



Rudolf Mellinghoff (Alemania)\*

## 60 años de Ley Fundamental Incidencia del Tribunal Federal Constitucional en la realidad constitucional\*\*

### RESUMEN

El Tribunal Federal Constitucional ha incidido de manera decisiva en la realidad constitucional de Alemania por medio de su jurisprudencia. El más alto tribunal alemán hace valer los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado; despeja, en el ámbito de la rama del derecho que regula la organización del Estado, asuntos relativos a la competencia y al poder, y por intermedio de sus sentencias ejerce influencia sobre las relaciones jurídicas en el ámbito europeo y las concernientes al derecho internacional. Las amplias facultades que tiene asignadas generan inevitablemente tensiones con las esferas políticas. No obstante, su posición es hoy por hoy incuestionable. Esto se debe al gran prestigio de este tribunal del ciudadano, al crédito que le da la población, a su fuerza de integración y a la aceptación de sus decisiones, mediante las cuales aspira a convencer a través de una fundamentación coherente y transparente, respetando el espacio de configuración de los demás órganos constitucionales.

**Palabras clave:** Ley Fundamental de Bonn, derechos fundamentales, jurisdicción constitucional, justicia constitucional, tribunales constitucionales, protección de datos personales, jurisprudencia comentada, Unión Europea, Alemania.

### ZUSAMMENFASSUNG

Durch seine Rechtsprechung übt das Bundesverfassungsgericht einen entscheidenden Einfluss auf die deutsche Verfassungswirklichkeit aus. Das höchste deutsche Gericht verhilft den Grundrechten der Bürger gegenüber dem Staat zur Geltung; gleichzeitig klärt es Zuständigkeits- und Hoheitsfragen im Bereich des Staatsorganisationsrechts und beeinflusst über seine Urteile die Rechtsbeziehungen im europäischen Raum sowie in Fragen, die das Völkerrecht berühren. Die ihm übertragenen weitgehenden Befugnisse führen unweigerlich zu Spannungen mit der Politik. Gleichwohl wird seine Stellung heutzutage nicht in Frage gestellt. Dies ist vor allem ein Ergebnis des hohen Ansehens dieses Gerichts als Interessenvertreter der Bürgerinnen und Bürger, des Vertrauens, das ihm die Bevölkerung entgegen bringt, seiner Fähigkeit zur Integrationsförderung und der Akzeptanz seiner Entscheidungen, in denen es sich über eine schlüssige

\* Juez del Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania.

\*\* Conferencia de inauguración del XVI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Cartagena de Indias, setiembre 2009.

und transparente Begründung darum bemüht zu überzeugen, ohne dabei den Gestaltungsspielraum der übrigen Verfassungsorgane einzuschränken.

**Schlagwörter:** Bonner Grundgesetz, Grundrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Schutz von personenbezogenen Daten, kommentierte Rechtsprechung, Europäische Union, Deutschland.

## ABSTRACT

The Federal Constitutional Court has decisively influenced the constitutional reality of Germany by way of its case law. The highest German court enforces fundamental rights of citizens against the state; in the branch of law regulating the organization of the state, it rules on matters of jurisdiction and power; and through its judgments it influences the country's relations in the European and international legal context. The ample powers attributed to this Court inevitably generate tensions with political spheres. However, the Court's strong position is unquestioned today – its decisions are readily accepted. This is due to the prestige accorded by the citizenry, resulting from the Court's consistent, convincing, and transparent rationales supporting its decisions, which respect the powers and functions of the other constitutional bodies.

**Keywords:** Fundamental Law of Bonn, fundamental rights, constitutional jurisdiction, constitutional justice, constitutional courts, personal data protection, annotated jurisprudence, European Union, Germany.

## 1. Introducción

La República Federal de Alemania cumplió en el 2009 60 años. En muchos lugares y con muchos eventos ella celebra el sexagésimo aniversario de la constitución alemana, la Ley Fundamental. Se hace relación a una historia triunfal de 60 años, se elogia la Ley Fundamental como hazaña magnífica de los alemanes, como golpe de fortuna y como constitución modelo; se habla de la mejor constitución de Alemania.

Hace 60 años, al entrar en vigencia, no había certeza alguna de que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania fuera a percibir este entusiasmo y gozar la gran aceptación que experimenta hoy en día, debido a que la Ley Fundamental se había establecido explícitamente con carácter provisional por la falta de soberanía de Alemania en aquel entonces. Pero, una vez cumplido el trigésimo aniversario, Dolf Sternberg marcó el concepto de “patriotismo constitucional”<sup>1</sup> y con él corroboró que los ciudadanos de la República Federal de Alemania se identificaban con los valores fundamentales, las instituciones y los procesos dispuestos en la constitución. En 1989 había consentimiento en considerar la Ley Fundamental como una constitución extraordinaria, fundamento de una democracia y de un Estado de derecho democrático.

<sup>1</sup> Título de un editorial en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 23 de mayo de 1979; véase también Dolf Sternberg: *Schriften X: Verfassungspatriotismus* ('Patriotismo constitucional'), 1990, pp. 3-16.

La Ley Fundamental se convirtió en la constitución modelo de muchos países que se habían liberado de regímenes autoritarios.

Cuando hace 20 años se logró la reunificación alemana, por lógica el pueblo de la antigua RDA (República Democrática Alemana) optó, a través de la adhesión a la República Federal de Alemania, por elegir la Ley Fundamental como constitución de todo el Estado alemán. Aunque la Ley Fundamental ha sido parcialmente sometida a considerables cambios en lo relativo a la organización jurídica del Estado, la esencia de la constitución alemana ha permanecido intacta. La gran mayoría de los ciudadanos en la República Federal de Alemania la avalan hoy en día como la mejor constitución y la de mayor vigencia en Alemania, un golpe de fortuna para la comunidad alemana.

La Ley Fundamental no es un invento de una constitución que se creó en 1949, más bien esta constitución hace parte de la continuidad de una cultura constitucional que se viene forjando hace más de doscientos años. La Ley Fundamental encaja en la evolución constitucional de los Estados Europeos.<sup>2</sup> Ha sido construida esencialmente sobre los cimientos de anteriores e importantes cartas constitucionales. Los principales fundamentos y las numerosas ideas de orden jurídico-estatal y político-constitucional habían sido desarrollados mucho antes de 1949. Aquellas cartas constitucionales de mayor importancia, que dejaron huellas en la Ley Fundamental, también celebran su cumpleaños este año. La Constitución de la Paulskirche de 1849 y la Constitución de Weimar de 1919 ya contienen importantes fundamentos que posteriormente fueron adoptados en la Ley Fundamental. La Ley Fundamental ha sido inmersa, renovada y desarrollada en la continuidad de la percepción europea y alemana sobre lo que es constitución.<sup>3</sup> Por lo tanto, este año no solo celebramos los 60 años de la Ley Fundamental, sino también 160 años de la Constitución de la Paulskirche y 90 años de la Constitución de Weimar.

Si se plantea la pregunta de por qué la Ley Fundamental experimenta tan enorme aprecio y la constitución juega un papel tan importante desde hace décadas en Alemania, esta no encontrará respuesta sin abordar la actuación y la jurisprudencia asumida por el Tribunal Constitucional Federal. La institución del Tribunal Federal Constitucional resulta ser una de las innovaciones de mayor efecto, que distingue la Ley Fundamental de anteriores constituciones alemanas y cuyo aporte ha sido sustancial para el éxito de la Ley Fundamental. Sin la jurisprudencia del más alto tribunal alemán, la Ley Fundamental no hubiese experimentado tan amplia aprobación. La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha ejercido en los últimos 60 años una decisiva influencia sobre la realidad constitucional. En la primera parte se expondrá, con base en unos ejemplos, el grado de influencia que tiene la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional sobre la realidad constitucional vivida en Alemania.

Aunque el Tribunal Federal Constitucional ha moldeado de manera decisiva la realidad constitucional en Alemania, este no es el único órgano designado a interpretar y aplicar la Ley Fundamental. En un Estado constitucional con división de poderes,

<sup>2</sup> Oppermann, en *JZ (Juristenzeitung)*, 2009, 481.

<sup>3</sup> Kirchhof, en *DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt)*, 2009, 541.

todos los poderes estatales están llamados a respetar la constitución, a acatarla durante el ejercicio de sus propias competencias, y así se hace imperiosa su interpretación y aplicación.

Desde el punto de vista teórico, a ningún órgano constitucional se le ha atribuido desde un inicio mayor competencia o capacidad de cognición. Al Tribunal Federal Constitucional le corresponde, en última instancia y de manera vinculante, el poder de interpretar la constitución, al resolver consultas constitucionales que han sido dirigidas a él. La constitución misma es además, y en el sentido específico de la palabra, derecho político, al direccionar a favor del bienestar común la lucha de relevantes actores estatales y sociales y sentar límites.<sup>4</sup> Esto conduce inevitablemente a considerables discrepancias frente a la interpretación de la constitución entre el Tribunal Federal Constitucional y los otros órganos políticos. En una segunda parte se abordará la relación de tensión entre el derecho y la política.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se ha hecho valer hasta el día de hoy, pese a algunas críticas procedentes de las esferas políticas y científicas, y determina de manera decisiva la vida constitucional y la realidad jurídica en la República Federal de Alemania. Cuando hay divergencia de criterio, la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es aceptada e implementada por los demás órganos estatales, aun si unos pocos participantes de la vida política la desapruaban. De ahí resulta la interrogante de cómo el único órgano estatal, que no dispone de recursos propios para materializar una ejecución forzosa, ha logrado alcanzar una posición tan fuerte en Alemania. En una tercera parte se indagará la razón por la cual al Tribunal Federal Constitucional se le ha otorgado ese poder a través de la Ley Fundamental, y por qué los demás órganos constitucionales en la República Federal de Alemania suelen acatar las decisiones del máximo tribunal alemán.

## 2. Incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional en la realidad constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional ha configurado de manera decisiva la realidad constitucional en la República Federal de Alemania. Desde 1951 el Tribunal, mediante más de cinco mil sentencias proferidas en las diferentes salas, que han sido publicadas en el compendio de sentencias que abarca más de 120 volúmenes, ha interpretado la constitución y de esta manera ha influido en el derecho y en la política en Alemania. La marcada incidencia de las decisiones del Tribunal Constitucional se despliega en todas las partes de la constitución. El Tribunal determina con la interpretación de los derechos fundamentales tanto la relación del ciudadano frente al Estado como también las relaciones de los ciudadanos entre sí. En la rama del derecho que regula la organización del Estado, el Tribunal esclarece asuntos relativos a las

---

<sup>4</sup> Voßkuhle, en Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* ('Comentario Ley Fundamental'), vol. 3, 5.<sup>a</sup> ed., 2005, artículo 93, apartado 32.

competencias y al poder entre los órganos estatales y verifica el cumplimiento de los términos procesales constitucionales. Debido a sus amplias competencias el Tribunal Federal Constitucional ejerce influencia sobre las relaciones jurídicas de la República Federal de Alemania en el ámbito europeo y frente al derecho internacional.

## 2.1. Derechos fundamentales

Ninguna otra parte de la Ley Fundamental ha tenido tal incidencia en la convivencia de los seres humanos y en la relación del Estado frente a sus ciudadanos como la carta de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales determinan de múltiples formas la vida en la República Federal de Alemania, por medio de sus derechos a la defensa, los derechos sociales y de participación, a través de la garantía de instituciones y de los derechos de protección consagrados en la constitución. Son incalculables los ejemplos que evidencian la repercusión en la realidad constitucional de la República Federal de Alemania.

En sentencia proferida, el Tribunal determinó que el Estado está obligado a proteger la vida en gestación y a prohibir, por principio, la interrupción del embarazo.<sup>5</sup> En su sentencia relativa a la cadena perpetua, el Tribunal exige como requisito para una ejecución humana de la pena que al condenado a cadena perpetua se le conceda en principio la oportunidad de recobrar la libertad.<sup>6</sup>

El Tribunal obligó al Estado a exonerar de impuestos el mínimo vital del contribuyente y el de su familia,<sup>7</sup> y prohibió allanamientos e incautaciones frente a miembros de la prensa, si su exclusivo o especial propósito es investigar la identidad del informante.<sup>8</sup> En relación con la inmigración de extranjeros constató que el matrimonio o una relación familiar con un alemán por sí solos no necesariamente justifican a toda costa el derecho a permanencia.<sup>9</sup> Según el criterio del Tribunal, las reuniones solo podrán ser prohibidas o disueltas bajo la estricta conservación del principio de la proporcionalidad, en razón de que la libertad de reunión pertenece a los elementos imprescindibles de funcionamiento de una comunidad democrática.<sup>10</sup>

La libertad de profesión admite que se restrinja la cantidad de estudiantes principiantes para la admisión, únicamente, si el Estado ha aprovechado las capacidades de formación en toda su amplitud y los aspirantes son escogidos según criterios específicos.<sup>11</sup> La garantía de la propiedad le ofrece al legislador la posibilidad de emitir regulaciones en la ley de arrendamientos, que le permiten al dueño de un inmueble dar por terminado el contrato de arrendamiento, solo en el caso de que exista un interés propio y justificado frente al inquilino.<sup>12</sup> El legislador puede por principio prohibirles

<sup>5</sup> BVerfGE (decisión del Tribunal Federal Constitucional) 88, 203 ss.

<sup>6</sup> BVerfGE 45, 187.

<sup>7</sup> Cf. BVerfGE 82, 60, 85; BVerfGE 99, 246, 268 ss., 273 ss.

<sup>8</sup> BVerfGE 117, 244 ss.

<sup>9</sup> Cf., por ejemplo, BVerfGE 76, 1, y BVerfGE 80, 81.

<sup>10</sup> BVerfGE 69, 315 ss.

<sup>11</sup> BVerfGE 33, 303 ss.

<sup>12</sup> BVerfGE 68, 361 ss.

a los propietarios de tiendas y negocios abrir sus negocios los domingos y festivos.<sup>13</sup> El Estado tiene que concederles a los ciudadanos acceso a los expedientes, si del conocimiento de los procesos administrativos depende la concesión de una efectiva protección jurídica.<sup>14</sup> La garantía de protección jurídica finalmente puede limitar la duración de la detención preventiva de sospechosos.<sup>15</sup> Todos estos ejemplos ponen en evidencia que casi no existe un ámbito de la vida que no pueda llegar a ser ponderado por el Tribunal Federal Constitucional.

También existen decisiones que sientan un precedente jurisprudencial (*Leitentscheidung*) que alcanzan una significativa repercusión y determinan ampliamente la realidad constitucional en sí y numerosos ámbitos de la vida diaria. Prueba especial de ello se evidencia en el ejemplo de la protección de datos. Cuando en 1983 se había previsto realizar en Alemania un censo de la población con la recopilación de amplios datos personales, un nutrido número de ciudadanos se dirigió al Tribunal Federal Constitucional. En sentencia proferida el 15 de diciembre de 1983, el Tribunal dispuso, que el derecho general al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental (GG) brinda protección —en el marco de las condiciones del procesamiento moderno de datos— frente a la irrestricta recolección, almacenamiento, aplicación y circulación de datos de carácter personal. El derecho fundamental garantiza al individuo por principio la facultad de decidir por sí mismo sobre el suministro y uso de sus datos personales. No obstante, el Tribunal permite restricciones al derecho de “autodeterminación informativa”, y con ello también a la recopilación de datos en contra de la voluntad del ciudadano. Esto, sin embargo, solo es admisible en caso de prevalecer un interés general. Además de esto se requiere un fundamento jurídico específico y amplio, que satisfaga el principio de la proporcionalidad.<sup>16</sup> Pero el Tribunal Federal Constitucional exige para la protección del ciudadano medidas efectivas que impidan eventualidades de abuso.<sup>17</sup> Con el propósito de establecer medidas procesales de protección, se consagra la obligación de esclarecer, la de informar y la de extinción como mandato constitucional.<sup>18</sup>

Mediante esta jurisprudencia el Tribunal previene con mucha antelación el riesgo de que se materialice un completo registro y catálogo de datos personales y evita con ello también el peligro de que se disponga de un amplio perfil de datos personales de individuos. Aquel que desconoce habitualmente el tipo de información que recopilan sobre él y en qué lugar lo hacen o en dónde deja huellas puede convertirse —en caso

<sup>13</sup> BVerfGE 111, 10 ss.

<sup>14</sup> BVerfGE 101, 106 ss.

<sup>15</sup> Cf., por ejemplo, BVerfGK (decisión de Cámara del Tribunal Federal Constitucional) 6, 119 y 247; BVerfGK 7, 21, 421, 426, 427; BVerfGK 8, 1 y 4; BVerfGK 9, 340; BVerfGK 10, 295.

<sup>16</sup> BVerfGE 65, 1 ss.

<sup>17</sup> BVerfGE 65, 1 (48).

<sup>18</sup> BVerfGE 65, 1 (46); BVerfG (Tribunal Federal Constitucional), resolución del 10.10.2000, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 2001, 185; BVerfG, resolución del 14.12.2000, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2001, 879 (881).

de una recolección sistemática de datos— en un mero objeto de entidades estatales o de empresas económicas privadas.<sup>19</sup>

Desde la sentencia del año 1983 existe en Alemania una marcada sensibilidad en lo relativo a la protección de datos. La jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional condujo a la aprobación de leyes en materia de protección de datos y a la creación de encargados de la protección de datos con la responsabilidad de controlar el acatamiento de estas leyes. En la economía privada los encargados de protección de datos tienen que supervisar programas de procesamiento de datos y familiarizar al personal que labora en ese campo con la protección de datos. El derecho fundamental y específico a la protección de datos de carácter personal repercute hoy en día en medidas de investigación estatales, como en las requisas de control, con la finalidad de combatir preventivamente el crimen, en el sistema estatal de videovigilancia, en la revisión de documentos confiscados o al tratarse de sistemas estatales de vigilancia programada.

En numerosas sentencias subsecuentes (*Folgeurteil*) el Tribunal Federal Constitucional ha concretado los requisitos constitucionales. En el marco del rastreo policial y preventivo de personas por computador, con el propósito de combatir el terrorismo, el Tribunal exige un pronóstico de riesgo concreto y basado en hechos, y fija límites a las actividades que en el preámbulo —y todavía sin sospecha alguna— realiza la policía.<sup>20</sup> Prohíbe las pruebas secretas de paternidad y exige una regulación legal para los padres, a efecto de determinar la procedencia biológica del niño.<sup>21</sup> El control por computador de las placas de matrículas de automóviles por parte de la policía, sin motivo alguno o a escala nacional, es desproporcionado y por ende inconstitucional.<sup>22</sup>

Penetrar de manera secreta en un sistema técnico-informativo cuyas memorias se pueden revisar, lo que se denomina *revisión online*, solo es constitucionalmente lícito, si existen reales indicios de un peligro concreto para un bien jurídico de excepcional importancia, y el acceso tiene que ser autorizado por un juez.<sup>23</sup>

La protección de datos se encuentra hoy fuertemente arraigada en la conciencia de los ciudadanos y en la práctica del Estado. Todas las entidades públicas y empresas privadas están obligadas a remitirse en la recolección, utilización y procesamiento de datos a las regulaciones legales existentes. Los parámetros implementados por el Tribunal Federal Constitucional a raíz de su sentencia del año 1983, parámetros que cristalizaron en las sentencias subsecuentes (*Folgeentscheidung*), establecieron hasta el día de hoy el manejo con datos de carácter personal, y con ello marcaron la realidad constitucional, más de lo que hubiesen podido materializar medidas singulares emitidas por el Estado respecto de la regulación del manejo con datos.

<sup>19</sup> Cf. Di Fabio, en Maunz y Dürig: *Grundgesetz* ('Ley Fundamental'), artículo 2, § 1, apartado 173.

<sup>20</sup> BVerfGE 115, 320 ss.

<sup>21</sup> BVerfGE 117, 202.

<sup>22</sup> BVerfGE 120, 378 ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 274 ss.

## 2.2. Rama del derecho que regula la organización del Estado

A través de su jurisprudencia el Tribunal Federal Constitucional no solo ejerce incidencia sobre la realidad constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales. En la distribución de competencias, en el funcionamiento y en la configuración de los órganos estatales, el Estado también sigue en el ejercicio de sus prácticas las pautas de la jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal Federal Constitucional permite cláusulas de barrera (umbral electoral) en el derecho electoral, que tienen en cuenta a los pequeños partidos en la regulación del reparto de mandatos (escaños), cuando su aplicación se hace necesaria para asegurar el funcionamiento de una representación popular.<sup>24</sup>

Al inicio del año en curso el Tribunal Federal Constitucional determinó que el uso de computadoras en las elecciones solo es posible en condiciones especiales.<sup>25</sup> Mientras que en las elecciones convencionales con papeletas electorales, y por las condiciones de marco que crean las disposiciones vigentes, se dificulta incurrir en manipulaciones o fraudes electorales, debido al enorme empeño que esto implica y al amplio riesgo de ser descubierto —que a su vez tiene un efecto preventivo—, es muy difícil detectar en los procesos electorales automatizados los errores de programación en el *software* o los fraudes intencionales a través de la manipulación del *software*. El amplio efecto de posibles errores en los aparatos de votación electrónica o de fraudes electorales cometidos intencionalmente impone medidas especiales de prevención, con el fin de garantizar el precepto de carácter público de las elecciones. El elector mismo tiene que estar en condiciones —sin mayores conocimientos de computación— de comprobar si su voto emitido es registrado en forma auténtica en la base del escrutinio o en todo caso como base de un posterior recuento. Si los resultados de la elección se definen mediante un proceso automatizado de los votos almacenados en una memoria electrónica, entonces no basta que solo se pueda conocer el resultado de los procesos de conteo efectuados en el aparato electrónico de votación. Los computadores que se habían utilizado hasta el presente en los procesos electorales en Alemania no cumplieron con los requisitos constitucionales. Por lo tanto, la próxima elección del Bundestag se realizará sin computadores.

La Ley de Partidos Políticos en la República Federal de Alemania y particularmente la financiación de los partidos<sup>26</sup> ha sido ampliamente influenciada por la jurisprudencia, que le permite al Estado dar respaldo financiero a los partidos, pero consiste únicamente en un financiamiento parcial, pues tiene que predominar la financiación propia de los partidos políticos a través de aportes y donaciones de sus miembros o donantes.<sup>27</sup>

En una democracia parlamentaria los derechos de los diputados, la relación entre mayoría del gobierno y oposición y los derechos del parlamento frente al gobierno adquieren una importancia trascendental. A menudo se desplaza la balanza del poder a

<sup>24</sup> BVerfGE 4, 375 ss.; BVerfGE 6, 104 ss.; BVerfGE 82, 322 ss.; BVerfGE 95, 408; BVerfGE 120.

<sup>25</sup> BVerfG, sentencia del 3.3.2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07, en *NJW*, 2009, 21.

<sup>26</sup> Asimismo, BVerfGE 85, 264 ss.

<sup>27</sup> BVerfGE 85, 264 (283).

favor del ejecutivo, en detrimento de la función de manejo político que tiene el parlamento. Por ello no sorprende que precisamente en relación con este tema se acuda reiteradamente al Tribunal Federal Constitucional, que por medio de su jurisprudencia ejerce influencia sobre la distribución de poder en el Estado constitucional. En este contexto se repite el motivo de fortalecer los derechos de las minorías frente a la mayoría de gobierno en el parlamento y también de concederle al parlamento facultades que le permitan cumplir con su función de control frente al ejecutivo.

Sin embargo, la función central que tiene el parlamento en una democracia representativa no implica que todas las decisiones, sin excepción, tengan que estar en manos del parlamento. En razón de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, se ha reconocido hoy en día en la República Federal de Alemania que todas aquellas interrogantes que son de esencial importancia para la comunidad no pueden ser definidas pasando por alto al parlamento.<sup>28</sup> No solo las intervenciones en el campo de la libertad y de la propiedad le competen al legislador parlamentario, sino todas las decisiones importantes, particularmente aquellas que son relevantes para los derechos fundamentales.<sup>29</sup>

El Tribunal Federal Constitucional ha definido en numerosas decisiones las competencias del parlamento frente al gobierno, fortaleciendo con ello los derechos de la representación popular. En este sentido el Tribunal determinó que es requisito para el Gobierno Federal conseguir por principio y anticipadamente la aprobación constitutiva del Bundestag para el envío y la operación de fuerzas armadas.<sup>30</sup> El parlamento posee frente al gobierno amplios derechos a la información, a los que corresponde al gobierno por obligación dar respuesta. Sin embargo, la obligación de informar está sujeta a límites, como por ejemplo, en caso de afectarse lo que está bajo la exclusiva responsabilidad del ejecutivo, o en el evento de que las informaciones conduzcan a una situación de cogobernación frente a decisiones que competen exclusivamente al gobierno.<sup>31</sup>

Incluso frente a hechos que exigen reserva no existe un derecho absoluto de negación de información del gobierno. O bien se toman las medidas correspondientes a proteger el interés de la reserva fundada, o —en caso de no ser posible— el gobierno se ve obligado a dar, conforme la problemática, la debida y exhaustiva razón de la necesidad de reserva, con el fin de que el parlamento pueda cumplir con su función de control.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> BVerfGE 68, 1 (108 ss.).

<sup>29</sup> Brenner, en Isensee y Kirchhof: *Handbuch des Staatsrechts* ('Manual de derecho estatal'), vol. III, 3.ª ed., § 44, apartado 28.

<sup>30</sup> BVerfGE 90, 286 ss.

<sup>31</sup> BVerfGE 110, 199 (214 ss.).

<sup>32</sup> BVerfG, resolución del 1.7.2009, 2 BvE 5/06; BVerfG, resolución del 17.6.2009, 2 BvE 3/07; las dos resoluciones serán publicadas en la recopilación oficial.

### 2.3. Incorporación internacional

Las repercusiones de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional no solo se limitan al propio territorio nacional. A causa de sus extensas competencias y en vista de que la República Federal de Alemania pertenece a organizaciones internacionales y supranacionales, sus sentencias influyen en la cooperación internacional y europea. Debido al hecho de que el Tribunal Federal Constitucional también tiene que tomar decisiones que abordan la integración de las reglas generales del derecho internacional en el derecho alemán, está paralelamente ejerciendo influencia sobre las reglas jurídicas internacionales.

De esta manera el Tribunal en los años pasados consideró las posibles consecuencias de la declaración del estado de emergencia nacional en Argentina,<sup>33</sup> en el marco del derecho internacional. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es únicamente vinculante para los propios órganos del Estado, sus sentencias no dejan de ser relevantes en el ámbito internacional.

La influencia que ejerce la jurisprudencia en instituciones europeas se puede demostrar con base en el ejemplo de la jurisprudencia que aborda la protección de los derechos fundamentales frente a medidas tomadas por la Unión Europea. En una decisión del año 1974 el Tribunal Federal Constitucional se reservó el derecho de verificar el derecho comunitario según los parámetros de la Ley Fundamental, en tanto la Comunidad Europea no formulara un catálogo de derechos fundamentales conforme a la Ley Fundamental. En Alemania aquellas normas del derecho comunitario que no muestren conformidad con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental no podrían llegar a tener efecto en la República Federal de Alemania.<sup>34</sup> El Tribunal de la Comunidad Europea admitió ese reto. A través de múltiples decisiones amplió la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea. Se apoyó en la tradición constitucional que tienen los países de la Unión Europea en común y en la Convención Europea de Derechos Humanos. A través del método de la comparación jurídica valorativa, procedió a elaborar modelos de solución que le parecían adecuados y justos frente a los objetivos del Tratado de la Comunidad. Con la sensación de esta evolución, el Tribunal Federal Constitucional continuó desarrollando su jurisprudencia en 1986. No obstante, no ha renunciado en principio a la pretensión de revisar actas del derecho comunitario en cuanto a su correspondencia con la constitución alemana. El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, logró comprobar, mediante un amplio análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, que en la Unión Europea existe una protección a los derechos fundamentales que en la esencia de su concepción, contenido y modo de acción es equiparable con los estándares de la Ley Fundamental. Frente a este desarrollo el Tribunal Federal Constitucional resolvió no ejercer más su jurisdicción y no seguir valorando el derecho comunitario según los parámetros de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. El Tribunal Federal

<sup>33</sup> BVerfGE 117, 141; BVerfGE 118, 124.

<sup>34</sup> BVerfGE 37, 271 ss.

Constitucional se remite a la relación de cooperación entre el tribunal constitucional nacional y el tribunal europeo y desiste, desde entonces, de revisar el derecho europeo, en tanto se garantice de manera suficiente la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo.<sup>35</sup>

El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, continúa reservándose la facultad de revisar el derecho europeo, en caso de que el Tribunal de las Comunidades Europeas se aparte, en razón de su jurisprudencia, de manera ostensible, grave y persistente —es decir, no solo en el caso particular— del ordenamiento comunitario, al adoptar decisiones frente a los fundamentos que otorgan competencias para una actuación comunitaria y con relación a la protección a los derechos fundamentales en la comunidad.<sup>36</sup>

### 3. Crítica frente al Tribunal Federal Constitucional

Cuando las decisiones judiciales trascienden de manera tan diversa en la realidad constitucional de un Estado, no faltan las críticas y el reproche de detentar competencias indebidas. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional suscita controversias tanto en las ciencias jurídicas como en el ámbito político.

#### 3.1. Crítica científica

Desde tiempos atrás el círculo de científicos y catedráticos en el ámbito del derecho del Estado ha criticado la gran cantidad de competencias y la densidad de control que concentra en su institución el Tribunal Federal Constitucional. De manera particular se reclama que, en términos de separación de poderes, existe el riesgo de que el Tribunal Federal Constitucional se extralimite frente a la legislación y se convierta en el legislador sustituto. En numerosas investigaciones científicas se estudian los límites de la jurisdicción constitucional frente a las indicaciones del ordenamiento de funciones fundamentales y a la protección de los ámbitos de competencias de otros órganos estatales, pero no se han logrado soluciones convincentes, ni en sí consistentes.<sup>37</sup> Se intenta definir los límites de la jurisdicción constitucional partiendo de la posición como Tribunal, de la distinción entre configuración y control, así como del contenido regulatorio de algunos enunciados constitucionales. Junto con propuestas de reformas institucionales, se debate si al Tribunal Federal Constitucional se le deben retirar algunos procedimientos o si se debe cambiar la designación del personal del Tribunal.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> BverfGE 73, 339 ss.; BverfGE 102, 147 ss.

<sup>36</sup> Finalmente, BverfG, sentencia 30.6.2009, 2 BvE (litigios constitucionales entre órganos federales) 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR (recurso de amparo) 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 (Tratado de Lisboa), previstas para publicarse en la recopilación oficial de sentencias.

<sup>37</sup> Voßkuhle, en Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* (Comentario a la Ley Fundamental), vol. 3, 5.<sup>a</sup> ed., 2005, artículo 93, apartado 35; Schlaich y Koriath: *Das Bundesverfassungsgericht* (El Tribunal Federal Constitucional), 7.<sup>a</sup> ed., pp. 279 ss.

<sup>38</sup> Resumiendo: "Wahl" (Elección), en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (Escrito Conmemorativo 50 Años del Tribunal Federal Constitucional), vol. 1, pp. 461 ss.

No obstante, la mayoría de los científicos en el ámbito del derecho público se opone a una reforma fundamental de la situación actual del derecho, argumentando, que las propuestas de reforma repetidas veces contienen considerables desventajas o escasamente superan el statu quo. A ello contribuye también que la ciencia y los catedráticos en derecho público mantienen un diálogo permanente e intenso con el Tribunal Constitucional.<sup>39</sup> Ilustres catedráticos, eminentes en derecho público, han participado desde tiempos atrás en los procesos jurídico-constitucionales como representantes procesales y siempre ha habido notables jueces que proceden del área de la docencia del derecho público. El Tribunal incluye en sus decisiones las reflexiones procedentes de la cátedra del derecho público y en sus sentencias analiza en profundidad sus argumentos. Este diálogo es imprescindible para fundamentar científicamente las sentencias. Con ello el Tribunal Federal Constitucional sabe con certeza que cuenta con el seguimiento crítico de la ciencia y la doctrina del derecho público de la República Federal de Alemania.

### 3.2. Tensiones entre el derecho y la política

Además de la crítica fundada en la ciencia, existen múltiples conflictos entre la Corte Federal Constitucional y la dirigencia política.<sup>40</sup> La relación de tensión entre la jurisdicción constitucional y la política se remonta a la creación de la propia Corte. Reiteradamente aparece el reproche de que la Corte Constitucional Federal está deprimiendo en los campos de la política. Desde entonces, aquellos que critican al Tribunal están convencidos de que el activismo judicial se acrecienta de manera conminante, que la Corte Constitucional Federal excede sus competencias y restringe desmesuradamente el espacio de configuración de la política.

Se habla del “Consejo de los Dioses de Karlsruhe”, del “Suprlegislador” o del “Guardián moral de la Nación”, y entretanto se ha precisado la exigencia de revisar la fidelidad constitucional de los magistrados de Karlsruhe. Los primeros años de actividad de la Corte Constitucional Federal ya se habían caracterizado por fuertes discrepancias entre la política y el Tribunal. El entonces ministro de Justicia atacaba de manera inusualmente fuerte al Tribunal. Le reprochaba que con sus decisiones se había apartado de manera aterradora del camino del derecho, causando por ello una crisis severa;<sup>41</sup> que por un gremio como ese no se podía admitir que Alemania se viniera míseramente abajo. Sus insultos eran manifestación explosiva de la profunda crisis entre el Gobierno Federal de aquel entonces y el Tribunal Constitucional Federal. No obstante, finalmente al ministro de Justicia sus arremetidas le costaron su cargo.

<sup>39</sup> Véase Oppermann, en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht* (‘Escrito Conmemorativo 50 Años del Tribunal Federal Constitucional’), vol. 1, pp. 421 ss.

<sup>40</sup> Instructivo: Häußler: *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung* (‘El conflicto entre el Tribunal Federal Constitucional y la dirigencia política’), 1993.

<sup>41</sup> Baring: *Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie* (‘Política Exterior en la democracia de Adenauer como Canciller’), pp. 251 ss.

Hasta el día de hoy las sentencias del Tribunal dan lugar a fuertes reacciones políticas. En el ámbito del derecho tributario se le reprocha a la Corte llevar a cabo una política fiscal de corte neoliberal.<sup>42</sup> Hace dos años los políticos le reprobaron poner al Gobierno Federal en estado de indefensión frente a ataques terroristas, si llegase a aprobar la prohibición de derribar aviones, que probablemente pudieran transportar terroristas, siempre y cuando se vieran afectados<sup>43</sup> seres humanos ajenos a los delitos a bordo de la nave. En lo que va del año muchos políticos y lobbistas reniegan del Tribunal Federal Constitucional por haber exhortado al Parlamento alemán a una mayor participación en los asuntos jurídicos europeos y por haber autorizado una integración de la República Federal de Alemania en la Unión Europea solo bajo la condición de que el Estado alemán disponga de suficiente espacio para la configuración política de las condiciones de vida en términos económicos, culturales y sociales.<sup>44</sup> Nuevamente se le reprocha al Tribunal hacer política, estar lejos de la realidad y que su único propósito es asegurar su propia pretensión de poder.

#### 4. Acatamiento de las decisiones proferidas por el Tribunal Federal Constitucional

Este escenario da lugar a dos preguntas: Por un lado hay que aclarar por qué una Corte Constitucional está provista de facultades que le permiten controlar al legislador, al gobierno pero también al resto de la jurisdicción y revisar sus medidas en cuanto a su constitucionalidad. Seguidamente surge la interrogante de por qué las decisiones de la Corte Constitucional Federal —a pesar de toda crítica— tienen que ser cumplidas y su posición y renombre en Alemania continúan intachables.

##### 4.1. Legitimación

Debido a que la Constitución es definitiva para cualquier actividad pública, todo poder estatal se ve sometido al control de la jurisdicción constitucional. A través de la jurisdicción constitucional no solamente se somete la administración, sino también el legislador y el gobierno al control de la constitucionalidad de sus quehaceres. Las decisiones de la Corte Constitucional le señalan al legislador cuáles son los límites de su poder de configuración política. El Tribunal Constitucional le fija al Parlamento el marco de su labor legislativa. En este contexto el Tribunal Constitucional puede

<sup>42</sup> Köppe: “Neoliberale Steuerrechtslehre und Bundesverfassungsgericht” (‘Doctrina neoliberal del derecho tributario y Tribunal Federal Constitucional’), en *Kritik*, 1999, p. 15 ss.

<sup>43</sup> Cf. sentencia del Tribunal Federal Constitucional relativa a la Ley de Seguridad Aérea: BverfGE (Decisión del Tribunal Federal Constitucional) 115, 118 ss.

<sup>44</sup> Cf. BverfG (Tribunal Federal Constitucional), sentencia del 30.6.2009, 2 BvE (Litigios constitucionales entre órganos federales) 2/08, 2 BvE (Litigios constitucionales entre órganos federales) 5/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1010/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1022/08, 2 BvR (Recurso de amparo) 1259/08, 2 BvR 182/09 (Tratado de Lisboa), para publicado en la recopilación oficial de sentencias.

declarar la inconstitucionalidad de leyes, aun si estas han sido aprobadas por un parlamento elegido democráticamente por abrumadora mayoría o hasta por unanimidad.

¿Por qué se le concede a un Tribunal Constitucional ese poder? Este tema ya había sido abordado durante la Asamblea Constituyente de la constitución alemana. Un renombrado parlamentario alemán —Carl Schmid— había señalado que el problema del poder de disposición de los tribunales sobre los órganos estatales conduce a la esencia de la concepción del Estado, y es la diferencia entre Estado de poder y Estado de derecho. Otros participantes indicaban que, o se reconoce el derecho como el fundamento de la comunidad humana, en ese caso provisto con todas las garantías necesarias para su puesta en práctica, o se lanza la conveniencia política como principio supremo, lo que a su vez conduciría nuevamente hacia los peligrosos dogmas fundamentales de la época pasada.<sup>45</sup> Bajo el impacto de la historia alemana, los creadores de la Ley Fundamental estaban llamados a formular los derechos humanos y los derechos a la libertad no solamente como derechos subjetivos tutelables. Ellos, de manera expresa, vincularon la legislación, la administración y la jurisprudencia directamente a la constitución.

Con una amplia jurisdicción constitucional se ayuda al Estado de derecho a consagrar su reconocimiento. De esta manera se evita, a conciencia, dejar a la libre disposición del legislador los contenidos de una constitución. En la controversia por el derecho conforme la constitución no debe imponerse la mayoría, sino que un órgano constitucional en independencia judicial debe tomar la decisión. Del fundamento de la democracia parlamentaria no se deduce un monismo de poderes, y no existe una primacía amplia del parlamento frente a los otros poderes, sino un principio que se superpone a todas las asignaciones concretas de competencias contenidas en la constitución. Cuando se trata de legalidad o ilegalidad frente a la constitución, el tribunal constitucional es más fuerte que el legislador. El Estado de derecho democrático no convierte la jurisdicción constitucional en prescindible; todo lo contrario: la requiere.

Desde que los tribunales constitucionales tienen que revisar las leyes en cuanto a su constitucionalidad, se le puso fin al absolutismo parlamentario. Es el mismo legislador el que tiene que poner la mayor atención en el acatamiento de la constitucionalidad de su procedimiento. La creación de una jurisdicción constitucional de esta índole conduce inevitable e intencionalmente a restricciones en la libertad del actuar político del legislativo y del ejecutivo. El legislativo, el ejecutivo y también la jurisdicción normal tienen que aceptar que la jurisdicción constitucional los corrija a ellos en nombre de la constitución, por razón de que a ella le corresponde, en caso de litigio y para el objeto del litigio, la decisión del litigio y la interpretación vinculante del derecho constitucional.

## 4.2. Aprobación

Aun si desde el enfoque teórico-constitucional y jurídico-constitucional exponemos la razón por la cual el Tribunal Constitucional tiene la facultad de fijarles límites a los

<sup>45</sup> Palabras del diputado Süsterhenn, durante la segunda sesión del Consejo Parlamentario, el 8.9.1949. Informe taquigráfico del Consejo Parlamentario, 25.

otros órganos constitucionales y por la cual sus decisiones no solo son vinculantes para el ciudadano individual sino también para el parlamento y el gobierno, esto no explica por qué las decisiones del Tribunal Federal Constitucional hasta el día de hoy se consideran vinculantes para todos los órganos y todos los frentes políticos, ni la razón por la cual la realidad constitucional se define en parte más por la jurisdicción del Tribunal que por los órganos políticamente responsables.

En este contexto el punto de partida para el Tribunal Federal Constitucional no es tan beneficioso, aunque, según la ley relativa al Tribunal Federal Constitucional, las decisiones del Tribunal son vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*, así como para todos los tribunales y entidades. A esto se le suma que en determinados casos las decisiones del Tribunal adquieren fuerza legislativa.

No obstante, el Tribunal no dispone ni de órganos de ejecución forzosa ni de otros medios para imponer sus decisiones frente a los otros órganos estatales, en caso de que estas no sean acatadas. En los *Federalist Papers* Alexander Hamilton precisaba que el Poder Judicial no podía hacer uso ni de la “espada” ni del “bolsillo”,<sup>46</sup> a diferencia del Ejecutivo y el Legislativo, ni aplicar fuerza de constreñimiento, ni ejercer influencia a través del poder presupuestario e impedir actuaciones.<sup>47</sup> Al Tribunal se le dificultaría defenderse, en caso de que el legislador llegase a limitar de manera considerable la jurisdicción constitucional y sus competencias por medio de una ley o al no dotarlo con los recursos necesarios para llevar a cabo sus funciones.

A pesar de que el respaldo jurídico y legal es comparativamente débil, no existe actualmente el riesgo de que las decisiones del Tribunal Federal Constitucional no sean reconocidas o implementadas. Esto se debe a varios factores.

#### 4.2.1. Respaldo de la población

Ante todo el Tribunal goza de una extraordinaria confianza de la población. Desde sus inicios el pueblo alemán ha depositado gran confianza en el Tribunal. Desde hace muchos años las encuestas señalan que el nivel de confianza del que goza el Tribunal supera el brindado a casi todo el resto de las instituciones estatales. Un estudio realizado en marzo del 2009, con el propósito de dilucidar el tema de la confianza frente a las instituciones políticas, reveló que el Tribunal Federal Constitucional ocupa con gran ventaja el primer puesto. El 76% de todos los alemanes tienen gran confianza en el Tribunal Federal Constitucional. El Bundestag y el Gobierno Federal escasamente alcanzaron un 50% de los votos de los encuestados y la confianza de la población frente a los medios, a las asociaciones patronales y los partidos políticos no llegó al 30%.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Hamilton, Madison y Jay: *Federalist Papers* n.º 78; Rossiter: *The Federalist Pauperised*, Nueva York, 1961, p. 465.

<sup>47</sup> Vorländer: “Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts” (“El poder de la interpretación del Tribunal Federal Constitucional”), en van Ooyen y Möllers: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (“El Tribunal Federal Constitucional en el sistema político”), 2006, p. 18.

<sup>48</sup> Comunicado de prensa de Infratest-Dimap, 18 de marzo de 2009.

### 4.2.2. *Competencias del Tribunal Federal Constitucional*

El gran y sin igual volumen de competencias a cargo del Tribunal Federal Constitucional fue uno de los factores que condujeron de manera notable a su aceptación. El recurso de amparo fortalece de manera especial la posición del Tribunal. El recurso de amparo o tutela se convierte en la “senda del rey” para acceder al Tribunal Federal Constitucional.<sup>49</sup> A través de este recurso legal cualquier persona puede acudir al Tribunal Federal Constitucional en busca de protección, en caso de que se sienta afectado en uno de sus derechos fundamentales a consecuencia de actos protagonizados por el poder estatal. Ese recurso de amparo o tutela le permite al ciudadano defenderse eficazmente frente a actos arbitrarios del Estado. Gracias al espíritu de contradicción de muchos ciudadanos y al hecho de estar a la expectativa, el Tribunal Federal Constitucional puede actuar como guardián de los derechos fundamentales individuales. A este instrumento legal se le debe en gran medida el respaldo otorgado al Tribunal Constitucional, porque el recurso de amparo le abre el espacio al ciudadano común —sin necesidad de ningún apoyo profesional y eventualmente tan solo con un escrito a mano— de interponer su tutela y así experimentar que la Constitución y el Tribunal Federal Constitucional protegen sus derechos. Es poco común no leer un día en la prensa sobre una decisión de la Corte Federal Constitucional que se refiera a un recurso de amparo contra decisiones judiciales, sin importar si la decisión fue favorable o desfavorable para el recurrente. Desde la creación del Tribunal Federal Constitucional se han interpuesto más de 170.000 recursos de amparo y cada año se suman más de 6.000 nuevos procesos. De esta manera la institución del recurso de amparo ha brindado un importante aporte para que la Constitución y el Tribunal Federal Constitucional se hayan arraigado en la conciencia pública como instituciones positivas, importantes para el ciudadano, y su menosprecio no encuentre respaldo en la opinión pública.

### 4.2.3. *Conformidad con la justicia*

Otro motivo de la influencia del Tribunal Federal Constitucional radica en que en su condición de Tribunal interpreta la Constitución de manera autoritativa y no toma decisiones políticas a través de un proceso público deliberativo.

El Tribunal Federal Constitucional es en primera instancia un tribunal, y por ello hace parte del poder judicial. Aunque el Tribunal Federal Constitucional profiere sentencias relativas a controversias de contenido altamente político, institucionalmente sigue siendo un tribunal. Jurisdicción sobre materia política no es equivalente a

<sup>49</sup> Häberle: “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen. Verfassungsgerichtsbarkeit” (‘El recurso de amparo en el sistema de la jurisdicción constitucional a nivel de Federación’), en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (‘Anuario del Derecho Público’), vol. 45, 1997, 89 (112).

jurisdicción política.<sup>50</sup> La jurisdicción constitucional interpreta la Constitución, siguiendo el modo y el método judicial de resolver un litigio.

La forma jurídica de tomar una decisión contribuye a la aceptación del Tribunal Federal Constitucional. En general el Tribunal no se conforma con una breve explicación apodíctica frente al resultado hallado, sino que trata de ser convincente mediante una argumentación consistente y transparente. Intenta convencer con pericia, con seriedad de conocimiento y precisión argumentativa. Adicionalmente les ofrece a los órganos constitucionales —cuando se trata de decisiones importantes— la oportunidad de participar en el proceso con posicionamientos propios. En procesos con gran impacto, el Tribunal incluye —dentro de lo posible— a aquellos grupos de intereses y asociaciones que se ven ampliamente afectados.

#### 4.2.4. *Espacio de configuración del legislador*

El Tribunal perdería la aceptación y la influencia que tiene frente a la interpretación de la Constitución al no mostrar discreción concerniente a asuntos políticos y al no respetar el espacio de configuración de los otros órganos constitucionales.

Probablemente el desvelo por la Constitución demande del Tribunal una intervención decidida. El precepto de la discreción judicial frente a asuntos políticos, que se impone el mismo Tribunal Federal Constitucional, no denota una disminución o un debilitamiento de sus competencias, sino la abstención de “hacer política”, es decir, abstenerse de intervenir en aquellos espacios de la política que son de libre configuración, creados y ceñidos por la Constitución. El espacio de libre configuración política que garantiza la Constitución para los demás órganos constitucionales tiene que conservarse.<sup>51</sup>

Por ello el Tribunal Federal Constitucional recalca constantemente en su jurisprudencia que no es asunto del Tribunal revisar en cuanto a su conveniencia una solución establecida por el legislador, o verificar si el resultado es el más razonable o el más justo. En principio al legislador le compete un amplio espacio de configuración.<sup>52</sup> No es función del Tribunal Constitucional revisar si el legislador, cuya legitimación es directamente democrática, ha hallado la regulación más justa y más apropiada; en principio le corresponde al mismo legislador concretar modalidad, dimensión y momento de cumplir con las funciones estatales.<sup>53</sup>

Aunque en este contexto también puede ocurrir que el Tribunal se extralimite. En este caso no es suficiente dirigirle al Tribunal Constitucional un reproche en términos generales, aludiendo que su decisión ha sido de índole política. En este caso se

<sup>50</sup> Stern, en *Bonner Kommentar zum GG* (‘Comentario de Bonn relativo a la Ley Fundamental’), artículo 93, apartado 48.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> BVerfGE 71, 66 (77); BVerfGE 73, 301 (315); BVerfGE 81, 156 (205); BVerfGE 91, 346 (363); BVerfGE 94, 166 (200); BVerfGE 95, 267 (317); BVerfGE 98, 169 (204); BVerfGE 99, 341 (352); BVerfGE 99, 367 (396).

<sup>53</sup> Voßkuhle, en v. Mangoldt, Klein y Starck: *GG-Kommentar* (‘Comentario a la Ley Fundamental’), vol. 3, 5.<sup>a</sup> ed., 2005, artículo 93, apartado 43.

requiere más bien una discusión argumentativa, en la que se exponen las razones que condujeron a la decisión. Los que expresaron su crítica deben formular las razones por las que el Tribunal, de manera impropia, ha interferido en el espacio de configuración, propio de la política.

#### 4.2.5. *Efecto de integración*

Finalmente, ha habido otra causa que también ha contribuido a la efectividad de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, y es el que haya logrado que lo perciban como factor de integración, si bien la función de un tribunal constitucional no consiste en fomentar el consenso dentro de una sociedad, sino en la interpretación e implementación de la Constitución.<sup>54</sup> Esto puede conducir a la aprobación o al rechazo del Tribunal. No obstante, hasta el presente el Tribunal ha logrado repetidamente —a través de sus decisiones— actuar con efecto pacificador, en el sentido de conservar y fortalecer el consenso básico en la sociedad.<sup>55</sup> Probablemente esto también se deba a que el Tribunal por principio propende a la consonancia y al equilibrio.<sup>56</sup> Cuando acontecen controversias estatales de índole jurídico-organizativa, a menudo las dos partes se sienten vencedoras, en razón de que el Tribunal establece acuerdos que políticamente no se dieron por falta de tenacidad. Tanto el parlamento como el gobierno agradecen reiteradamente cuando el Tribunal Federal Constitucional adopta sus problemas o da impulso a una legislación que hasta el presente había fracasado. Frente a los demás órganos constitucionales, que muchas veces están incorporados en el sistema gubernamental parlamentario y que son interdependientes, el Tribunal Constitucional exhibe una capacidad decisoria superior.

#### 4.2.6. *Característica de la constitución*

El éxito de la Ley Fundamental y la aceptación del Tribunal Federal Constitucional se deben finalmente también al hecho de que la Ley Fundamental haya permanecido sin alteración en lo relativo a decisiones fundamentales. La Ley Fundamental contiene una Constitución núcleo que genera estabilidad, razón del éxito incesante de la Constitución alemana.<sup>57</sup> A pesar de que la Ley Fundamental ha sido en parte sometida a amplias revisiones y modificaciones, la continuidad se ha conservado. Los derechos fundamentales han sido sujeto de insignificantes modificaciones. Las instituciones y los fundamentos de la democracia parlamentaria han permanecido intactos. Las regulaciones sustanciales de la Constitución que rigen hoy en día para el Estado y los ciudadanos son las mismas de la Ley Fundamental de 1949. Probablemente esto se

<sup>54</sup> Así Dieter Grimm, en una entrevista con la redacción de la *Süddeutsche Zeitung* del 9.12.1995.

<sup>55</sup> Benda, *DöV* ('La Administración Pública') 1983, p. 305 (307).

<sup>56</sup> Schlaich y Koriath: *Das Bundesverfassungsgericht* ('El Tribunal Federal Constitucional'), 7.<sup>a</sup> ed., p. 303, apartado 549, con otras pruebas.

<sup>57</sup> Oppermann, en *JZ* 2009, 481 (482).

deba a que el artículo 79, párrafo 3, de la Ley Fundamental, la denominada “garantía de perpetuidad”, descarta una modificación fundamental de la Constitución.

Una constitución tiene la función de fijar los contenidos esenciales del ordenamiento fundamental del Estado. Si una constitución se convierte en el instrumento de consecución de propósitos políticos coyunturales, pierde su carácter de ordenamiento fundamental. Ella se convierte en campo de entrenamiento de un accionismo político, comprometido con el instante, razón por la cual es importante que una constitución perdure en su esencia. Esto no excluye modificaciones imperiosas debido a cambios de las condiciones sociales. Pero el fundamento de un Estado no puede ser transformado constantemente y con ello conmocionado.

## 5. Final

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania se redactó en los tiempos arduos posteriores a la Segunda Guerra Mundial; inicialmente se había formulado con carácter provisional y se ha convertido en fundamento estable del Estado democrático de derecho. El Tribunal Federal Constitucional participó desde un principio como vigilante y guardián de la Ley Fundamental en la implementación de la Ley Fundamental. Tras los tiempos de vacío jurídico, el Tribunal procedió inicialmente con cautela y luego fue desplegando de manera cada vez más efectiva los derechos fundamentales y fue conciliando las controversias políticas entre los órganos constitucionales. La Constitución logra hoy en día su vigencia, en la medida en que el Tribunal Federal Constitucional la conduce hacia su validez. Es así como la realidad constitucional es definida considerablemente por la jurisprudencia. La gran eficacia de este Tribunal se debe —sin tener en cuenta las críticas frente a algunas decisiones— al gran renombre, a la confianza que en él deposita la población y a su capacidad de integrar. De mi parte les deseo a las demás cortes constitucionales que de igual manera reciban la aprobación de los ciudadanos de sus países, con el fin de así tener la posibilidad de participar activamente en la configuración de la realidad constitucional en sus países.