

## ¿REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN O INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL? EL DEBATE METODOLÓGICO EN TORNO A LA SUPRESIÓN DEL SENADO BÁVARO\*

Joachim LEGE\*\*

RESUMEN: El Senado bávaro era, al lado del Parlamento del *Land*, una segunda cámara de carácter “estamental” con funciones consultivas. Esta institución, única entre los órganos constitucionales de Alemania, fue suprimida a partir del 1o. de enero de 2000, a través de un plebiscito de reforma constitucional. El Tribunal Constitucional bávaro admitió, en última instancia, esta supresión, pero sometió a los plebiscitos de este tipo a requisitos más estrictos para lo futuro. La sentencia da motivo entonces para reflexionar sobre la delimitación entre derecho y política constitucionales. El autor considera que el tribunal no respetó el texto al que está sujeto, sino que en el fondo lo reformó, atribuyéndose un poder que no le corresponde. Esto debilita al Estado constitucional, pues se pierde la función estabilizadora, racionalizadora y garante de la libertad de la Constitución escrita.

*ABSTRACT: The Bavarian Senate was, alongside the Bavarian Parliament, i. e., the Landtag, a second house representing the “estates” with an advisory function. This unique institution among Germany’s constitutional organs was suppressed, as of January 1, 2000, by a Constitution-amending plebiscite. The Bavarian Constitutional Court accepted the outcome, but subjected this kind of plebiscite to more rigorous requirements for the future. The decision gives motive to examine the boundaries between constitutional law and constitutional politics. The author considers that the Court did not respect the text to which it is bound. It modified it instead, claiming a power which had not been conferred on it. This weakens the Constitutional State, because the stabilizing, rationalizing and freedom-protecting function of a written Constitution is lost.*

\* El presente ensayo apareció con el título “Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation? Der Methodenstreit um die Abschaffung des Bayerischen Senats” en *Die Öffentliche Verwaltung*, Cuaderno 7, abril de 2000, pp. 283-287. Traducción de Héctor Fix-Fierro, con el permiso del autor y de los editores de la revista.

\*\* El autor es profesor de derecho público en la Facultad de Derecho de la Universidad Técnica de Dresde, República Federal de Alemania. Fue también representante judicial de la iniciativa popular “Estado delgado sin Senado”.

## I. INTRODUCCIÓN

Siempre resulta un tanto delicado publicar trabajos “científicos” en relación con procedimientos en los que uno participa.<sup>1</sup> Quizá sirva de disculpa que las explicaciones que a continuación se exponen no se refieren al objeto propiamente dicho de la controversia, sino a *obiter dicta*, y que, en particular, no se manifiesta decepción alguna por una derrota procesal. Se trata más bien de reflexiones generales sobre lo que la vinculación a un texto jurídico podría significar (todavía) en la actualidad; además, sobre el hecho de que las cuestiones de método son, en última instancia, cuestiones de fondo,<sup>2</sup> y esto significa en el derecho constitucional: cuestiones de poder.

## II. LA SUPRESIÓN DEL SENADO BÁVARO

El Tribunal Constitucional bávaro tuvo que resolver recientemente un caso único desde el punto de vista del derecho constitucional y del derecho del Estado,<sup>3</sup> pues a comienzos de 1998 y con efectos a partir del 1o. de enero de 2000, se suprimió, mediante plebiscito de reforma constitucional, el Senado bávaro.

1 Redeker, K., “Über die Unsitte des Schreibens in eigener Sache”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1983, pp. 1034 y ss.; en contra, recientemente, Habscheid, W., “Urteilkritik durch am Verfahren ‘beteiligte’ Rechtsanwälte, Professoren und Richter”, *NJW*, 1999, pp. 2230 y ss. En relación con el procedimiento aquí analizado (véase nota 3, *infra*), el representante judicial del Senado bávaro publicó anticipadamente el dictamen en el que se apoyó en lo esencial la demanda respectiva: Isensee, J., *Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit*, 1999. Este dictamen ya había sido objeto de debate científico. Desde un punto de vista crítico: Jung, O., “50 Jahre verfassungswidrige Praxis der Volksgesetzgebung in Bayern?”, *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.)*, 1999, pp. 417 y ss.; Dreier, H., “Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid”, *BayVBl.*, 1999, pp. 513 y ss. (dictamen por encargo del demandado); además, la sagaz (y aguda) reseña de Schulze-Fielitz, H., en *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1999, pp. 658 y ss. Desde una perspectiva afirmativa: Horn, H.-D., “Die Bayerische Verfassung, der Senat und der Volksentscheid”, *BayVBl.*, 1999, pp. 430 y ss.

2 Hesse, K., *Die Welt des Verfassungsstaates*, manuscrito, 1999, p. 3; véase también Möllers, Ch., “Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?”, *Verwaltungsarchiv (VerwArch)*, vol. 90, 1999, pp. 187 y ss.

3 *BayVerfGH*, Sentencia del 17.9.1999 Vf. 12-VIII-98, Vf. 14-VII-98 y Vf. 15-VII-98 *Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGHE)* N. F. 52 (1999), pp. 104 y ss.; *BayVBl.*, 1999, pp. 719 y ss. [anotada]; Horn, H.-D., *DÖV*, 2000, pp. 28 y ss.; *NVwZ-Rechtsprechungs-Report (NVwZ-RR)*, 2000, pp. 65 y ss.; véase también el comentario de Schweiger, K., *BayVBl.*, 2000, 195 sobre la sentencia.

El Senado bávaro estaba integrado por sesenta miembros que eran elegidos por las corporaciones sociales, económicas, culturales y municipales del *Land*, por ejemplo, las organizaciones agrícolas y forestales, los sindicatos, los municipios, las comunidades religiosas, las instituciones de educación superior (artículos 34 y siguientes de la Constitución bávara). Sus funciones eran de naturaleza predominantemente consultiva, pero poseía también la facultad de iniciar leyes (artículo 39 de la Constitución bávara). Después de muchos titubeos, el Senado bávaro decidió impugnar la ley que disponía su desaparición.

Tal como eran entendidas hasta el inicio de este procedimiento, la Constitución bávara preveía dos vías para la reforma constitucional: en primer término, la modificación a través de una ley aprobada por el Parlamento del *Land* (*Landtag*), la cual requería una mayoría de dos tercios en este órgano y su posterior aprobación, mediante mayoría simple, en un plebiscito (artículo 75, inciso 2, de la Constitución bávara); en segundo lugar, la modificación de la Constitución a través de un plebiscito, si al menos una décima parte de los ciudadanos activos otorgaba su apoyo a una *iniciativa popular* (*Volksbegehren*; artículo 74, inciso 1, de la Constitución bávara). Respecto de esta segunda vía, el texto constitucional no regula expresamente ni el *quorum* de participación ni la mayoría requerida (con excepción de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 2, frase 2, de la Constitución bávara: “La mayoría decide”). En el caso presente, la iniciativa popular —que había adoptado el eslogan “Estado delgado sin Senado”— tuvo un éxito prácticamente apabullante, pues en el plebiscito participaron 39.9 por ciento de los ciudadanos con derecho a voto, de los cuales 69.2 por ciento lo hicieron a favor de la supresión del Senado. Esta cifra corresponde al 27.32 por ciento de los ciudadanos activos.

El Senado bávaro arguyó, sin embargo, que la ley de reforma constitucional no se había ajustado a la Constitución. El argumento central era que, respecto a los plebiscitos, la Constitución bávara no hacía distinción entre los que llevaban a cabo una reforma constitucional y los que tenían solamente por objeto a una ley ordinaria, pues en ambos casos bastaba la mayoría simple. Esta no podía ser la intención de la Constitución, ya que de otro modo ésta estaría renunciando a su preten-sión de supremacía y a un nivel más alto en la protección de su permanencia. Por lo tanto —así la estrategia maximalista del Senado—, y

en contra de una primera apariencia (así como de la doctrina plenamente dominante, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional bávaro), la Constitución no preveía en realidad la posibilidad de una reforma constitucional por la vía del plebiscito. Hacía falta, pues, una ley (ordinaria) que dificultara los plebiscitos de reforma constitucional. Puesto que tal ley no existía, la ley que había suprimido el Senado carecía de fundamento jurídico.<sup>4</sup>

El Tribunal Constitucional bávaro siguió durante un buen trecho esta argumentación notablemente creativa,<sup>5</sup> pero no hasta al punto de que resultara relevante para la resolución, pues el Senado bávaro quedaba suprimido, pero en lo futuro tendrían que aplicarse obstáculos mayores a los plebiscitos de reforma constitucional, obstáculos que habían sido eliminados justamente en este caso. Se trata, pues, por decirlo de manera cautelosa, de un admirable método teleológico para el manejo de la Constitución.

### III. CONSTITUCIONALIDAD SUSTANTIVA DE LA SUPRESIÓN DEL SENADO

Menos sorprendente fue que el Tribunal Constitucional bávaro no haya contado al Senado bávaro entre las instituciones que no pueden ser suprimidas mediante reforma constitucional porque se fundan en el “pensamiento democrático fundamental de la Constitución” (véase el artículo 75, inciso 1, frase 2 de la Constitución bávara). En tal medida, lo determinante para el tribunal fue que el Senado carecía de competencias de decisión en el sistema de la división de poderes (y si las hubiera tenido, habría sido cuestionable su legitimidad democrática).<sup>6</sup> Por el contrario, las acciones populares habían intentado fatigosamente definir con mayor amplitud el mínimo a prueba de modificaciones de la Constitución bávara.<sup>7</sup>

4 Isensee, *op. cit.*, nota 1, en especial pp. 62 y ss.

5 Schulze-Fielitz, *DÖV*, 1999, pp. 658 y ss. (659).

6 Véase solamente Isensee, *op. cit.*, nota 1, pp. 31 y ss., con mayores referencias.

7 Funk, O., en *BayVBl*, 1999, pp. 108 y ss., ofrece un panorama de los argumentos; véase, por lo demás, la sentencia, apartados B I 2 y 3.

#### IV. ¿CONSTITUCIONALIDAD PROCESAL DE LA SUPRESIÓN DEL SENADO BÁVARO?

Lo verdaderamente sensacional de la sentencia radica en lo siguiente: el Tribunal Constitucional bávaro desarrolla —esto es innegable— *nuevos* requisitos para la reforma constitucional mediante plebiscito. Así, en lo futuro se requerirá, además del *quorum* inicial de 10 por ciento de los ciudadanos activos para la iniciativa popular (artículo 74, inciso 1, de la Constitución bávara), un *quorum* de aprobación para el plebiscito. Dicho *quorum* debe fijarlo el legislador ordinario, pero el Tribunal Constitucional bávaro determinó, de manera provisional, que era del 25 por ciento de los ciudadanos con derecho a voto.<sup>8</sup>

Lo que resulta especialmente significativo es que el Tribunal Constitucional pretenda que estas innovaciones son producto de la *interpretación* de la Constitución, y no una *modificación* de la misma. Esto resulta tanto más notable, por cuanto el mismo tribunal reconoció y resolvió hace cincuenta años:<sup>9</sup>

- Que la *Constitución* no preveía *ningún quorum* de votación, tratándose de plebiscitos de reforma constitucional.
- Que tampoco facultaba al *legislador* ordinario para crear tal *quorum*.
- Que ese *quorum* solamente podía ser introducido por la vía de la *reforma constitucional*.

¿Acaso el tribunal cometió un error en esa ocasión? ¿Es que se *equivocó* sobre la situación jurídica, de tal modo que él mismo puede corregir su error a través de una nueva interpretación de la Constitución? ¿O es que el Tribunal Constitucional resolvió correctamente en esa ocasión, de modo que ahora habría modificado en realidad la Constitución a través de una *decisión* política para la que carece de facultades? Parecería que en este punto se vuelven eminentemente prácticas las cuestiones de la metodología y la teoría constitucional: ¿dónde corren los límites entre la *interpretación* constitucional y la *reforma* de la Constitución, es decir, entre el *derecho* y la *política* constitucionales?

<sup>8</sup> *BayVerfGH*, nota 3, tesis 3-7, así como apartado C II 2 b-e.

<sup>9</sup> *BayVerfGHE* (Sentencias del Tribunal Constitucional bávaro) 2, 181 (tesis 12-14, así como pp. 216 y ss.); todavía de acuerdo, Deubert, M., en *BayVBl*, 1998, pp. 716 y ss.

1. La concepción jurídica en la que se apoyaba la antigua sentencia del Tribunal Constitucional había sido fiel, de manera excesivamente literal y casi inocente, a la ley constitucional: “La Constitución solamente puede ser reformada por la vía legislativa” (artículo 75, inciso 1, frase 1, de la Constitución bávara). “Las leyes son aprobadas por el *Landtag* o por el pueblo (plebiscito)” (artículo 72, inciso 1). Respecto de las “resoluciones del *Landtag* que modifican la Constitución”, el artículo 75, inciso 2, contiene los obstáculos ya referidos frente a lo dispuesto por el artículo 23, inciso 1<sup>10</sup> (véase II., *supra*). Dado que falta tal reglamentación específica sobre las reformas constitucionales por la vía del plebiscito, resultan aplicables las disposiciones generales: “Se llevará a cabo un plebiscito cuando un décimo de los ciudadanos con derecho a voto presente una petición para la expedición de una ley” (artículo 74, inciso 1, de la Constitución bávara). Y respecto de la votación en el plebiscito no hay disposición especial distinta al artículo 2, inciso 2, frase 2, de la Constitución bávara: “La mayoría decide”, es decir, en principio la mayoría simple de los votos emitidos. Esta reglamentación no tiene lagunas y es exhaustiva, y no es posible sacar otra cosa de la Constitución.<sup>11</sup>

2. Sin embargo, el Senado bávaro alegó que la Constitución contenía una *laguna* en relación con los plebiscitos de *reforma constitucional*. Esto resulta sorprendente, por la sola razón de que la práctica del Estado no lo había advertido hasta ahora, ni siquiera en vista de nuevos acontecimientos políticos.<sup>12</sup> En realidad, no es que la Constitución *callara*, sino que ahora se le reprochaba *no decir* algo que, en opinión del intérprete, debería haber dicho: primero, si *realmente* pretendía hacer posibles las reformas constitucionales a través de la legislación popular; y segundo, en caso afirmativo, si *realmente* había que conformarse con las garantías existentes (véanse, además del artículo 74, inciso 1, los artículos 75, inciso 1, frase 2, y 73 —reserva presupuestaria— de la Constitución bávara). La clave de la argumentación del Senado bávaro radicaba en que, en última instancia, a la segunda pregunta (retórica) se planteaba una única respuesta políticamente aceptable, pues, sin mayores

<sup>10</sup> “Las resoluciones del *Landtag* serán por mayoría simple de los votos emitidos, en tanto la Constitución no prevea una mayoría distinta”.

<sup>11</sup> *BayVerfGHE* 2, 181, pp. 217 y ss.

<sup>12</sup> *Cfr.* la opinión del gobierno bávaro en el presente procedimiento, *BayVerfGH*, nota 3, apartado B II 2.

garantías, la Constitución quedaba a merced de minorías politizadas y activas.<sup>13</sup> En resumen: fue a partir del *resultado* deseado que se *interpretó* que existía una laguna.

Casi todo hablaba, *prima facie*, en contra de esta interpretación. Que la Constitución prevé también la posibilidad de la reforma constitucional mediante plebiscito queda claramente demostrado por sus antecedentes, pues el constituyente suprimió una restricción al respecto.<sup>14</sup> El texto literal y la sistemática de la ley constitucional hacen difícil reconocer una laguna. Pero sobre todo es incorrecto afirmar que las garantías existentes contra las reformas constitucionales plebiscitarias son insuficientes, pues lo cierto es que resulta difícil alcanzar el *quorum* inicial de 10 por ciento de los ciudadanos para la iniciativa popular,<sup>15</sup> en particular cuando hay que entregar las firmas en un plazo de 14 días en oficinas con horarios de labores poco accesibles para el usuario (sobre los detalles, véanse el artículo 66 de la Ley Electoral de Baviera, así como los parágrafos 72 y ss., particularmente el parágrafo 79, de la Ordenanza Electoral de Baviera). A la inversa, no es imposible, en la realidad, que en el *Landtag* pudiera lograrse fácilmente una mayoría de los dos tercios.<sup>16</sup> Cuando en este caso el artículo 75, inciso 2, de la Constitución bávara permite que sea suficiente la mayoría simple para el subsecuente plebiscito, ¿acaso no está poniendo a la Constitución a disposición a la ligera?

3. A final de cuentas, el Tribunal Constitucional bávaro adoptó como propios los temores de *política* constitucional, para, a partir de ellos, construir los supuestos *jurídico*-constitucionales que previnieran el presunto peligro para el futuro. En forma resumida, el razonamiento es el siguiente:<sup>17</sup>

13 Isensee, *op. cit.*, nota 1, en especial pp. 64 y ss.; en contra, acertadamente, Jung, *BayVBl*, 1999, pp. 426 y ss.

14 Isensee, *op. cit.*, nota 1, pp. 58 y ss.; Jung, *BayVBl*, 1999, pp. 419 y ss.

15 En general, sobre el problema de los *quorum*, también en comparación con Suiza y los EUA: Dreier, *BayVBl*, 1999, pp. 519 y ss.

16 *Cfr.* los resultados de las elecciones del 19 de septiembre de 1999 en el *Land* de Sajonia: el Partido Cristiano-Demócrata (CDU) obtuvo 76 de 120 escaños en el Parlamento (58%). Dicho sea de paso que, a pesar de esta mayoría, este partido fue apoyado únicamente por una minoría del electorado (sobre esta idea, véase también Dreier, *BayVBl*, 1999, pp. 519 y ss.), pues una mayoría del 58 por ciento de los votos emitidos válidos corresponde, con una tasa de participación del 60 por ciento, a un 35 por ciento de los ciudadanos con derecho a voto.

17 *BayVerfGH*, nota 3, apartado C II 2 c y d.

- Existe una laguna *oculta* en la ley constitucional, una “carencia en el texto constitucional que es contraria a sus propósitos”.
- Esta laguna tiene que ser llenada mediante una ponderación de principios antagónicos: por un lado, la estabilidad constitucional y el nivel de legitimación democrática, y por el otro, la conservación, el no impedimento práctico, de los elementos plebiscitarios incluso tratándose de reformas constitucionales.
- La competencia para llenar la laguna, es decir, para la *interpretación* constitucional, corresponde al legislador, quien debe establecer un *quorum* de votación suficiente, claro está, sujetándose a los lineamientos definidos por el Tribunal Constitucional.

Hasta qué punto resulta incorrecta esta construcción, tanto en el plano teórico como práctico, queda especialmente de manifiesto en su conclusión final: el legislador, claro está, no es jamás *intérprete* de la Constitución, no “descubre” su contenido, sino que *decide* dentro de los límites que ésta establece. Y el criterio en esos casos no es un resultado jurídico-material correcto, sino el consenso político.<sup>18</sup> *Interpretar* la Constitución es más bien función del tercer poder, es decir, de la jurisdicción constitucional. Resulta plenamente revelador que el Tribunal Constitucional bávaro delegue aparentemente en el legislador aquello que, en *teoría*, le corresponde, pues de lo que habla es que el tribunal ha realizado en la *práctica* lo que teóricamente está reservado en exclusiva al legislador: una reforma de la Constitución (artículo 75, inciso 1, frase 1, de la Constitución bávara).

4. Si se acepta el análisis que aquí se sostiene, entonces el resultado es un reproche: el Tribunal Constitucional excedió sus competencias al haber reformado la Constitución. Este reproche presupone que es posible establecer una distinción entre interpretación y reforma de la Constitución, pues de otro modo el artículo 75 de la Constitución bávara (y el

<sup>18</sup> Sobre la distinción entre la objetividad (*Sachlichkeit*) como criterio jurídico y el consenso como criterio político, véase la notable aportación de Sobota, K., *Sachlichkeit/Rhetorische Kunst der Juristen*, 1990, pp. 37 y ss. Sobre la *susceptibilidad* de consenso como criterio de corrección jurídica, Zippelius, R., *Juristische Methodenlehre*, 7a. ed., 1998, 3 II; *id.*, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., 1994, 20, 21; un análisis crítico al respecto en Lege, J., *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999, pp. 509 y ss.



79 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania) no tendría ningún sentido. Y la frontera con la reforma constitucional queda rebasado al llenar “lagunas ocultas”.

No es preciso aclarar exhaustivamente en este punto si el texto literal es el límite de la interpretación, y hasta qué punto lo sea.<sup>19</sup> El *llenado de lagunas es siempre* más que la interpretación, de modo que el concepto de “interpretación que llena una laguna”<sup>20</sup> es una contradicción en sí: si se pudiera resolver el caso solamente a través de la interpretación, no habría una laguna. Esto es especialmente cierto respecto del llenado de lagunas “ocultas”. En este caso, lo que se deriva del texto literal está limitado a un caso de excepción que hasta ahora no se había descubierto (reducción teleológica), se crea un supuesto de hecho de excepción, en el cual *no se aplica* la ley en contra de su texto literal. Enseguida se incorpora una nueva regla que *complementa* el texto vigente. En el presente caso, en virtud de la combinación entre supuesto de hecho de excepción y regla complementaria podría haberse incorporado en la Constitución lo siguiente: “Las modificaciones constitucionales mediante plebiscito requieren la aprobación de al menos 25 por ciento de los ciudadanos con derecho a voto, en los términos que determine la ley”. Pero nada de esto podía deducirse de la Constitución, sino que el tribunal lo introdujo<sup>21</sup> *contra legem*, por lo que a primera vista parece.

Que esto no es correcto se deduce también del artículo 75, inciso 4, de la Constitución bávara: “Las reformas a la Constitución se incorporarán a su texto o a un anexo”.<sup>22</sup> El texto constitucional desempeña así una *función clarificadora*,<sup>23</sup> y el contenido de la Constitución debe de-

19 En lugar de varios, por un lado, Zippelius, *Juristische...*, nota anterior, 9 II a, p. 47; *BVerfGE* 71, 108 (115); por el otro, Depenheuer, O., *Der Wortlaut als GrenzeThesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, 1988.

20 Así el Tribunal Constitucional bávaro, nota 3, en C II 2 c.

21 Pensamos en Goethe: “Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr’s nicho aus, so legt was unter!” (“¡En la interpretación sed alegres y animados! Y si no lográis sacarla, poned al menos algo debajo”; *Zahme Xenien* II, 1, citado por Zippelius, R., *JZ*, 1999, p. 112 (114)). Muy atinado sobre el rebase del marco de la concretización constitucional, también Maunz, Th. y Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 30a. ed., 1998, 8 III.

22 El modelo fueron las *amendments* de la Constitución de los Estados Unidos de América.

23 Véase Von Münch y Kunig-Bryde, *Grundgesetz-Kommentar*, 3a. ed., 1996, vol. 3, artículo 79, núm. marginal 14; Sachs-Lücke, *Grundgesetz*, 2a. ed., 1999, artículo 79, núm. marginal 6: principio de la claridad de la Constitución.

ducirse sin esfuerzo de la ley constitucional misma, porque el ciudadano es su destinatario en primer término.<sup>24</sup> Por tanto, las excepciones deben estar dispuestas en el texto mismo<sup>25</sup> y por ello el *quebrantamiento*<sup>26</sup> de la Constitución no le está permitido al legislador y, con mayor razón, tampoco al tribunal constitucional. Lo jurídicamente sostenible habría sido contar el obstáculo del artículo 74, inciso 1, de la Constitución bávara como parte del mínimo no modificable del artículo 75, inciso 1, frase 2, de la propia Constitución. Esto es lo único para lo que el texto ofrece un apoyo sólido.

5. Qué tan fuertemente está determinada la “conclusión” del Tribunal Constitucional bávaro por el resultado políticamente deseado se advierte quizá, de manera más clara, en la precisión con la que se deduce un determinado *quorum* de aprobación a partir de la ponderación de principios constitucionales: por un lado, es evidente que no se quería mantener el Senado bávaro, ni siquiera al precio de hacer enojar al pueblo, que acababa de suprimirlo con una mayoría aplastante de 69.2 por ciento de los votantes y de 27.32 de los ciudadanos con derecho a voto. Por el otro lado, había que poner un límite a la reforma constitucional mediante plebiscito. En estas circunstancias, la “deducción” de un umbral del 25 por ciento parecía el óptimo político. Pero desde una perspectiva jurídica es preciso constatar una cierta arbitrariedad: ¿qué le habría impedido al Tribunal Constitucional elevar el umbral hasta el 30 por ciento, si él mismo hubiera sido el objeto de la ley de supresión?

6. No obstante todas las críticas que se le puedan oponer, hay que destacar que la sentencia del Tribunal Constitucional bávaro también merece aprobación. Esto es válido, por lo pronto, respecto de la confirmación de la anterior situación jurídica, en la medida en que se consideró admisible la modificación constitucional mediante plebiscito, con lo que

24 Sobre la relación ocasionalmente difícil entre texto y modificación de la Constitución, desarrollo del derecho y mutación constitucional, véase por ejemplo Bryde, B.-O., *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 264 y ss.; Agudo Stern, K., *Staatsrecht*, 2a. ed., 1984, vol. 1, pp. 160 y ss. (163): “La problemática de la mutación constitucional comienza donde se renuncia a la modificación de la Constitución”.

25 Lo que Bryde (nota anterior, núm. marginal 13) da por entendido.

26 Sobre el concepto de quebrantamiento de la Constitución Dreier-Dreier, *Grundgesetz*, vol. 2, 1998, artículo 79, inciso 1, núms. marginales 16 y ss. Definido pragmáticamente, tal quebrantamiento se habrá producido cuando un concienzudo editor del texto constitucional tuviera que aclarar en una nota a pie de página que ciertas disposiciones —aquí los artículos 74 y 75 de la Constitución bávara— no son válidas incondicionalmente.

la vía que pasa por el Parlamento (artículo 75, inciso 2, Constitución bávara) no se tomó como exclusiva;<sup>27</sup> a favor de ello hablan no sólo los antecedentes, sino también la comparación con la Constitución de Hesse.<sup>28</sup> Es de saludarse, además, que el tribunal haya defendido la autonomía constitucional del estado de Baviera contra una aplicación extensiva del principio de homogeneidad del artículo 28, inciso 1, frase 1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemania.<sup>29</sup> También hay que tomar en cuenta que, en opinión del tribunal, un plebiscito de reforma constitucional que satisficiera los nuevos requisitos, podría reducirlos él mismo, ateniéndose, claro está, al “pensamiento democrático fundamental” de la Constitución bávara (artículo 75, inciso 1, frase 2). Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha dado a entender si tal plebiscito tendría mucho margen de acción.

7. Por último, hay que concluir que los nuevos requisitos que el Tribunal Constitucional ha creado para la legislación plebiscitaria no son obligatorios para futuros procedimientos. En una resolución judicial solamente tienen efectos de precedente las reglas relevantes para el fallo.<sup>30</sup> En el caso presente, la Ley para la Supresión del Senado bávaro no sucumbió ante los nuevos obstáculos, lo cual es un indicio más de que el tribunal no se limitó a lo que le corresponde oficialmente, es decir, resolver un caso concreto (y sólo este caso).

27 *BayVerfGH*, nota 3, bajo C II 2 a.

28 Es incorrecta en este sentido la opinión de Bushart, Ch., *Verfassungsänderung in Bund und Ländern*, 1989, pp. 188 y ss. Bushart afirma que no hay diferencia entre el texto literal de la Constitución de Baviera y la de Hesse. En realidad, la lectura de ambas constituciones es muy diferente. La Constitución de Hesse dispone en esencia lo siguiente (artículos 116, 123, 124): “La legislación está a cargo del pueblo o del Parlamento del *Land*, la Constitución solamente puede reformarse por la vía legislativa, la modificación constitucional se realiza por ley del Parlamento”, es decir, *solamente* a través de éste. La Constitución bávara, por el contrario, dispone lo siguiente (artículos 72, 74, 75): “La legislación está a cargo del pueblo o del Parlamento del *Land*, la Constitución solamente puede reformarse por vía legislativa, las leyes de modificación constitucional que expida el Parlamento requieren una mayoría determinada”. Así, esta disposición establece una reglamentación especial para *una sola* de las vías de modificación constitucional, la que se exceptúa de lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución bávara, relativo a los acuerdos del Parlamento del *Land*.

29 *BayVerfGH*, nota 3, bajo C II 3.

30 Agudo Umbach y Clemens-Rennert, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1992, 31 núm. marginal 37: “Es válido el principio ‘*ne ultra petita*’; de otro modo, el Tribunal Constitucional federal no sería tribunal”.

## V. REFLEXIÓN FINAL

Considerada políticamente, la resolución del Tribunal Constitucional bávaro puede parecer salomónica: el Senado bávaro queda suprimido, pero se previenen los excesos en la reforma de la Constitución mediante plebiscito. Sin embargo, a diferencia de Salomón,<sup>31</sup> el Tribunal Constitucional bávaro está sujeto a una Constitución escrita, cuyo texto no respetó, sino que en realidad modificó. Con ello se atribuyó más poder del que le corresponde, porque, tratándose de modificaciones constitucionales, la “pregunta primordial de la teoría del derecho del Estado” sobre quién debe decidir (*quis iudicabit?*),<sup>32</sup> la responde la Constitución bávara de la manera siguiente: sólo el legislador.

Recientemente ha planteado Isensee la cuestión de qué tan descuidada puede ser una Constitución en un Estado de derecho en el manejo de la posibilidad de su modificación.<sup>33</sup> Con motivo de este caso habría que preguntar, en cambio, qué tan descuidada puede ser la interpretación constitucional en el manejo del método jurídico. Quien construye lagunas ahí donde la simple aplicación del texto constitucional produce resultados políticamente indeseables, para luego incorporarlas adecuadamente a sus deseos políticos, actúa de acuerdo con el principio: “La política (constitucional) precede al derecho (constitucional)”, y con ello quizá esté debilitando y no fortaleciendo al Estado de derecho y al Estado constitucional, ya que el efecto de estabilización, racionalización y garantía de la libertad que tiene una Constitución:

Se pierde cuando la Constitución escrita ya no es vista como estrictamente obligatoria. Cuando el juez o, con igual derecho, el político o cualquiera otro creen... poder pasar por encima del derecho constitucional escrito, es posible que las soluciones que se obtengan por esta vía sean, ocasionalmente, más adecuadas que las que deriven de una interpretación más apegada al

31 Sobre la distinción entre la justicia de cada y la jurisdicción bajo el mandato del principio de proporcionalidad, Pawlowski, H.-M, *Methodenlehre für Juristen*, 3a. ed., 1999, núms. marginales 37-59.

32 Nos apoyamos en Isensee, J., *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, 1980, p. 10.

33 Isensee, *op. cit.*, nota 1, p. V.

texto literal. Pero al mismo tiempo se abre la vía a través de la cual es posible dejar de lado la Constitución invocando cualquier interés presuntamente superior. ...Así se abandona la idea fundamental de la Constitución escrita a favor de la inseguridad que viene de la lucha permanente entre los poderes y las opiniones, cuya argumentación no se puede referir ya a un fundamento común.<sup>34</sup>



<sup>34</sup> Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1999, núm. marginal 33.