARCK no quería saber nada de la cuestión de protección legal judicial en cuestiones constitucionales. Pero, por otra parte, hay que contar también con el sentimiento del individuo que teme no alcanzar su derecho, lo cual también es peligroso para la seguridad del Estado, según nos lo muestra la famosa novela de KLEIST, *Michael Kohlhaas*. Por lo tanto, será obligación del Tribunal de Garantías Constitucionales el repartir con equidad su justicia entre el individuo y el Estado. Si esto se consigue, el nuevo Estado democrático se habrá enriquecido con un apoyo muy valioso.

Prof. WALTER JELLINEK

De la Universidad de Heidelberg.

BIBLIOGRAFÍA

