

Bachof y Leibholz: voces pioneras del control jurídico al poder legislativo, en la segunda postguerra en Alemania¹

Bachof and Leibholz: pioneering voices of legal control of the legislature in post-war Germany

Tatiana Díaz Ricardo²
Universidad de Cartagena



Para citaciones: Díaz Ricardo, T. (2024). Bachof y Leibholz: voces pioneras del control jurídico al poder legislativo, en la segunda postguerra en Alemania. *Revista Jurídica*, 21 (2), 127-137.

Editor: Tatiana Díaz Ricardo. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2024. Díaz Ricardo, T. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivados 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



El Estado constitucional exige una tematización de los problemas de la verdad, y aquello que lo caracteriza es exactamente el hecho de que esté en condiciones de hacerlo. (...) La imagen de hombre del Estado constitucional vislumbra un ciudadano para quien es posible emprender la búsqueda de la verdad, porque le es necesario la verdad: "el adquirirla y poseerla". Peter Häberle³ (Verdad y Estado constitucional)

RESUMEN

En la consolidación de los límites a los poderes públicos existen aspectos históricos determinantes para ello. Es así como en la segunda postguerra en Alemania se evidenció el surgimiento de unos doctrinantes que usando argumentos del iusnaturalismo clásico serán pieza clave para el establecimiento de límites y controles al poder legislativo, que hasta entonces se había estructurado como el poder público con mayor inmunidad.

Palabras clave: Interdicción de la arbitrariedad; límites al poder; principios y valores, Constitución Política.

ABSTRACT

In the consolidation of the limits to the public powers there are determining historical aspects for it. Thus, the second postwar period in Germany witnessed the emergence of some doctrinaires who, using arguments of classical iusnaturalism, will be a key element for the establishment of limits and controls to the legislative power, which until then had been structured as the public power with the greatest immunity.

Keywords: Interdiction of arbitrariness; limits to power; principles and values; Political Constitution.

¹ Este artículo es un borrador preliminar que forma parte de una investigación más amplia: la tesis doctoral que actualmente desarrollo sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad en la Universidad de Navarra, dirigida por los profesores de esta institución Juan Cianciardo y Pilar Zambrano.

Al tratarse de un borrador todos los aciertos corresponden a la excelente guía de mi Directores, y cada error a mi exclusiva responsabilidad.

² Abogada. Profesora Asociada y jefe del Departamento de posgrados de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Colíder del grupo de investigación Temas contemporáneos del derecho y Coordinadora del semillero Justicia, liberalismo y democracia. tdiazr1@unicartagena.edu.co

³ Häberle, P. (2006). Verdad y Estado constitucional: (ed.). México, D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/74514?page=165>

El control a los poderes públicos en la actualidad constituye un imbricado sistema normativo en el cual los principios jurídicos constituyen un rol fundamental para su consolidación. En Europa, como en América las dinámicas constitucionales han identificado aspectos comunes que hace cincuenta años habrían sido inimaginables, uno de esos aspectos es la presencia de principios jurídicos comunes en esencia, aunque puede variar la denominación. Uno de esos principios es el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de interdicción de la arbitrariedad está consignado en el artículo nueve, numeral tres (9.3) de la Constitución española de 1978 evidenciando el rol principal que atribuye el constitucionalismo español a la consolidación de herramientas normativas para garantía del Estado de derecho y sus principios intrínsecos, entre los que deben destacarse los principios de razonabilidad, legalidad, racionalidad y justicia.

El principio bajo estudio se constituye como herramienta jurídica para proscribir, excluir y castigar la arbitrariedad de los poderes públicos, y al operar a través del juez y atender los criterios de justificación y validez de la razonabilidad de la decisión, acto o ley cuestionado, evidencia los niveles óptimos o carentes de su razonabilidad, solidez, y coherencia, lo cual debe traducirse en la comprensión⁴ de las mismas por la ciudadanía y dotar al derecho de legitimidad.

En la investigación histórica de identificación de las raíces conceptuales del principio bajo estudio se encontró que buena parte de las ideas básicas que conforman el núcleo conceptual del control al poder, en concreto, al poder legislativo, lo constituían postulados iusnaturalistas clásicos y la reivindicación de los principios jurídicos como componente esencial del derecho, labor en la que se destacaron dos voces alemanas a quienes con este ensayo presento reconocimiento tardío pero no menos veraz: Gerhard Leibholz y Otto Bachof. La historia constitucional de Alemania es de interesante complejidad, por su relevancia, amplitud y densidad. Por ello este trabajo se circunscribe a identificar características de la interdicción de los poderes públicos y doctrinariamente se tiene como guía la tesis del *Ejercicio regular de los derechos* de Juan Cianciardo⁵, y además se han seguido principalmente a Gerhard Leibholz y Otto Bachof, quienes fueron pioneros en la estructuración del control de la arbitrariedad al poder legislativo.

Bachof y Leibholz además de advertir a la comunidad jurídica el problema derivado de la primacía del legislativo en el funcionamiento de los sistemas jurídicos, evidenciaron que una concepción de justicia era alcanzable sólo a

⁴ Actualmente desde el Ministerio de Justicia de España y la doctrina se está desarrollando el concepto de derecho a comprender, refiriéndose a la exigencia de los ciudadanos a exigir la claridad y sencillez en las decisiones de los funcionarios públicos, en particular de los jueces. Ver: Carta de derechos del ciudadano del Ministerio de Justicia de España. Artículo 7. El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. En: <https://sedejudicial.justicia.es/documents/2014/2/109376/Carta+de+derechos+de+los+ciudadanos.pdf#fb164806-c785-32fd-cd522864d2687622?t=1575025998590>. También el Tribunal Constitucional de España: Luis Pomed Sánchez. En: https://www.te.gob.mx/material_academico/media/files/1455818001.pdf

⁵ Profesor Universidad de Navarra.

partir de un funcionamiento centrado en la labor prudente del juez constitucional y con decisiones argumentadas transparentemente en valores. A esto, se le puede sumar la idea del iusnaturalismo clásico respecto a que los valores, a su vez deben estar fundamentados en concepciones de bienes humanos (aquí hay una coincidencia importante con Otto Bachof) y la verdad como categoría del derecho no sólo posible, sino necesaria para un adecuado ejercicio interpretativo de los derechos fundamentales por parte del juez. El derecho además está integralmente conectado con la moral y la política en su realidad práctica, lo cual es algo que debe afrontarse en su dinámica interpretativa.

Respecto a la categoría de verdad como componente de los sistemas jurídicos, Peter Häberle la considera parte de la triada inmanente al estado constitucional: verdad, justicia y bienestar común, considerando, además, que la justicia es la verdad del derecho⁶. Si bien Häberle no defiende una posición iusnaturalista, la pone de presente en el discurso actual de los derechos fundamentales. Para este autor la dignidad humana (premisa antropológica cultural del Estado constitucional) es la suma de los valores fundamentales (verdades del derecho), que se erige como límite absoluto de lo tolerable en un Estado. Esto a su vez se corresponde con la imagen de un hombre en armonía con los postulados de la búsqueda de la verdad, en el contexto de los valores fundamentales últimos⁷. Se destaca que para Häberle es esencial el compromiso del legislador a no rebasar ese límite absoluto, asunto que desde 1959 ya preocupaba a Bachof y a Leibholz, y de los cuales, en este trabajo⁸, se han seleccionado tres ideas relevantes, las cuales se procederán a estudiar a continuación: a. El Juez constitucional como poder originariamente legitimado para proscribir la arbitrariedad; b. La superación de la clásica oposición Gobierno y Parlamento y Poder Legislativo como sujeto pasivo de la interdicción de arbitrariedad.

a. El Juez constitucional como poder originariamente legitimado para proscribir la arbitrariedad en Alemania

Alemania fue pionera en el desarrollo de la interdicción de la arbitrariedad contra el legislador. Se evidenciarán los argumentos que los tratadistas

⁶ De alguna manera puede decirse que la justicia es la "verdad del derecho". Este ordenamiento de los ideales "verdad, justicia, bienestar común" no significa una demanda excesiva al Estado constitucional, antes bien estos ideales son inmanentes en todas las distintas formas en que se presenta el Estado constitucional. Häberle, P. (2006). Verdad y Estado constitucional: (Ed.). México, D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/74514?page=166>.

⁷ El concepto "dignidad humana" es la suma de los valores fundamentales, tomados como "premisa de la antropología cultural" del Estado constitucional y de la democracia liberal. Ésta última no es otra cosa que la consecuencia de la organización del Estado constitucional, sea que se le entienda bajo la teoría del ius naturalismo o por la del consenso, (...) Estos "valores fundamentales" ("verdades del derecho") se erigen en "límites de lo tolerable" (...) También sirven para apuntalar los esfuerzos de crear "garantías perennes" por parte del Estado constitucional; lo que puede suceder a manera de un compromiso entre todos los legisladores a no rebasar un límite "absoluto" (...) Este límite absoluto puede convertirse en una obligación judicial cuando el Estado constitucional efectúe la educación de sus jóvenes ciudadanos desde la imagen de un hombre en armonía con los postulados de búsqueda de la verdad en el contexto de los valores fundamentales últimos. Häberle, P. (2006). Verdad y Estado constitucional: (ed.). México, D.F, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/74514?page=131>

⁸ Se presentará una segunda parte de este tema, en la que se desarrollarán aspectos jurídicos concretos.

escogidos, con experiencia judicial, venían advirtiendo sobre el funcionamiento, o más bien, sobre la crisis del principio de legalidad en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. La consolidación del Estado constitucional va de la mano del cuestionamiento al imperio de la ley en lo jurídico, político y filosófico.

Para Bachof y Leibholz a mediados del siglo XX ya era evidente el peligro que corrían los derechos humanos por parte del poder legislativo, incluso en una densidad mucho mayor, del que podría atribuírsele a cualquiera de los otros poderes públicos del Estado. Era entonces, una realidad de ese momento que la legislación ocupaba un lugar prominente, derivado de la tradición decimonónica del Estado democrático liberal⁹. Esto a su vez, conllevó a que las coaliciones de dinámicas partidistas del legislativo con los gobiernos temporales desdibujaran el ejercicio de oposición al ejecutivo, poniendo en riesgo las garantías de grupos minoritarios y sus derechos fundamentales. Esto nos lleva al siguiente punto: la advertencia de la peligrosa alianza entre el legislativo y el ejecutivo, quienes tradicionalmente eran poderes que se hacían contrapeso, para garantizar la idoneidad del funcionamiento del Estado de Derecho y del sistema democrático.

b. La superación de la clásica oposición Gobierno y Parlamento

Lo que había caracterizado la dinámica constitucional de la antigüedad y el medioevo había sido principalmente la dialéctica entre gobernantes y los otros sectores sociales, fuesen estamentos, clases económicas o cualquier otra categoría; luego, existía esa visión de desconfianza, o complemento, a quien detentaba el poder. La construcción del constitucionalismo, que es racionalizar el ejercicio del poder, implica ponerle límites a los órganos que lo detentan, el equilibrio de poderes deriva esencialmente de esa constante supervisión. Es por ello, que no sólo no es recomendable, sino ilegal, desde la perspectiva del derecho constitucional, que desaparezca la tensión recíproca entre gobierno y parlamento y la independencia de cada una de éstas instituciones¹⁰.

⁹ El peligro que la libertad corre a manos del Poder legislativo en los regímenes de democracia a base de partidos políticos, es un peligro especial; un peligro que supera, con mucho, al que en las comunidades políticas le puede venir a la libertad de otros órganos rectores. Esta enorme sensibilidad de la libertad respecto de las intervenciones del legislador responde a causas peculiares, las cuales —por más que entre sí puedan diferir— dan lugar, al concurrir en la situación actual, a que la libertad parezca en trance de singular peligro. A continuación trataré de interpretar brevemente esta situación. Entre las tendencias distintivas del moderno Estado democrático - liberal, basado en el respeto a la libertad del individuo, está la circunstancia de que la legislación ocupe un lugar preeminente entre todas las demás actividades y manifestaciones estatales.

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=8>.

¹⁰ La continua democratización de la vida política llevó poco a poco, a lo largo del siglo pasado, a la superación de la ya histórica oposición entre Gobierno y Parlamento. La Corona y el Gobierno dependiente de ella fueron violentamente desposeídas. Sin su anterior independencia ya no podían ser objeto, del mismo modo que durante el siglo XIX lo fueron, del control parlamentario. En las democracias parlamentarias el control de las Asambleas hubo de dirigirse hacia el Gobierno, que emanaba de la mayoría del mismo Parlamento. En derecho constitucional, el hecho de que haya cesado el tradicional antagonismo entre la Corona y el Parlamento, y que el Gobierno venga sostenido por la confianza de una mayoría parlamentaria, no quiere decir que éste haya dejado de gobernar, en sentido estricto. También en los regímenes (...)

Así, pues, en derecho constitucional no debe desaparecer la viva tensión entre el Gobierno y el Parlamento de un sistema parlamentario. De ahí que no es lícito constitucionalmente que el Parlamento o alguna de sus Comisiones transmitan al Gobierno instrucciones vinculantes sobre la dirección de los asuntos de gobierno. También es

Otto Bachof al recordar que los poderes concentrados son susceptibles de cometer abusos, reitera que el principio de la división de los poderes públicos tiene por objetivo, precisamente evitar la arbitrariedad. Ahora bien, en el Estado social moderno, las limitaciones al ejecutivo y legislativo son un restablecimiento del equilibrio necesario en el poder público¹¹.

La labor del juez constitucional

Tratándose del funcionamiento armónico del sistema jurídico, el equilibrio entre sus distintos órganos es fundamental para evitar las arbitrariedades de cada uno. Habiéndose detectado un ostensible desequilibrio que ponía en riesgo los derechos fundamentales de los ciudadanos (por parte Leibholz y Bachof) es inminente la necesidad de que se reequilibre el mismo. Así, identificándose que la protuberancia del exceso provenía justamente de la coalición inimaginable entre el ejecutivo y el legislativo, es casi nítido que debía terciar con mayor sólidez el órgano judicial, pero no ya el juez ordinario, sino el intérprete de la constitución, el juez constitucional. Esto significa que jurídicamente hablando, en un sistema de derecho constitucional, el órgano legitimado para ser el supremo guardián de la Constitución, es el Juez Constitucional¹².

La labor del juez constitucional se diferencia de la estricta y clásica impartición de justicia, porque debe afrontar incuestionablemente asuntos que interfieren en la órbita de la cuestión política de los Estados, en los problemas de poder. Ahora bien, ¿cómo debe entenderse este asunto? Porque esto, en principio, en el contexto histórico en que se menciona resultaba considerablemente disruptivo del principio de interpretación legalista. Lo primero es evidenciar que si se generó un problema constitucional, es porque estaba en discusión la interpretación de una norma de la Constitución Política.

Respecto a las categorías normativas tipo principio, de estructura abierta o indeterminada y de intensa carga valorativa, que inicialmente generan modos de interpretación no literales, se les acusa de su alto contenido político, por

contrario al derecho constitucional que el Parlamento o sus Comisiones usurpen funciones de Gobierno, o sea, emitan decisiones sobre materias propias de aquél.

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=21> y 22

¹¹ “ desde el punto de vista de la división de poderes, la limitación de poder que experimentan el Parlamento y el Gobierno mediante el control judicial se sitúa solo como una corrección necesaria, como un humilde intento de restablecimiento del equilibrio frente al enorme aumento de poder que el Legislativo y el Ejecutivo han experimentado en las últimas décadas, a causa del crecimiento de sus funciones y de la desaparición de antiguos factores de sujeción”. Bachof, O. (2019). Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik.

¹² El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal autónomo que está dotado de todas las garantías de independencia judicial y que, en el sentido material, desarrolla una actividad típicamente jurisdiccional. Este Tribunal está llamado a colaborar en la realización del Derecho (...) Es legítima la aplicación de este concepto, porque gracias a él se puede concebir a este Tribunal como el órgano que tiene que decidir en última y suprema instancia en Derecho, ante el pueblo y el Estado, sobre las controversias jurídicas y diferencias de opinión que la Ley Fundamental le somete. Existen otros órganos que pueden reivindicar este mismo título en correspondencia al ejercicio de sus funciones constitucionales. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico - constitucional estricto, el único órgano que está llamado a ser el «supremo guardián de la Constitución» es el Tribunal Constitucional Federal.

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=47>.

tanto, de no generar la certeza propia de lo jurídico. Frente a ello, el autor bajo cita considera en primera medida, que el jurista versado tiene experiencia en ese tipo de asuntos, adicional a ello, es necesario empezar a consolidar lo que va a denominar una conciencia colectiva o general valorativa, que a su vez reposa sobre los valores últimos de la justicia en derecho y entre los cuales se ha incluido la proscripción de la arbitrariedad del poder.

“No debiéramos tampoco asustarnos por la alusión a una conciencia valorativa de nuestro tiempo insuficientemente consolidada. Seguramente las posiciones valorativas pueden discrepar entre nuestros ciudadanos. Sin embargo, podemos exteriorizar la confianza de que al menos en las cuestiones fundamentales existe ese mínimo de acuerdo de todos los «seres pensantes justos y rectos» (según una fórmula familiar), sin el cual todo intento de creación de un orden jurídico y estatal integrado estaría condenado desde un principio al fracaso; el puro tecnicismo del Derecho no podría conducir este intento al éxito. Precisamente la jurisprudencia constitucional y el auge que ella imprime a la discusión pública sobre los valores decisivos puede contribuir decisivamente al nacimiento y consolidación de una conciencia general valorativa”¹³.

Ahora bien, al tratarse las disputas constitucionales de asuntos que no pueden ser resueltas por la aplicación literal del contenido de la norma constitucional, mucho de lo que debe hacer el juez es dotar de contenido y sentido al derecho, lo cual es labor creativa judicial¹⁴, y esto es así, aunque quiera ocultarse o darle otras denominaciones. Aquí se torna relevante la crítica a Montesquieu, la cual es compartida por los dos autores escogidos, coincidiendo ambos en los siguientes aspectos: i. El paradigma positivista del derecho requiere ser superado porque algunos de sus planteamientos e claramente no se corresponden con la realidad; ii. El derecho no puede equipararse a la ley, aunque la contenga;

Ahora bien, las ideas anteriores en momento ninguno conllevan el ver en lo jurídico exclusivamente lo político, porque que no lo es, es un fenómeno social complejo e integralmente conformado por varias categorías. Pero sobre todo, exige por parte del juez, el cumplimiento recto de su labor de intérprete constitucional, ya no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también con un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que se debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario¹⁵.

¹³ Bachof, O. (2019). *Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/246601?page=78>

¹⁴ Las controversias políticas puras, en contraposición a los litigios jurídicos sobre materias políticas son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas, ya que en ellos se trata de una pugna, no por la aplicación del Derecho establecido, sino acerca de cuál debiera ser el contenido de ese Derecho; se trata, pues, de cuestiones relacionadas con la creación del Derecho. Leibholz, G. (2019). *Problemas fundamentales de la democracia moderna*: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=48>

¹⁵ Leibholz, G. (2019). *Ibidem* Pág.50

Para Bachof este asunto quedó perfectamente respondido por Wilhelm Wengler, al manifestar “qué el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico. (...)”

Y señalando que si “se necesitase aún otra prueba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha aportado, eliminando todas las especulaciones iniciales sobre las diversas tendencias políticas de sus salas¹⁶”.

Por ello cobra relevancia el sistema de procedimiento de escogencia de los jueces, así como su régimen de funciones y carrera administrativa, esto porque su labor de moderación y control de los otros órganos constitucionales, repartiendo y delimitando sus poderes, lo exige.

c. Poder Legislativo como sujeto pasivo de la interdicción de arbitrariedad

Leibholz advirtió signos de preocupación por las diferentes variaciones que se venían mostrando en el comportamiento de los poderes públicos en Alemania, desde luego la segunda guerra mundial propició un resquebrajamiento de la tradición del Estado de derecho de tradición decimonónica que conllevó un desbordamiento a los límites tradicionales del legislativo.

Al modo de entender de Leibholz, el hecho de que el Parlamento al inicio de la estructuración del Estado de Derecho, era de circunscripción nacional, conllevaba la exigencia del mérito personal, autoridad y la respetabilidad que demandaba ser representante del pueblo¹⁷. Sin embargo, fue un aspecto que cambió sustancialmente.

Razones para la desconfianza al legislador

“De tales concepciones ha surgido el vituperado positivismo jurídico con su equiparación entre Ley y Derecho, que, en sus últimas consecuencias, ha conducido de hecho a muchos juristas alemanes a una ceguera de valores, a su impotencia frente al Estado de injusticia, frente a la injusticia bajo forma de ley”. Otto Bachof¹⁸

¹⁶ Bachof, O. (2019). *Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/246601?page=77>.

¹⁷ Tal prelación de la legislación respecto del Gobierno, de la jurispericia o Poder judicial y de la Administración, considerada históricamente, y dentro del ámbito europeo, se explica en gran parte por el hecho de que en el Estado constitucional del siglo XIX terciaba el Parlamento en la función legislativa con competencia propia, y por el que, conforme a las clásicas ideas liberales del moderno Estado que sirven de base en el mismo siglo XX al Derecho constitucional escrito, el Parlamento había de estar integrado por elementos de selección nacional. Según este criterio, los diputados tenían que ser sujetos de cierto mérito personal, que gozasen de autoridad propia y de una especial consideración o respetabilidad característica por los que se sintieran facultados para considerarse representantes de todo el pueblo y para adoptar sus decisiones con absoluta libertad. Peculiar de este Estado constitucional liberal es la convicción de que únicamente unos diputados exentos de comisiones y consignas pueden estimarse superiores a la condición degradante de meros delegados y a salvo de un eventual despojo de la propia dignidad y del carácter propio, eminentemente representativo.

Leibholz, G. (2019). *Problemas fundamentales de la democracia moderna*: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=10>

¹⁸ Bachof, O. (2019). *Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik.

Bachof consideraba que era evidente que en el liberalismo y constitucionalismo clásico se tenía una gran fe en la ley, por tanto la desconfianza del sistema era para el juez, de allí la condición de rol de obediencia irrestricta a la misma, en la que se cuidó este paradigma de instituirle. Sin embargo suele desconocerse que inicialmente el positivismo jurídico no negaba la vinculación entre moral y derecho, lo que se consideraba en ese entonces es que la vinculación del derecho a la moral y a la razón debía hacerse a través del legislador, precisamente por esa convicción de que la ley era buena y razonable, lo cual sin duda, en un inicio, no era necesariamente falso, eso sí la Ley era una norma en forma de mandato de justicia, además de general y abstracta.

Otro aspecto determinante que cambió (en el que coincidirá con Leibholz) es que la calidad de los miembros elegidos en el Parlamento, quienes se sometían (seriamente) sólo a su conciencia, así como en la división de la función legislativa en labores conjuntas y contraladas recíprocamente, lo cual a juicio del tratadista, para la época ya no era tan común. Pero uno de los cambios sustantivos y determinantes versará sobre la Ley en sí, la cual dejó de ser el primer plano de la realidad legislativa, para convertirse en “acto de conformación política orientado a un fin, como una medida determinada para superar esta situación totalmente concreta y, por ello, planeada a corto plazo y negociada a menudo en el conflicto de grupos contrapuestos de intereses”¹⁹. La conclusión evidente es que la antigua Ley se convirtió principalmente en un acto de dirección política. Y esto conlleva a otro cambio relevante, el Parlamento como dinámica de partidos políticos generando un absolutismo de la mayoría parlamentaria, y volviendo ineficaz el contrapeso entre Parlamento y Corona²⁰.

También para Leibholz el devenir histórico cambia el funcionamiento de la institución parlamentaria, principalmente por el giro de la responsabilidad individual del líder político, originada en su *auctoritas*, a la de los partidos políticos como colectividades. El asunto, en adelante, será que al partido gobernante se le enfrentará otro u otros partidos que también están dispuestos a hacerse cargo del poder; dependiendo la agenda legislativa de las contingencias políticas de cada partido, o quedando a la merced de coaliciones

¹⁹ Bachof, O. (2019). Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/246601?page=68> y 69.

²⁰ Pero aún más decisivos han sido los cambios que el Parlamento mismo ha experimentado en su posición y estructura. En vez de la representación de todo el pueblo por personas independientes, ha penetrado el mandato vinculado a los partidos. Simultáneamente, el contrapeso de la segunda Cámara y de la Corona ha ido perdiendo su significación, quedando completamente olvidado en Alemania a partir de 1918. Esto ha dado lugar al peligro de un absolutismo parlamentario — más exactamente: un absolutismo de la mayoría parlamentaria y de los grupos de partidos que la dominan—, que tenía que conducir inevitablemente a una desaparición posterior de la confianza en la objetividad y neutralidad de los órganos legislativos. Solamente en un ámbito reducido ha resultado actualmente un contrapeso de esa concentración de poder en la figura del Consejo Federal. Íntimamente unida a esta evolución aparece también la vulnerabilidad del Parlamento frente a la presión frecuentemente masiva de grupos extraparlamentarios que puede obligar a menudo a que el órgano legislativo posponga consideraciones jurídicas fundamentadas.

Bachof, O. (2019). Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/246601?page=70>.

entre estos. La coalición socaba el núcleo esencial de la oposición al poder, y de las vigilancias al mismo, por parte de quienes legislan en representación de los ciudadanos que o son de las minorías, por no haber escogido a quien detenta el poder. Pero, al modo de entender del Leibholz, el mayor peligro es el dominio del legislativo como poder que puede tornarse absoluto y arbitrario²¹.

Conclusión

Dadas las circunstancias descritas, el asunto central entonces, pasa a ser como proteger los derechos fundamentales de un legislador que dada su sobredimensionada esfera de poder y acción, podría incurrir en arbitrariedades que comprometieran los fundamentales valores liberales clásicos, como la dignidad del hombre y otros, adheridos también al modelo de estado liberal y considerados inalienables, invulnerables y, por ende, preestatales y superiores a cualquier derecho político, razón por la cual la ley Fundamental de Bonn los declaró expresamente intangibles para el legislador²².

Para Leibholz la misión *per se* del legislador en una democracia es la de compensar la pérdida de libertad con una ampliación de la igualdad, aplicando la fórmula de la relación inversamente proporcional que suele caracterizar a estos dos valores cuando se integran. Luego, tratándose del óptimo funcionamiento del estado de constitucional derecho se debe ejercer una supervisión de esa labor a la función del legislador, y según la ley Básica de la República Federal Alemana, esa misión corresponde al Tribunal Constitucional. Aquí es importante señalar que este argumento de sincronía compensatoria entre derecho a la libertad e igualdad, será un concepto teórico que servirá a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en España, para impulsar por vía jurisprudencial la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad.

En coherencia con esto, el asunto de la jurisdicción contencioso administrativa, juega un rol determinante en la consolidación a la actividad creadora de

²¹ Semejante evolución parlamentaria como secuela del democrático Estado de partidos radicalmente igualitario ha desembocado en la actual situación, en la que los partidos políticos, y no, como antes, los diputados, en su calidad de personas representativas, dominan el Parlamento y pasan a ser la clave del proceso legislativo. En el marco del clásico sistema de gobierno parlamentario, en el que al partido gobernante se le enfrenta otro gran partido de obediencia constitucional dispuesto a encargarse del Poder y sus responsabilidades en cuanto lo exija un cambio de la situación política, resulta que el proceso legislativo se halla en cada caso a merced de un partido o de una coalición de partidos. Allí donde tales condiciones revistan el carácter de las llamadas grandes coaliciones —en las que ya no se puede hablar de una auténtica oposición a la mayoría gobernante—, o incluso el de coaliciones de todos los partidos —que tampoco han escaseado entre nosotros después de la segunda gran guerra al nivel regional—, el dominio del proceso legislativo por los partidos ha llegado a ser casi absoluto, por incontrolable.

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=13>.

²² Pero mi objeto no es averiguar ahora cómo podrían en las democracias occidentales salir eficazmente al paso de esta amenaza a nuestras libertades los partidos llamados a legislar. Más bien debo limitarme a la observación de que dichas democracias no solamente se han adherido por lo general a la forma del Estado de partidos democrático y radical-igualitario de modo más o menos solemne, sino que de una manera expresa se han pronunciado también por los fundamentales valores liberales clásicos, como la dignidad del hombre y el libre desarrollo de su personalidad. Con lo que han proclamado que consideran estos derechos humanos inalienables, invulnerables y, por ende, preestatales y superiores a cualquier derecho político. Por lo que los autores de la ley Fundamental de Bonn los han declarado expresamente intangibles para el legislador.

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=16>.

reglamentos o disposiciones normativas generadas por el gobierno central o federal, de lo cual también daba cuenta en su momento el autor que nos ocupa²³.

Las circunstancias anteriormente descritas respecto al cambio en el modelo de funcionamiento del legislativo fueron además de una realidad histórica inevitable en un contexto que Bachof y Leibholz consideraban que los hombres demandaban pretensiones continuamente crecientes del Estado, eliminando progresivamente los restos de su libertad a cambio de un acrecentamiento del gobierno y del parlamento²⁴. Lo anterior va a requerir un contrapeso que se preocupe por los valores superiores del Derecho, una fuerza que se encargue, ante eventuales conflictos de valores, de salvaguardarlos mediante el control constitucional, y esa fuerza sólo podía ser el juez constitucional, como funcionario encargado de las cuestiones jurídicas difíciles e importantes en el Estado de Derecho.

Bibliografía

- Cianciardo Juan, Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad, en *Dikaion*, 23-1 (2014). DOI: 10.5294/dika.2014.23.1.2.
- Häberle, P. (2006). Verdad y Estado constitucional: (ed.). México, D.F, Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik.
- Bachof, O. (2019). Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik.
- Zambrano, Pilar; Cianciardo, Juan. La inteligibilidad del Derecho. Marcial Pons Argentina. 2019.

²³ En todo caso, el control parlamentario en el campo de la creación del derecho juega un papel más preponderante allí donde la Constitución otorga al Gobierno amplias facultades de emitir disposiciones con fuerza de Ley. En Inglaterra se habla, a este respecto, de «*government by decree*», y en los Estados continentales, de legislación por Decretos. En los países donde el Gobierno puede por medio de Reglamentos o Decretos crear derecho, el Parlamento debe, en un Estado democrático, procurar que un órgano especial controle las disposiciones emitidas por aquél. Casi siempre este control está a cargo de una Comisión, ya que el Parlamento en bloque no puede ocuparse con detalle de cada disposición. La tarea de estas Comisiones consiste, ante todo, en determinar si las disposiciones emitidas deben continuar en vigor en lo sucesivo. No podemos entrar en detalles sobre las diversas formas de control parlamentario de la función legislativa, que cada Estado ha ido desarrollando. En la República Federal Alemana este problema no presenta un particular interés, ya que, debido a las experiencias sufridas durante la época nacional socialista con la Ley de Delegación de plenos poderes, la actual Ley Fundamental ha restringido mucho las posibilidades de creación de Derecho por el Ejecutivo, mediante disposiciones con fuerza de Ley. Solo basándose en una Ley federal pueden ciertos órganos emitir disposiciones con fuerza de Ley, siempre y cuando «el contenido, el objeto y la medida de la facultad concedida venga definida por la propia Ley federal» (art. 80, I, de la Ley Fundamental).

Leibholz, G. (2019). Problemas fundamentales de la democracia moderna: (1 ed.). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/235313?page=19> y 20

²⁴ Pero si este desarrollo es inevitable —al menos en parte—, necesita también forzosamente de un contrapeso: una fuerza que se preocupe de que, al menos, los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos; una fuerza que decida, al mismo tiempo, con la mayor autoridad posible, si en un conflicto eventual esos valores han quedado salvaguardados, asegurando o restableciendo la paz jurídica. Bachof, O. (2019). Jueces y constitución: nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política: (1 ed.). Santiago de Chile, Ediciones Olejnik. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.unav.es/es/ereader/unav/246601?page=71> y 72.

Cianciardo, Juan. El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad.

Cianciardo, Juan. Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en el derecho

Cianciardo, Juan. Principio, proporcionalidad y concepto de derecho.

Cianciardo, Juan. Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales