

¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO ACTOR POLÍTICO?*

Por INGO VON MÜNCH**

SUMARIO

1. EL SIGNIFICADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.—2. EL ESTADO DE DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO.—3. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.—4. PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS.—5. CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS ESTATALES.—6. CONTROL ABSTRACTO DE NORMAS.—7. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE DERECHO Y POLÍTICA.—8. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: «JUDICIAL SELF-RESTRAINT».—9. EL PODER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.—10. CONCLUSIÓN.

1. EL SIGNIFICADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

El Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania es hoy tan sólo uno de los otros muchos Tribunales Constitucionales en el mundo. Sus «hermanos», por tanto otros miembros de la familia de los Tribunales Constitucionales, son, por ejemplo, los Tribunales Constitucionales de España, Grecia, Italia, Polonia, Hungría y la República de Sudáfrica. Sin embargo, el TCF*** desempeña un papel especial en el

* En este contexto, la palabra «actor» se emplea en la segunda acepción que aparece consignada en el *Diccionario de la Real Academia Española*, 21.ª ed., como «autor» (del latín *auctor, -ōris*): «el que es causa de alguna cosa». (*Nota del traductor*).

** Catedrático Emérito de Derecho Público de la Universidad de Hamburgo. Magistrado del Tribunal Constitucional («*Staatsgerichtshof*») del *Land* de Bremen, desde 1992 hasta 1995.

*** Por comodidad para el lector, en adelante seguiré utilizando la usual abreviatura de «Tribunal Constitucional Federal» (TCF), a pesar de que en el texto original se mantenga siempre la expresión completa. (*Nota del traductor*).

concierto de los Tribunales Constitucionales: dejando aparte la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que no es un verdadero Tribunal Constitucional, en el sentido que lo caracteriza —a saber, que sólo desempeñe la función de un Tribunal Constitucional—, el TCF, establecido en el año 1951, es uno de los más antiguos Tribunales de esta clase. La institución del TCF ha sido un arquetipo para la creación de Tribunales Constitucionales en otros Estados. La Jurisprudencia del TCF no ha influido solamente en la dogmática del Derecho constitucional alemán, sino también fuera de la República Federal de Alemania, por ejemplo en lo que se refiere a la cuestión de si los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal en las relaciones jurídico-privadas (la denominada «*Drittwirkung der Grundrechte*»*)¹. Y, por último, el TCF es el órgano jurisdiccional superior del país más poblado de la Unión Europea y la tercera nación más industrializada del mundo.

2. EL ESTADO DE DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO

La existencia de una jurisdicción constitucional es una consecuencia lógica del principio Estado de Derecho. Al principio Estado de Derecho no pertenece solamente (entre otros) la supremacía de la ley, sino, ante todo, también la supremacía de la Constitución. La existencia de una jurisdicción constitucional en el Estado de Derecho (también se podría decir: en el Estado constitucional) no precisa, por ello, ninguna argumentación teórico-constitucional especial. Así, la discusión acerca de los fundamentos de la jurisdicción constitucional se ha trasladado a otra cuestión —al menos en Alemania—, a saber, la relación entre la jurisdicción constitucional y la política².

La controversia acerca de la relación entre la jurisdicción constitucional y la política razonablemente no debe tener lugar de manera abstracta, sino, solamente, de manera concreta. El requisito de esa controversia es, precisamente, la cuestión sobre las competencias del Tribunal Constitucional. En atención al hecho de que las competencias de los Tribunales Constitucionales nacionales están reguladas en las concretas leyes nacionales

* No se considera oportuno traducir esta conocida expresión alemana, precisamente a causa del hecho al que se refiere el autor. (*Nota del traductor*).

¹ Al respecto, cfr. las Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (abreviadamente, *BVerfGE*), tomo 7, pp. 198 ss., caso Lüth. Cfr. también I. VON MÜNCH, «*Drittwirkung de derechos fundamentales*», en P. SALVADOR CODERCH (coord.)/I. VON MÜNCH/J. FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, 1997, pp. 25 ss.

² Cfr., al respecto, W. GEIGER, «*Das Bundesverfassungsgericht zwischen Rechts und Politik*», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1985, pp. 401 ss.; B. GUGGENBERGER/Th. WÜRTEMBERGER (coord.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, 1998; R. HAÜSSLER, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, 1994.

sobre el Tribunal Constitucional, disposiciones legales éstas que son absolutamente diversas, puede afirmarse que la relación entre la jurisdicción constitucional y la política siempre debe verificarse para las relaciones en un concreto Estado. Sin embargo, esa limitación temática no excluye que la específica consideración de la posición del Tribunal Constitucional en un país sea provechosa para un análisis general de la jurisdicción constitucional en otros países. Sin duda, la ciencia del Derecho comparado adquiere una relevancia cada vez más intensa³; este diagnóstico sirve también para el campo de la jurisdicción constitucional. Del examen comparativo de la jurisdicción constitucional de los distintos países⁴ y en los diversos continentes se pueden obtener importantes conocimientos, no sólo para la dogmática, sino también para la praxis, y, precisamente, no solamente para el Derecho, sino también para la política. Por eso, el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* es un importante foro, absolutamente extraordinario, para la ciencia y la práctica —no sólo para el mundo iberoamericano, sino también para todos los demás Estados en los que ya existe un Tribunal Constitucional, o aún no—.

3. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Acerca de la relación de un Tribunal Constitucional con la política de su país, tal y como ha sido mencionado *supra*, es de consideración decisiva la extensión de las competencias del Tribunal Constitucional. La competencia del TCF para las resolución de controversias está regulada en la Constitución de la República Federal de Alemania (la «Ley Fundamental») y en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal⁵. El catálogo de competencias del TCF aquí consignado es abundante; la facultad del TCF para decidir se establece, pues, ampliamente.

El fundamento de esa prolija competencia del TCF radica en la historia alemana. A causa de las múltiples y penosas injusticias que se cometieron bajo el régimen totalitario del nacionalsocialismo (1933-1945), se quiso establecer de nuevo el Estado alemán como Estado de Derecho, tras el final de aquel régimen de injusticias. La creación de una jurisdicción constitucional, con extensas competencias, fue considerada y concebida como un pilar fundamental del Estado de Derecho⁶.

³ Cfr., al respecto, H. KÖTZ, «Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung», en *Juristenzeitung*, 2002, pp. 257 ss.

⁴ Un excelente compendio es: D. GARCÍA BELAUNDE/F. FERNÁNDEZ SEGADO (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

⁵ Cfr., al respecto, I. VON MÜNCH, *Staatsrecht*, I, 6.ª ed., 2000, pp. 159 ss.; Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.ª ed., 1991, §§ 3-17; K. SCHLAICH/St. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 5.ª ed., 2001, pp. 56 ss.

⁶ Cfr. I. VON MÜNCH, «Das Bundesverfassungsgericht als Teil des Rechtsstaates», *Jura*, 1992, pp. 505 ss.

En relación con la cuestión de si el Tribunal Constitucional es un actor político, tres de sus competencias son de especial significado: 1. La facultad de decisión sobre la prohibición de partidos políticos; 2. La facultad de decisión acerca de los conflictos orgánicos; 3. La competencia para el conocimiento de los procesos del control abstracto de normas.

Con este elenco, no debe interpretarse aquí que las demás competencias del TCF no tienen relación alguna con la política. Así, por ejemplo, una decisión del TCF sobre un recurso de amparo⁷ de un ciudadano particular contra una ley, o contra cualquier otro acto de autoridad, puede tener una gravosa repercusión política para órganos constitucionales⁸. Como es sabido, varios ciudadanos alemanes interpusieron recursos de amparo constitucional ante el TCF contra la ley de ratificación de la adhesión de la República Federal de Alemania al Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, y contra la participación de la República Federal de Alemania en la unión monetaria europea. El TCF ha rechazado esos recursos de amparo constitucional por improcedentes⁹. Si, por el contrario, los recursos de amparo constitucional hubiesen tenido éxito, el concurso de la República Federal de Alemania en la Unión Europea y la implantación de la moneda única europea (el *euro*) en Alemania se hubieran detenido en virtud de una sentencia del TCF, a causa de los citados recursos de amparo constitucional, de manera que hubiese tenido unas enormes e incalculables consecuencias políticas. La inmensa mayoría preponderante de recursos de amparo constitucional no afecta, sin embargo, al campo de la alta política. Otra cosa es, de otro lado, la situación con respecto a la competencia del TCF en lo que se refiere a la prohibición de un partido político, en lo que atañe a una controversia entre órganos constitucionales superiores, y por lo que hace al control abstracto de normas. En estos casos, las consecuencias políticas son intensas y evidentes.

4. PROHIBICIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

El artículo 21, apartado 2, de la Ley Fundamental dispone: «Los partidos que, por sus fines o por el comportamiento de sus miembros, persigan perjudicar o suprimir el régimen fundamental de libertad y democracia son inconstitucionales. Acerca de la cuestión de inconstitucionalidad decide el

⁷ Cfr., al respecto, P. HÄBERLE, «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en D. GARCÍA BELAUNDE/F. FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, pp. 231 ss.

⁸ I. VON MÜNCH, «El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania», en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, pp. 269 ss.

⁹ *BVerfGE*, tomo 89, pp. 155 ss. (Maastricht); *BVerfGE*, tomo 97, pp. 350 ss. (EURO).

Tribunal Constitucional Federal». En los más de cincuenta años de historia de la República Federal de Alemania y del TCF han sido formuladas, en total, ocho solicitudes de prohibición de partidos políticos. Hasta ahora, solamente han sido prohibidos dos partidos políticos por el TCF: en el año 1952 fue prohibido el de extrema derecha «*Sozialistische Reichspartei*» (SRP)¹⁰; en el año 1956 el de extrema izquierda «*Kommunistische Partei Deutschlands*» (KPD)¹¹. En el año 2002 la competencia del TCCF para la prohibición de partidos ha estado nuevamente de actualidad, cuando que el gobierno federal, el Parlamento y el Consejo Federal, han presentado ante el TCF la solicitud de prohibición del extremaderechista «*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*» (NPD). Actualmente (julio de 2002), el proceso de prohibición aún está pendiente ante el TCF¹².

Aun cuando desde la fundación de la República Federal de Alemania, en el año 1949, solamente han sido planteadas pocas peticiones de prohibición de partidos políticos, debe tenerse en cuenta el significado político aún sólo de la posibilidad de una prohibición tal; puesto que, ya solamente de esa posibilidad —esto es, el riesgo probable de una prohibición— deriva un efecto preventivo. Un partido, sobre el que penda la espada de una posible prohibición, en cada elección a un Parlamento tiene ínfimas perspectivas de que con él concurren otros partidos.

Así, se hace alusión a la problemática elemental que radica en la posibilidad comprendida en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de prohibición de un partido político¹³. La misma Ley Fundamental emana, ciertamente, de un modelo democrático de libertades. Elementos esenciales de ese modelo son —junto a otros elementos— la libertad de creación de partidos políticos, la libertad en su ejercicio, la igualdad de oportunidades de los partidos políticos y el principio de la pluralidad de partidos políticos.

Bajo este aspecto, también tiene una gran relevancia el derecho fundamental a la libertad de expresión de las opiniones. Es problemática la prohibición judicial de un partido, pero y por tal motivo, porque, en el campo de la política, en general, y en la composición del Parlamento, en particular, las proporciones de fuerzas es una materia que debería seguir confiada a la decisión política del ciudadano concreto: el elector, por tanto, no al juicio de un tribunal. También hay que tener en cuenta que la solicitud de prohibición de un partido político podría ser ejercida abusivamente, para eliminar a un competidor político.

¹⁰ *BVerfGE*, tomo 2, pp. 1 ss.

¹¹ *BVerfGE*, tomo 5, pp. 85 ss.

¹² En cuanto a la discusión sobre ese proceso de prohibición, vid. la colaboración en C LEGGEWIE/H. MEIER, *Verbot der NPD oder mit Rechtsradikalen leben?*, 2002.

¹³ Con más detalle, cfr. I. VON MÜNCH, *op. cit.* (nota 5), pp. 110 ss.

A pesar de todas esas consideraciones elementales, la regulación de la Ley Fundamental, conforme a lo que dispone su artículo 21, apartado 2, no cuestiona ni por supuesto niega, de modo general, los partidos políticos ante el TCF. Las experiencias históricas del período de 1933-1945 han llevado al convencimiento de que una democracia debe poder defenderse contra las fuerzas políticas extremistas que quieren eliminar el sistema democrático y, con ello, también el Estado de Derecho. Esta es la idea de la denominada «*wehrhafte Demokratie*»*. Cuando, realmente, un partido político pretende la supresión de la democracia, entonces sería incomprensible que no se le moderase en esos propósitos. Quien quiere eliminar los derechos fundamentales no puede apoyarse en esos mismos derechos fundamentales, ni recurrir a ellos. En otras palabras: ninguna obligación constitucional puede conducir al suicidio político a un Estado de Derecho libre y democrático.

De tal modo, se facilitaría la aceptación de la posibilidad de prohibir un partido político, prevista en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, como hizo constar el TCF en sus anteriores (dos) sentencias sobre prohibición de partidos, que solamente pueda tener lugar la prohibición con arreglo a unos presupuestos estrictos y rigurosos. Entre estos presupuestos figura, por ejemplo, que el partido político que pretenda ser prohibido no solamente rechace el régimen fundamental de libertad y democracia, sino que luche contra él activamente («conducta activa de lucha agresiva frente al orden establecido»)¹⁴. También es importante que, en efecto, la decisión sobre si debe formularse una solicitud de prohibición de un partido político queda al arbitrio político de los facultados para solicitarlo (Parlamento; Consejo federal; Gobierno federal)¹⁵; mas el TCF mismo tiene que tomar una resolución jurídica en el proceso de prohibición. Para la solicitud de interdicción de un partido político rige, por tanto, el principio de oportunidad, mientras que, por el contrario, para la prohibición por el TCF rige el riguroso principio de legalidad.

Como la política y el derecho se encuentran cerca en un proceso para la prohibición de un partido, en las postrimerías del año 2002 aparece concluido el proceso de prohibición¹⁶ contra el extremaderechista Partido Nacionaldemocrático de Alemania (NPD)**. Aquí la problemática únicamente debe mostrarse desde dos puntos de vista: el ministro federal de interior se congratuló por la solicitud de interdicción del NPD, empleando

* Expresión que no admite una traducción literal al castellano, si bien significa que la democracia está capacitada para defenderse. (Nota del traductor).

¹⁴ *BVerfGE*, tomo 5, pp. 85 ss. (p. 141).

¹⁵ *BVerfGE*, tomo 39, pp. 334 ss. (p. 359).

¹⁶ Las solicitudes de prohibición son de 29 de enero de 2001 (Gobierno federal), de 29 de marzo de 2001 (Parlamento), y de 30 de marzo de 2001 (Consejo federal).

** NPD: *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*. (Nota del traductor).

una expresión según la cual la solicitud fuera un «aviso en el sentido de que la democracia está capacitada para defenderse». Como constitucionalista, esa declaración se debe objetar críticamente, ya que el TCF —como cualquier tribunal— tiene que decidir sobre cuestiones jurídicas, pero no tiene que considerar actos simbólicos¹⁷. De tal manera, también se ha verificado una incriminación problemática en el proceso contra el NPD, ya que las autoridades para la protección de la Constitución en la República Federal de Alemania, los llamados «*V-Männer*» («hombres de enlace»*, «*undercover agents*») habían hecho entrar clandestinamente en los puestos directivos del NPD¹⁸. En el proceso de prohibición contra el NPD, pendiente ante el TCF, los solicitantes se apoyaban en la información de esas personas de enlace. Al mismo tiempo, por orden de las autoridades mismas, sin embargo, hubo que descubrir la identidad de las personas de enlace frente a las partes en la causa. Con ello, sea como fuere, en parte el proceso de prohibición deviene en un proceso secreto, que es incompatible con el principio del proceso judicial conforme al Estado de Derecho; así, también en los procesos ante un Tribunal Constitucional, deben ser garantizadas las máximas del juicio justo y de igualdad de armas.

5. CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS ESTATALES

Las decisiones del TCF en los denominados conflictos entre órganos estatales normalmente tienen un considerable significado político. Según la definición del artículo 93.1.1.º de la Ley Fundamental, estos son «conflictos sobre la extensión de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otros interesados, que, en virtud de la Constitución o del reglamento interno de un órgano federal supremo, son investidos de derechos propios»¹⁹. «Órganos federales supremos», a los efectos de este artículo, son, por ejemplo, el Presidente de la República, el Parlamento, el Consejo federal y el Gobierno federal. Parte de los órganos que son investidos «de derechos propios», en la Constitución o en el reglamento interior de un órgano federal supremo, son, por ejemplo, el Presidente del Parlamento, el Presidente del Consejo federal, los miembros del Gobierno federal, las comisiones y los grupos parlamentarios. «Otros interesados», al tenor del artículo 93.1.1.º de la Ley Fundamental, pueden ser incluso los

¹⁷ Cfr., al respecto, I. VON MÜNCH, «Der Aufstand der Anständigen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 728 ss. (p. 729).

* «*Verbindungsmänner*», en el original. (Nota del traductor).

¹⁸ Sobre la actividad de las autoridades para la protección de la Constitución respecto a los partidos políticos, en general: L. O. MICHAELIS, *Politische Parteien unter der Beobachtung des Verfassungsschutzes*, 2000.

¹⁹ Cfr., al respecto, I. VON MÜNCH, *op. cit.* (nota 5), pp. 166 ss.

representantes parlamentarios individuales y los partidos políticos, a saber, pues, cuando y en cuanto que se disputen derechos que se deriven de su específico estado jurídico constitucional²⁰. Un ejemplo al respecto es el derecho de palabra de los diputados en el Parlamento²¹.

El TCF decide en los conflictos entre órganos estatales también, una vez que la solicitud del peticionario se considere admisible y fundada, mediante una sentencia meramente declarativa: en ese caso, pues, el TCF determina solamente si la medida u omisión del oponente, contra las que reclama el peticionario, vulneran la Ley Fundamental. Ello concuerda con el principio de la división de poderes²², ya que el TCF no obliga al oponente a una conducta determinada, ni, revoca cualesquiera medidas de otro órgano federal supremo. Sin embargo, todos los órganos federales supremos están obligados a observar y ejecutar las resoluciones del TCF; porque «las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder**, así como a todos los tribunales y autoridades»²³. Por tanto, existe una clara primacía del derecho sobre la política. También el Jefe de Estado de la República Federal de Alemania (el Presidente federal) debe someterse a una sentencia del TCF dictada en su contra, por ejemplo, cuando, sin base jurídica, se hubiera negado a sancionar y promulgar una ley ante él presentada. En la enseñanza académica en las Facultades de Derecho este caso es uno de los temas más queridos por los profesores para los exámenes de los estudiantes²⁴; en la praxis, ciertamente, aún no ha sido formulada jamás una reclamación orgánica contra un Presidente federal por causa de la negativa a sancionar y promulgar una ley. Dicho sea de paso, habla mucho a favor de la autoridad de los anteriores Presidentes de la República Federal de Alemania, que en los más de cincuenta años de historia de este país aún no se haya dictado ninguna sentencia del TCF contra el Presidente federal. Una demanda formulada en el año 1983 contra algunos representantes del Parlamento en un proceso sobre conflicto entre órganos estatales, en el que el TCF estableciera que el Presidente federal había infringido la Constitución con su orden de disolución del Parlamento y fijación de nuevas elecciones, fue rechazada por el TCF²⁵. Mientras que, de tal manera, resulta sumamente improbable que el Presidente federal se enrede en un conflicto

²⁰ *BVerfGE*, tomo 44, pp. 125 ss. (p. 137).

²¹ Cfr. *BVerfGE*, tomo 60, pp. 374 ss. (p. 380).

²² Cfr., al respecto, en general, H.-P. SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, pp. 35 ss.

* Considero que, por la identidad semántica de la palabra (*Land; Länder*), definitoria de la peculiar estructura política y territorial de Alemania tras la Ley Fundamental de Bonn (23.05.1949), no es admisible traducción alguna al respecto. (*Nota del traductor*).

²³ § 31.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

²⁴ Véase la solución a este caso en I. VON MÜNCH, *op. cit.* (nota 5), pp. 349 ss.

²⁵ *BVerfGE*, tomo 62, pp. 1 ss.

entre órganos estatales, los conflictos orgánicos entre el Parlamento y el Gobierno son bastante frecuentes. Como quiera que, en un sistema democrático parlamentario, normalmente el Gobierno está respaldado políticamente por la mayoría en el Parlamento, en los conflictos orgánicos entre el Parlamento y el Gobierno se trata, por lo general, de conflictos entre la minoría parlamentaria y el Gobierno.

Un asunto de los conflictos orgánicos entre el Parlamento y el Gobierno, políticamente explosivo y dogmáticamente interesante, es la extensión del poder exterior. El concepto de poder exterior procede de la tardía teoría jurídica del Estado²⁶. Originalmente, el Gobierno era considerado como el único titular del poder exterior. El actual estado de opinión ya no comparte esa postura: la nueva doctrina en Derecho Constitucional y el TCF consideran el poder exterior como un poder estatal combinado (mixto)²⁷.

Es incuestionable que, en el ejercicio del poder exterior, todos los órganos estatales alemanes están sujetos a la ley y al derecho, y a los derechos fundamentales de la Constitución. Por el contrario, siempre se evidencian cuestiones dudosas otra vez respecto al reparto de la competencia entre el Parlamento y el Gobierno para actos del poder exterior²⁸. La cuestión del reparto de la competencia entre el Parlamento y el Gobierno se ha suscitado, en especial, por la entrada en acción de las fuerzas armadas del ejército alemán en el extranjero²⁹. La causa de las correspondientes controversias reside en que la Ley Fundamental regula la competencia para la conclusión de tratados internacionales, pero guarda silencio acerca de la intervención de las fuerzas armadas del ejército alemán en el extranjero. Esta cuestión, de sumo interés jurídico constitucional y político, ha sido resuelta por el TCF por razón de demandas orgánicas planteadas por diversos grupos del Parlamento. En particular, se trató de la participación de la marina alemana en una acción de las fuerzas navales de la OTAN y de la Unión Europea Occidental para la vigilancia de los embargos decretados por las Naciones Unidas contra Yugoslavia en el mar Adriático, de la participación de los soldados alemanes en la imposición de la prohibición

²⁶ A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, vol. I, 1892, pp. 531 ss. La Ley Fundamental no emplea la expresión «poder exterior», sino que habla de «relaciones exteriores».

²⁷ Por eso, el TCF habla de los titulares del poder exterior, o sea, en plural (*BVerfGE*, tomo 40, pp. 141 ss. [p. 178]). En cuanto que los actos del poder exterior no estén sujetos al requisito del consentimiento del Parlamento para tratados internacionales, pertenecen esencialmente al ámbito competencial del Gobierno (*BVerfGE*, tomo 90, pp. 286 ss. [p. 358]).

²⁸ Sobre el control ante al poder exterior, vid. K. HAILBRONNER/R. WOLFRUM, «Kontrolle der auswärtigen Gewalt», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehre*, tomo 56 (1997), pp. 7 y ss., pp. 38 ss.; J. KOKOTT, «Kontrolle der auswärtigen Gewalt», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 937 ss.

²⁹ Al respecto, cfr. O. DEPENHEUER, «Der verfassungsrechtliche Verteidigungsauftrag der Bundeswehr. Grundfragen des Außeneinsatzes deutscher Streitkräfte», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 937 ss.

de vuelo fijada por las Naciones Unidas en el espacio aéreo de Bosnia-Herzegovina (AWACS-aviones de reconocimiento lejano), así como de la participación de soldados alemanes en las acciones militares de las Naciones Unidas en la guerra civil de Somalia (UNOSOM II). El TCF resolvió esos conflictos entre dos órganos estatales supremos por Sentencia de 12 de julio de 1994, por la que el Gobierno federal está obligado constitucionalmente a solicitar el consentimiento constitutivo del Parlamento para una intervención de las fuerzas armadas del ejército alemán³⁰. La fundamentación de la sentencia de 12 de julio de 1994 no tiene ninguna importancia para la cuestión de si el TCF es uno de los actores políticos; sin embargo, en este orden de cosas es relevante que el TCF se haya ocupado de la problemática de la participación del ejército alemán en el extranjero, y que haya resuelto el caso. Es evidente que, con esa sentencia del Tribunal, se ha tratado de una decisión de una gran relevancia política.

6. CONTROL ABSTRACTO DE NORMAS

El control abstracto de normas también tiene una gran trascendencia política³¹. Por el control abstracto de normas el TCF decide en casos de criterios dispares o dudas acerca de la compatibilidad formal u objetiva del derecho federal o el derecho de los *Länder* con la Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho de los *Länder* con otro derecho federal³². La petición de control abstracto de normas puede ser formulada, o por el Gobierno federal, o por el Gobierno de un *Land*, o por una tercera parte de los miembros del Parlamento. Con la atribución de la facultad de presentar una solicitud de control últimamente citada, la oposición tiene la posibilidad de someter al examen del TCF una ley que hubiera sido aprobada por la mayoría parlamentaria en contra de la voluntad de la oposición. Con la solicitud de control abstracto de normas, la oposición tiene, además, la ocasión de corregir, por medio del TCF, las derrotas en las votaciones sobre proyectos legislativos del Gobierno o de la mayoría parlamentaria, siempre y cuando el TCF llegue a la conclusión, en el proceso de control normativo, que la ley cuestionada por el solicitante contraviene la Ley Fundamental.

Puesto que el control abstracto de normas es, en verdad no sólo, pero sí también, un instrumento político de la oposición, no puede extrañar que,

³⁰ *BVerfGE*, tomo 90, pp. 286 ss. (p. 383).

³¹ Vid., al respecto, I. VON MÜNCH, *op. cit.* (nota 5), pp. 167 ss.; A. VON MUTIUS, «Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht», en *Jura*, 1987, pp. 534 ss.

³² Regulado en el art. 93.1.2 de la Ley Fundamental, §§ 76 ss. de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

con frecuencia, los procesos sobre control abstracto de normas tengan por objeto leyes de singular impacto político. Ejemplos de algunas leyes políticamente controvertidas, que hayan sido sometidas a la decisión del TCF por el cauce del control abstracto de normas, son la ley de autorización de ratificación del tratado sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la (entonces aún existente) República Democrática Alemana³³; la reforma del código penal, en lo que se refiere a la interrupción del embarazo (§ 218)³⁴; la modificación de la regulación legal de la objeción de conciencia³⁵; la admisión en algunos *Länder* del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros³⁶; la regulación referente a la cláusula del 5% en las primeras elecciones de todos los alemanes, tras la reunificación³⁷.

Como se ha dicho, el control abstracto de normas es una posibilidad para la oposición, en orden a reparar, a través del TCF, las derrotas políticas que haya sufrido en el Parlamento³⁸. Esta posibilidad es, al mismo tiempo, una tentación. No obstante, la oposición está bien aconsejada, cuando sucumbe muy raras veces a esa tentación, porque, en otro caso, se provoca la impresión en la colectividad de que la oposición es un mal perdedor. Una demanda ante el TCF no siempre da con la simpatía del pueblo; el resultado de un proceso de control de normas tampoco es previsible. Por eso, es comprensible que se haya hecho uso frecuente, pero no continuo, del control abstracto de normas. La estadística más reciente del TCF (31 de diciembre de 2001) indica, para el período de 1951 hasta 2001, las siguientes cifras: 131.445 recursos de amparo constitucional, 3.174 procesos de control concreto de normas (es decir, a instancia de un Tribunal), 145 procesos de control abstracto de normas, 132 conflictos entre órganos estatales.

De rechazarse una solicitud de control abstracto de normas, entonces la oposición habrá sufrido una doble derrota: en el Parlamento y ante los Tribunales. Una derrota ante el TCF podría ser eludida, cuando fuera posible, en un proceso no contencioso para examinar la constitucionalidad de una ley. Un proceso no contencioso semejante, esto es, un proceso sin demandante y sin demandado (al final también sin vencedor y sin vencido)

³³ *BVerfGE*, tomo 36, pp. 1 ss.

³⁴ *BVerfGE*, tomo 39, pp. 1 ss.

³⁵ *BVerfGE*, tomo 69, pp. 1 ss.

³⁶ *BVerfGE*, tomo 83, pp. 37 ss., y pp. 60 ss.

³⁷ *BVerfGE*, tomo 82, pp. 322 ss.

³⁸ Sobre la cuestión de si el Tribunal Constitucional Federal es un «servicio de reparaciones» del Parlamentarismo, vid., H.-P. SCHNEIDER, «Acht an der Macht! Das BVerfG als "Reparateurbetrieb" des Parlamentarismus?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, pp. 1303 ss. Sobre la cuestión de si la Justicia, en general, es un servicio de reparaciones de la política, vid. I. VON MÜNCH, «Justiz-Reparaturbetrieb der Politik?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 2073 ss.

es el proceso consultivo³⁹. En la redacción original de la ley sobre el TCF fue previsto el proceso consultivo, y también fue empleado de vez en cuando. En el año 1956, en virtud de una reforma de la Ley sobre el TCF, se suprimió el proceso consultivo; en mi opinión, ese fue un desacierto considerable⁴⁰.

7. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE DERECHO Y POLÍTICA

Del hecho de que el TCF dictó resoluciones importantes políticamente, tanto en procesos de prohibición de partidos, como también en conflictos entre órganos estatales y en procesos de control abstracto de normas, ha quedado pendiente la cuestión acerca de la posición del TCF entre el Derecho y la política⁴¹. El punto de partida de la reflexión debe ser que la formación de la política en los órganos políticos estatales —ante todo, desde luego, del Parlamento y del Gobierno— debería abandonarse. Las decisiones políticas están asociadas a la responsabilidad política, que se concretan, por ejemplo, en la dimisión de un ministro. A pesar de las diferencias entre derecho y política, es decir, entre aplicación jurídica, de una parte, y realización política, de otra parte, queda sostener la necesidad de examinar jurídicamente las decisiones políticas; puesto que también la mayoría en un Parlamento puede equivocarse en la apreciación jurídico-constitucional de las leyes. Por ello, en 1949 la Ley Fundamental ya optó por la posibilidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes mediante el control abstracto de normas.

Se quiere salvaguardar el Estado de Derecho, por lo que no existe alternativa alguna a la institución de la jurisdicción constitucional. Así, no es posible diferenciar por el resultado entre decisiones políticas, por un lado, y decisiones jurídicas, por el otro, pues sólo son discernibles las decisiones jurídicas del Tribunal Constitucional; puesto que ambas no pueden ser separadas exactamente unas de las otras. Un exclusivo autocontrol de la constitucionalidad de las leyes por medio del Parlamento mismo, como en la República Democrática Alemana de entonces⁴², es inútil y absurdo, porque no se puede esperar que la mayoría parlamentaria se pronuncie posteriormente acerca de la constitucionalidad de una decisión propia que se adoptó en la votación sobre la ley.

³⁹ Vid., al respecto, F. BURMEISTER, *Gutachten des Bundesverfassungsgericht zu völkerrechtlichen Verträgen*, 1998; N. HOLZER, *Präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*, 1978.

⁴⁰ I. VON MÜNCH, op. cit. (nota 5), p. 353.

⁴¹ Sobre la diferencia entre derecho y política, vid. I. VON MÜNCH, «Recht-Politik-Moral», en *Festschrift für K. Stern*, 1997, pp. 49 ss.

⁴² Artículo 89.3 de la Constitución de la República Democrática Alemana, en la redacción de 1974.

8. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:

«JUDICIAL SELF-RESTRAINT»

Por consiguiente, no se cuestiona la institución de la jurisdicción constitucional, en general, ni la sólida posición del TCF, en particular, de manera que, en la actualidad, los límites de la jurisdicción constitucional tan sólo pueden ser objeto de una discusión juiciosa —con la que, al mismo tiempo, sea abordada la cuestión del TCF como actor político—. Rige, en general, el principio de moderación judicial. Este principio es conocido en el ámbito de influencia jurídica angloamericano bajo la expresión «*judicial self-restraint*», donde tiene una honda tradición. El TCF de la República Federal de Alemania se ha declarado expresamente partidario de ese principio para su actividad jurisdiccional. Así, ha declarado el TCF, en su sentencia sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la (entonces) República Democrática Alemana: «El principio del *judicial self-restraint*, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa una reducción o debilitamiento de sus competencias precisamente expuestas, sino la renuncia a «hacer política», es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. El aspira, además, a preservar de otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado»⁴³. Un caso de aplicación del principio de moderación judicial es también el que ejercita el TCF, de interpretación conforme a la Constitución; significa que el Tribunal, ante varias interpretaciones posibles de una ley, tiene que escoger aquella por la que la ley sometida a su juicio de constitucionalidad sea duradera ante la Ley Fundamental, esto es, que sea tratada como constitucional⁴⁴.

Sin embargo, de la jurisprudencia del TCF debe señalarse críticamente que él mismo no siempre se atiene a su propia máxima de moderación judicial. A veces, es ostensiblemente aplicable a la actividad jurisdiccional de los jueces de un Tribunal Constitucional el refrán francés «*L'appetit viens à manger*» (el apetito viene comiendo). Un ejemplo al respecto es el caso de un recurso de amparo constitucional contra la reforma de la ortografía en Alemania, que entró en vigor en el año 1998. Aun cuando los demandantes de amparo habían retirado expresamente su recurso de amparo constitucional en la fase previa del proceso ante el TCF, sin embargo, éste resolvió el recurso de amparo conforme a los hechos⁴⁵ —sin un fundamento legal jurídico-procesal—⁴⁶.

⁴³ BVerfGE, tomo 36, pp. 1 ss. (pp. 14-15).

⁴⁴ Vid., al respecto, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995, pp. 30 ss.

⁴⁵ BVerfGE, tomo 98, pp. 218 ss. (pp. 242-243).

⁴⁶ Al respecto, I. VON MÜNCH, *op. cit.* (nota 5), p. 165.

9. EL PODER DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

El poder del TCF es inusitadamente grande. La dimensión de ese poder resulta de las competencias ampliamente extendidas. El TCF no sólo puede declarar inconstitucional las leyes del Parlamento o los reglamentos del Gobierno, sino que puede incluso, si bien solamente en supuestos extraordinarios, con la figura del denominado «Derecho constitucional inconstitucional», considerar inconstitucionales preceptos de la Constitución misma por causa de infracciones de Derecho constitucional de más alto rango. El TCF puede tomar decisiones que son obligatorias para todos los órganos estatales de la República Federal de Alemania. En eso es cierto el dicho que se ha formulado con poco esmero: sobre el TCF tan sólo está el cielo azul⁴⁷ (se debe completar, sin embargo, ese dicho: ... el cielo azul y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Un poderío tácito del TCF resulta de la gran autoridad de que goza. Durante varios decenios, el TCF fue considerado no sólo como una instancia judicial, sino también cuasimoral, de máxima confianza para la población. En los últimos años, el TCF ha sufrido una cierta merma de autoridad⁴⁸, en particular a causa de algunas decisiones realmente muy problemáticas, por ejemplo sobre los crucifijos en las escuelas⁴⁹.

Con todo, el indiscutible poder efectivo del TCF tampoco debería ser exagerado. Respecto al papel como actor político, le falta una atribución muy esencial, y precisamente el derecho de iniciativa: como cualquier otro tribunal en la República Federal de Alemania, y, presumiblemente, en los demás Estados del mundo, el TCF no es capaz por sí mismo, es decir, actuar por propia iniciativa. Para poder actuar, pues, es siempre indispensable la acción de otros órganos estatales, o, en caso de un recurso de amparo constitucional, la acción de un ciudadano. También es válida para el TCF la vieja máxima: donde no hay demandante, tampoco hay juez*. También es importante la propia comprensión del juez de un Tribunal Constitucional. Es absolutamente necesario que el juez de un Tribunal Constitucional no se conciba como político, sino como juez independiente, que no sostiene una opinión política sino que decide *lege artis*.

⁴⁷ El dicho procede del anterior Presidente del Tribunal Administrativo Federal, H. SENDELER, en su ensayo «Blüten richterlicher Unabhängigkeit und Verfassungsgerichtsschutz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 825.

⁴⁸ Vid., al respecto, I. VON MÜNCH, «Austoritätsschwund in Karlsruhe», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, pp. 2286 ss.

⁴⁹ *BVerfGE*, tomo 93, pp. 1 ss.

* «Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter», trasunto del aforismo latino «*nemo iudex sine actore*». (Nota del traductor).

10. CONCLUSIÓN

Como conclusión de las reflexiones precedentes sobre el TCF queda por hacer constar: el TCF tiene una gran influencia sobre la política en la República Federal de Alemania. Por tal motivo, el TCF ha sido calificado con acierto como «participante plenipotenciario en el proceso político»⁵⁰. El poder político del TCF es juzgado críticamente con relativa frecuencia, así, por ejemplo, cuando se lamenta que el Estado de Derecho se haya transformado en un «Estado de jurisdicción del Tribunal Constitucional»⁵¹. En cuanto que el TCF no tiene ningún derecho de iniciativa propio, sino únicamente a instancia de parte, el Tribunal no es un actor político, en el estricto sentido de la palabra. Por lo demás, es aplicable al Estado de Derecho: un mucho de control en justicia constitucional es mejor que un muy poco⁵².

(Traducción del alemán: DAVID GARCÍA PAZOS *)

⁵⁰ H. SCHULZE-FIELITZ, «Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, pp. 385 ss. (p. 408). Acerca de los efectos de la jurisprudencia constitucional sobre la formación de la voluntad parlamentaria y la realidad social, vid. Chr. LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1984.

⁵¹ Así, M. JESTAEDT, «Verfassungsgerichtpositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im Verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat», en *Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee*, 2002, pp. 183 ss.

⁵² Acerca de la cuestión de la legitimidad del control de la justicia constitucional: G. P. LOPERA MESA, «La problemática legitimidad de la justicia constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 5 (2001), pp. 227 ss.

* Doctor en Derecho, Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

