

# UN BREVE COMENTARIO EN TORNO AL MOMENTO ACTUAL DE OPINION SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMAN (\*)

MARC TARRES VIVES

## I

El libro del profesor Wesel, catedrático de Historia del Derecho y Derecho civil en la Universidad Libre de Berlín, tiene la virtualidad de captar la atención por su título. Como él mismo se encarga de recordar, la célebre expresión «Hüter der Verfassung» (defensor de la Constitución) fue formulada por Carl Schmitt en tiempos de la República de Weimar (1), siendo actualmente un concepto usualmente aplicado para definir la situación jurídica del Tribunal Constitucional.

Ciertamente, acaban en el título las semejanzas con aquella obra generadora de una de las más brillantes, fecundas y permanentes polémicas jurídicas del presente siglo (2). Sin embargo, la lectura del libro sirve para divisar el momento actual del Tribunal Constitucional alemán. El objetivo del autor no es otro que relatar de manera llana —y no exenta de cierta toma de posición— la historia de quien es hoy el máximo custodio de la Constitución alemana: el Tri-

---

(\*) A propósito del libro de UWE WESEL: *Die Hüter der Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht: seine Geschichte, seine Leistungen und seine Krisen*, Eichborn, Francfort del Maine, 1996, 76 págs.

(1) CARL SCHMITT: «Der Hüter der Verfassung», *AöR*, 1929, texto «elaborado y ampliado» en «Der Hüter der Verfassung», *Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, 1931. Traducción española de M. Sánchez Sarto, reeditada en Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

(2) Véase HANS KELSEN: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de R. J. Brie, así como el estudio preliminar de G. Gasió, en Ed. Tecnos, Madrid, 1995; también de interés el prólogo que a la edición española de la obra citada de C. Schmitt realiza P. de Vega García; asimismo, el estudio de C. M. HERRERA: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *REP*, 86, 1994, págs. 195-227.

bunal Constitucional. Dudas no caben, la autoridad (3) que ostenta el *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) en Alemania es —o era al menos hasta el 10 de agosto de 1995, fecha de la publicación del llamado *Kruzifix-Beschluß* («Sentencia del Crucifijo») (4)— indiscutida. Y, en buena medida, podemos decir que el arraigo y respeto mismo de la *Grundgesetz* (GG) —a pesar de sus peculiares condiciones de nacimiento (5)— se deben en muy buena medida a esa tarea: por un lado, de cimentación, clarificación y fortalecimiento (*Grundlegung, Klärung und Festigung*) (6), y por otro y paralelamente, de desarrollo del *Wertsystem* (sistema de valores) —en lo que atañe no sólo a derechos fundamentales, sino también al principio de Estado social y de derecho (pág. 28)—, que, a través de una «valiente comprensión de la Constitución» (7), ha venido realizando el mencionado Tribunal a lo largo de sus cuarenta y cinco años de existencia. Todo ello en atención, como ha dicho Hans Hattenhauer, al establecimiento pleno de una sociedad democrática (8). Ilustró, por ejemplo, esta tendencia del Tribunal en sus inicios el reconocimiento del principio de consenso familiar frente al tradicional del voto del padre de familia (BVerfGE 10.59, *Stichentscheid des Vaters* [1959], págs. 33 y sigs.), sentencia que Wesel incluye en su lista —a modo de *ranking*— sobre las cincuenta más importantes.

(3) Para K. SCHLAICH: «El BVerfG tiene una autoridad de una alta e inequívoca medida —pero también sólo— en razón de la *autoridad de la Constitución* y de la protección hecha en el papel de un Tribunal que participa, en todo caso, no de manera parcial, esporádica o rezagante, en la dirección del Estado», *Das Bundesverfassungsgericht*, 2.ª ed., Beck, Munich, 1991, págs. 26 y 290-292.

(4) Así lo podemos decir a tenor de lo que ha manifestado recientemente uno de sus anteriores y prestigiosos miembros, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «El BVerfG —ésta es mi convicción, la cual desde el pasado otoño me ha importunado y, no para mi alegría, se ha consolidado— ya no es hoy lo que era hasta el 10 de agosto de 1995» («Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *ZRP*, 8, 1996, pág. 281; publicado también en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 24-V-1996).

(5) Ello no ha sido óbice a que incluso tras la reunificación alemana, y con las oportunas modificaciones, la misma Ley Fundamental, pese a su naturaleza provisional, se haya mantenido como texto constitucional de Alemania. Véase J. COTARELO GARCÍA: «Problemas constitucionales de la reunificación alemana», en *RDJ*, 40, UNED, 1995, págs. 29-55.

(6) Véase R. SMEND: «Festvortrag zur Feier des Zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26 Januar 1962», en P. HÄBERLE (dir): *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pág. 332; cit. por E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 194.

(7) Véase E.-W. BÖCKENFÖRDE: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Suhrkamp, Francfort del Maine, 1991, pág. 50.

(8) H. HATTENHAUER: *Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1981, págs. 381-394.

Prueba, asimismo, y de manera ejemplificativa, este reconocimiento de los magistrados constitucionales la elección de uno de ellos, Roman Herzog —anterior presidente del BVerfG—, como presidente de la República Federal en el año 1994, sin que su pública vinculación política anterior con la CDU (actual partido en el gobierno federal) fuera un obstáculo que evitara el necesario consenso político en la decisión.

Este juicio positivo de la opinión pública hacia el alto Tribunal —sólo superado en el caso del otro «gran guardián» que es, en lo económico, el *Bundesbank*— no obsta a que, en momentos puntuales —como un viejo volcán al que se cree extinto (9)—, aparezcan críticas a su actuación (10) y al mismo procedimiento para la elección de sus componentes. Estas críticas, jurídicas y políticas —encontradas las primeras y de especial virulencia las últimas—, han aparecido en la República Federal en estos últimos tiempos; singularmente, tras la mencionada y conocida resolución sobre la presencia de crucifijos en las aulas escolares, dictada por la Sala I el 16 de mayo de 1995 (*NJW* 95.2477) (11). Así, se ha motivado un inusitado interés público en todo aquello que atañe al Tribunal.

Y es que el libro parece haber sido escrito para tomar parte en ese raudal de publicaciones —básicamente artículos, aunque no ha faltado casualmente, y con cierta nota de humor, una novela policíaca que tiene como escenario el mismo Tribunal (12)— vertidas en estos últimos tiempos —y en todos los sentidos— sobre el BVerfG.

---

(9) La expresión está tomada de García de Enterría y referida a la polémica sobre la justicia constitucional, que «... tanto en Europa como en América se enciende de nuevo periódicamente (como un viejo volcán al que se cree extinto y que reanuda inesperadamente su actividad —y su desolación—) con una asombrosa capacidad de permanencia, cada vez que surge algún *judicial activism*, o inversamente, un eventual desfallecimiento, de los respectivos Tribunales Constitucionales». La cita sería bien ejemplificativa, por el primer efecto, de lo que parece acontecer en Alemania. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica...», cit., pág. 157.

(10) Véase, por ejemplo, P. HÄBERLE: «Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft», en *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Athenäum Verlag, 1980, págs. 59-79.

(11) Se trata de un auto del Tribunal Constitucional. Puede encontrarse también en BVerfGE 93.1.

(12) *Leichen im Keller des Bundesverfassungsgerichts* («Cadáveres en el sótano del Tribunal Constitucional») se titula la novela publicada, bajo el seudónimo de Hendrik Hiwi, en Verlag Nomos, como homenaje, por parte de sus antiguos colaboradores, al recientemente retirado magistrado, y anterior vicepresidente de la Sala (1.ª), Johann Friederich Henschel (FDP). Aclaremos que «Hiwi» es el apodo con el que se conoce a los asistentes de los magistrados constitucionales. Dichos colaboradores acostumbran a ser jueces que gozan de excedencia en el período que dura su colaboración en el BVerfG.

El estilo del autor —lejano a las no ciertamente fáciles construcciones y expresiones a que son dados los juristas alemanes— está escrito para la mayor divulgación posible, claramente dirigido a lectores profanos, pero interesados en temas jurídicos. No debe ser ajeno a ello la regular colaboración de Wesel en el reputado semanario *Die Zeit*, así como la publicación de obras tan ilustrativas como *Fast alles, was Recht ist. Jura für Nicht-Juristen* («Casi todo lo que es Derecho. Derecho para no juristas») —con sucesivas reediciones desde 1992 y de la cual el libro que comentamos toma buena parte de uno de sus capítulos— o llamativas por su título como *Ein Staat vor Gericht* («Un Estado ante el Tribunal»), donde el autor narra su participación como observador en el proceso contra el antiguo dirigente de la Alemania oriental Erik Honecker (13).

Wesel realiza una doble tarea en el libro, una de carácter descriptiva sobre la composición y funciones del Tribunal y otra, «más política», en la que traza su historia a través de sus más importantes decisiones y las repercusiones políticas que han tenido. Conflictos que describe especialmente en los períodos de gobierno de la coalición CDU-CSU, mientras que el gobierno de la coalición liberal-socialdemócrata (1969-1982) es descrito como de relativa tranquilidad (14), a pesar de que en esta última etapa el Tribunal fallara sistemáticamente contra el Gobierno federal. Finalmente, destaquemos, y lo podemos decir claramente porque así es como se hace, el autor no desaprovecha ocasión para lanzar alguna que otra puya contra la *Staatsrechtslehre*, esto es, los profesores de Teoría del Estado.

## II

Vayamos, pues, por partes. El inicio no puede resultar más expresivo; frente a la suntuosidad del Tribunal del *Marbel Palace* americano, Wesel antepone la austeridad del Tribunal sito en Karlsruhe (15). No falta, por supuesto, una referencia a los orígenes, al conocido caso *Marbury v. Madison*, reprodu-

(13) Todas ellas publicadas por la misma editorial Eichborn.

(14) Puede verse sobre los diferentes conflictos entre Bonn y Karlsruhe en las eras Adenauer y liberal-socialdemócrata (Brandt y Schmidt) el libro de R. HÄUBLER: *Der Konflikt zwischen BVerfG und politischer Führung. Ein Beitrag zu Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, especialmente págs. 22-74. Ciertamente, el período social-liberal destaca, al igual que la era Adenauer, por la aparición de disputas entre políticos y magistrados; así, por ejemplo, la que mantuvieron el canciller Schmidt y el entonces presidente del Tribunal Ernst Benda.

(15) Por si es de interés, diremos que la dirección del BVerfG es Schloßbezirk, 3. 76131 Karlsruhe.

ciéndose parcialmente la célebre sentencia del juez John Marshall (16). A partir de ahí, el autor describe el BVerfG actual y los hechos más destacables que han ido afectando a su posición y composición.

En lo que respecta al número de magistrados, la duración en el cargo y al sistema de elección, hay que decir que han variado sucesivamente a lo largo de estos casi cincuenta años. *Importante fue la modificación que se operó en sus mismos inicios a raíz de la polémica sobre el rearme alemán (1952-1953), al cual puso un serio obstáculo la Sala I (der rote Senat, según expresión de Adenauer) (17). Dicha confrontación, o mejor dicho, esta no esperada actuación del Tribunal, provocó una reforma en cuanto a su composición. En dos plazos (1956 y 1963) se redujo de doce a ocho el número de magistrados por Sala, consiguiéndose así un Tribunal más proclive a la mayoría gubernamental. Digamos que ese inicial período de vida del BVerfG fue también extraordinariamente intenso: por un lado, en la definición del Tribunal como órgano constitucional con la voluntad de diferenciarse de los otros Tribunales; por otro, en la adopción de importantes decisiones como fue la prohibición del partido comunista.*

Actualmente, según el artículo 2 de la Ley del Tribunal (BVerfGG), éste se compone de dos Salas: el presidente de una es el del Tribunal y el de la otra es el vicepresidente. Conforme al artículo 94 GG, el Tribunal se compone de jueces federales y «otros miembros», siendo elegidos por mitades entre el *Bundestag* y el *Bundesrat*. La primera cuestión que se suscitó fue la de quién podía ser magistrado constitucional. Se optó por una solución salomónica —que en nada contraviene al mencionado artículo— entre lo que pretendía la CDU y lo que proponía el SPD (así, tres de los ocho magistrados deben haber sido jueces federales y para el resto es «sólo» necesario contar con una formación jurídica universitaria [*Assessorexamen*]). El período de

---

(16) No tiene sentido que nos refiramos aquí a esta célebre sentencia «de significación universal», como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA al comentarla en su reciente monografía *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 161-163. Puede verse, asimismo, el comentario que al caso realiza R. L. BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de la constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, 1994, págs. 153-160. Véase también el ilustrativo e interesante artículo de G. ROBBERS: «Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *JuS*, 1990, págs. 257-263.

(17) Los dictámenes del Tribunal fueron repetidamente contrarios al deseo del Gobierno Adenauer de firmar con Francia el Tratado para la Comunidad Europea de Defensa. Tras la victoria electoral de la coalición gubernamental en otoño de 1953 (63,8 por 100 de votos), se procedió a una modificación de la GG (26-III-54) que posibilitó la firma de dicho Tratado el 30 de marzo de 1954.

mandato es de doce años, con la limitación de los sesenta y ocho años de edad (18). La posibilidad de una posterior nueva elección está cerrada (art. 4 BVerfGG) con la finalidad de asegurar su independencia (Schlaich) (19). Presidente y vicepresidente son elegidos por cada uno de los órganos de elección (Bundestag y Bundesrat) (20). Cabe señalar que también en lo que atañe al plazo de duración en el cargo se ha suscitado una leve polémica en atención a la reciente renovación, totalmente fuera de plazo, de los magistrados Böckenförde y Klein (21). Sucintamente, diremos que la presidenta de la Sala II, y a la vez del Tribunal, Jutta Limbach pidió, con el acuerdo de todos los miembros de la Sala, la conveniencia de retrasar el nombramiento de los nuevos magistrados hasta que no hubieran sido hechas públicas las sentencias sobre el procedimiento de derecho de asilo (NVwZ, 1996, págs. 678, 691 y 700) (22).

En cuanto a su elección, tal como hemos dicho, corresponde por mitades al *Bundestag* y al *Bundesrat*. Sin embargo, los magistrados que corresponden al Bundestag (dos jueces y «otro miembro» por Sala) (23) son elegidos no por el

(18) El acceso al Tribunal es a partir de la edad de cuarenta años (art. 3.1 BVerfGG).

(19) Véase K. SCHLAICH: «Das Bundesverfassungsgericht», cit., pág. 30. Opina Böckenförde que ello no hace correr al juez «el riesgo de que desde las instancias encargadas de una reelección se sienta el deseo de hacerle algunas recomendaciones». Véase J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: «Sobre el Derecho y el Estado. Una conversación con el profesor E.-W. Böckenförde», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 7, Murcia, 1995, págs. 10-11.

(20) Sobre todos estos aspectos, puede verse W. GEIGER: voz «Bundesverfassungsgericht», en *Staats Lexikon*, Herder, Friburgo, 1985, col. 1006-1012.

(21) Ambos magistrados desde 1983, con lo que su mandato finalizaba el pasado día 20 de diciembre de 1995. Véase R. WASSERMANN: «Manipulation bei der Amtsdauer von Bundesverfassungsrichtern?», *NJW*, 1996, págs. 702-703; B. RÜTHERS: «Nicht wiederholbar! Selbstverlängerte Amtszeiten am Bundesverfassungsgericht?», *NJW*, 1996, págs. 1867-1870. La crítica no radica en que la renovación haya sido fuera de plazo, cosa que ha sucedido ya en otras ocasiones en razón de la dificultad en obtener el necesario consenso político, sino porque aquélla ha sido sugerida por el mismo órgano objeto de renovación. Los nuevos magistrados constitucionales elegidos por el Bundesrat son Hassemer y Jentsch.

(22) Con votos particulares de los magistrados Limbach, Böckenförde y Sommer.

(23) El artículo 5.1 BVerfGG establece que dos de los tres jueces federales que existen por sala serán nombrados por una de las Cámaras, eligiendo, por tanto, «dos de los otros miembros», mientras que al otro órgano elector le corresponde un juez federal y tres «otros miembros». La problemática del artículo radica en que no se especifica el órgano que elige dos o sólo un juez federal. El resultado, mientras, en las renovaciones operadas, ha sido que el Bundestag ha elegido dos de los jueces federales y el Bundesrat el restante. Véanse D. C. UMBACH y TH. CLEMENS: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Müller, Heidelberg, 1992, págs. 243-247; H. LECHNER y R. ZUCK: *BVerfGG*, 4.ª ed., Beck, 1996, pág. 73; véase también el auto del BVerfG de 11 de octubre de 1983, BVerfGE 65, págs. 152 y sigs.

pleno (656 diputados), sino por una comisión de doce parlamentarios (24). Se trata, pues, de una elección indirecta que, en principio, no contraviene el contenido del artículo 94.1 GG. La elección por dicha comisión requiere de una mayoría mínima de ocho votos. La elección en el Bundesrat, en cambio, se realiza en el pleno y por mayoría de dos tercios (art. 7 BVerfGG). El problema radicaría, pues, en la elección indirecta que se realiza en el Bundestag. El debate ha vuelto a suscitarse a partir de la referida sentencia de mayo de 1995, donde se ha agudizado la tensión entre «política y derecho» (25), planteando la necesidad de dotar de una mayor «legitimidad democrática», a través de una elección plenaria en el Bundestag, la elección de los magistrados. Ello, sugerido por la propia presidenta del BVerfG (Wesel, pág. 67), serviría de vacuna preventiva ante posibles posteriores excesos verbales desde niveles políticos. Se trataría de obtener un procedimiento abierto, pero sin caer en las estridencias que a veces se observan en el modelo de los Estados Unidos de América, como, por ejemplo, en el caso de la elección para el Tribunal Supremo, en octubre de 1991, del juez Clarence Thomas. La propuesta es extender la elección al pleno del Bundestag, aunque se mantenga la existencia de una comisión con un cometido preparatorio (26).

### III

El indudable poder que ostenta el Tribunal Constitucional deriva esencialmente de las competencias que le son atribuidas (art. 93 GG) y que permiten muy bien hablar de aquél como un auténtico defensor de la Constitución. Estas competencias, de modo simplificado, serían:

— *Parteiverbote* (prohibición de partidos políticos). Ejemplos: la prohibición del partido de extrema derecha *Sozialistischen Reichspartei* y del *Kommunistischen Partei Deutschlands*, aunque cabe decir, en especial en el último caso, que el Tribunal esperó a constatar su escasa implantación electoral antes de proceder a su prohibición en el año 1956 (BVerfGE 2.1, 5.85, respectivamente).

---

(24) Dicha comisión es elegida según la Ley D'Hondt, permitiendo así una representación proporcional de todos los partidos representados, y para todo el período que dure la legislatura, sin que sus miembros puedan ser removidos.

(25) Véase P. HABERLE: *Verfassungsgerichtsbarkeit...*, págs. 59-60.

(26) Sobre el tema, y de manera concreta las propuestas actualmente debatidas, véase S. KOCH: «Die Wahl der Richter der BVerfG», *ZRP*, 1996, págs. 41-44. Más ampliamente sobre la problemática en la elección, véase W. BILLING: *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Duncker & Humblot, Berlín, 1969.

— *Normenkontrollverfahren*. Equivalente al, por nosotros conocido, recurso sobre la constitucionalidad de las leyes.

— *Richtervorlagen*. Ejemplo de cuestión de constitucionalidad es la sentencia sobre la cadena perpetua por asesinato (BVerfGE 45.187).

— *Organstreitigkeiten*. Ejemplo de conflicto entre órganos constitucionales es la sentencia sobre los AWACS, de 1994, en la se autorizan las actuaciones exteriores, en acciones de paz, del ejército federal, aunque siempre debe mediar el consentimiento del Bundestag. Sentencia favorable para el gobierno Kohl, aunque con una parte de éxito para el SPD, que planteó el conflicto (NJW 94.2943).

— *Bund-Länder-Streitigkeiten*. Conflictos de competencia entre el gobierno federal y el de los Länder. Ejemplo, la sentencia sobre televisión (BVerfGE 12.205). El alto Tribunal consideró que el gobierno federal había actuado en su pretensión de crear una televisión federal contra el derecho de los Länder y contra el principio de libertad de información de prensa (28). El resultado fue la ZDF (el segundo canal de la televisión alemana), ente con personalidad jurídica de Derecho público creado en virtud de un convenio entre los Länder de la Federación.

— *Verfassungsbeschwerden*. Equivale a nuestro recurso de amparo, con la diferencia de que puede utilizarse contra una ley en la medida en que el particular resulte directamente lesionado por ella en sus derechos fundamentales (27). Destacar la sentencia de 14 de marzo de 1972 *Brief des Strafgefangenen*, que supuso «la eliminación del último resto de carácter autoritario en el Derecho administrativo, es decir, de las llamadas relaciones de especial sujeción» (pág. 38). También el *Kruzifix-Beschluß* encuentra su origen en este procedimiento.

#### IV

Para Wesel, la citada decisión sobre la presencia de los crucifijos en las escuelas bávaras constituiría el fin de una cadena de sentencias, pronunciadas todas en base a recursos de amparo («Haschisch» [BVerfGE 90.145],

---

(27) Véase F. RUBIO LLORENTE: «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, págs. 489-492.

(28) Las «máximas jurisprudenciales» de la sentencia citada pueden verse en F. SAINZ MORENO: «La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, núm. 2, 1981, págs. 175-177.

«Soldaten sind Mörder» —«soldados son asesinos»— [NJW 94.2943 y 95.3303], «Sitzblockaden» —«sentadas»— [BVerfGE 73.206 y NJW 95.1141] y «Markus Wolf» —antiguo y célebre dirigente de los servicios de espionaje de la ex DDR— [NJW 95.1811]), irritantes para sectores conservadores. ¿Qué significado tienen estas decisiones? Para Wesel, es claro; ello supone, ni más ni menos, la constatación de que el Derecho constitucional va dejando de ser un monopolio de los profesores de *Staatsrechts*. De juristas, dice, como Th. Maunz, W. Weber, H. Krüger o E. Forsthoff (29), a los que Wesel califica genéricamente, sin más, como antiguos nazis (pág. 67) que tuvieron tras la guerra nuevamente cargos y que antepusieron, añade, la razón de Estado en caso de tensión entre el ciudadano y el Estado. Esto ha cambiado, afirma, con el BVerfG y con su jurisprudencia, especialmente a través de la resolución de recursos de amparo (pág. 68), en atención a los derechos fundamentales.

Ahora bien, y sin que sea éste el lugar para una exposición detallada de la controversia (30), la publicación del citado fallo sobre la presencia de la cruz

(29) Sobre el primero y el último puede encontrarse una actual reseña biográfica en M. STOLLEIS (dir.): *Juristen. Ein Biographisches Lexikon*, Ed. C. H. Beck, Munich, 1995, págs. 212-213 y 416-417.

(30) Puede verse así, respecto a dicha decisión, y desde diferentes puntos de vista: P. BADURA: «Das Kreuz im Schulzimmer. Inhalt und rechtliche Tragweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 16-V-1995», *BayVBl*, 1996, págs. 33-40 y 71-77; A. F. v. CAMPENHAUSEN: «Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 121, 1996, págs. 448-464; G. CZERMAK: «Der Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung», *NJW*, 1995, págs. 3348-3353; W. EBERL: «Anbringung von Kreuzen oder Kruzifixen in Schulräumen», *BayVBl*, 1996, págs. 107-110; W. FLUME: «Das Kruzifixurteil und seine Berichtigung», *NJW*, 1995, págs. 2904-2905; M.-E. GEIS: «Geheime Offenbarung oder Offenbarungseid? Anmerkungen zum "Kruzifix-Beschluß" des Bundesverfassungsgerichts», *RdJB*, 4/1995, págs. 373-386; D. HECKMANN: «Eingriff durch Symbole?», *JZ*, 1996, págs. 880-889; J. ISENSEE: «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation», *ZRP*, 1996, págs. 10-15; P. LERCHE: «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Kreuz-Entscheidung», *Kirche und Gesellschaft*, número especial bajo el título «Schule ohne Kreuz?», 1995, págs. 16-22; CH. LINK: «Stat Crux? Die 'Kruzifix'-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, págs. 3353-3357; J. NEUMANN: «Rechts- oder Glaubensstaat?», *ZRP*, 1995, págs. 381-386; H. REIS, en clara oposición al anterior: «Rechts- oder Glaubensstaat? - Eine Erwiderung», *ZRP*, 1996, págs. 56-60; L. RENCK: «Zum rechtlichen Gehalt der Kruzifix-Debatte», *ZRP*, 1996, págs. 16-20; R. ZUCK: «Kreuz-Züge», *NJW*, 1995, págs. 2903-2904. También contemporáneos los siguientes artículos sobre la situación del Tribunal: B. GROBFELD: «Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts», *NJW*, págs. 1719-1723; en respuesta a éste véase E. BENDA, antiguo presidente del BVerfG: «Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?», *NJW*, págs. 2470-2471.

Entre nosotros, puede verse el reciente comentario de S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: «La polémica "sentencia del crucifijo" (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de 1995)», *REDC*, 47, 1996, págs. 347-356.

en las aulas escolares ha motivado diferentes reacciones (31), siendo comentada desde todos los niveles (políticos y jurídicos) y, claro está, especialmente por conocidos profesores de *Staatsrechts*. Así, mientras que para unos la sentencia parece haber deteriorado el consenso en torno a la reputación y aceptación del Tribunal —cuando no significa una clara equivocación en lo que es el ejercicio de su función (Isensee)—, para otros sectores supone una victoria de la ciencia jurídica y del cierto entendimiento de la libertad de creencia sobre una «tradición no constitucionalmente legitimada, debiendo figurar en los anales de la BRD» (Czermak).

La decisión del Tribunal, con tres votos particulares, toma como base el artículo 4.1 de la Ley Fundamental (reconocimiento a la libertad de creencia, de conciencia y de confesión religiosa) para disponer la retirada de los crucifijos de las aulas escolares. Asimismo, destacan ciertas consideraciones que han sido objeto de polémica. Expresiones referidas a la cruz, como «símbolo de una reconocida convicción religiosa» o «símbolo de difusión misionaria» (pág. 20 E 93, 1 I), discurren, de forma contradictoria, en el texto de la resolución (32). Paralelamente, se argumenta que frente a la libertad de creencia en

---

(31) Especialmente destacada fue la reacción social en Baviera, que tuvo su máximo exponente en una manifestación celebrada el día 23 de septiembre de 1995 en Munich, en la que participaron alrededor de 30.000 personas, entre ellas destacadas personalidades políticas y religiosas: el presidente del gobierno bávaro, Edmund Stoiber, y el arzobispo de Munich. Manifestaciones realizadas bajo motivos similares, en favor del mantenimiento de los crucifijos, no son nada extrañas en la historia alemana. Como ha recordado Campenhausen, en 1919 hubo una masiva resistencia política contra la retirada de elementos religiosos y contra la discriminación de la enseñanza religiosa, esto era contra el ejemplo francés de laicización. Dicha oposición consistió en una petición de siete millones de firmantes y en una manifestación de más de 60.000 personas en Berlín. Véase A. F. v. CAMPENHAUSEN: Op. cit., pág. 455. Sobre el tema del laicismo en la escuela puede verse, en el mismo número de *AöR* el artículo de A. GROMITSARIS: «Laizität und Neutralität in der Schule. Ein Vergleich der Rechtslage in Frankreich und Deutschland», págs. 359-405.

(32) La sentencia trasluce, a nuestro entender, esa peculiar relación que tradicionalmente ha existido en Alemania entre Estado, Sociedad e Iglesia (especialmente católica). En dicha relación ha existido una fuerte intervención del Estado en temas de religión; así, por ejemplo, dando un trato de corporación pública a las iglesias cristianas (véase art. 140 GG, que incorpora los artículos 136 a 139 y 141 de la Constitución de Weimar. Concretamente, el art. 137.5 es el que determina el carácter de corporación de derecho público). Una visión general en este punto puede verse en G. ROBBERS: *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Universidad Complutense-Nomos, Baden-Baden, 1996, págs. 57-72.

Efectivamente, han habido en Alemania tradicionales manifestaciones abogando por una clara separación Estado-Iglesia. División que, paradójicamente, debía suponer, a la vez, un control absoluto del Estado sobre la religión, cuando no una sustitución de ésta por aquél. En este contexto encontramos, a fines del siglo XVIII, diversas manifestaciones de esta voluntad de separación y superación de la religión por el Estado. Un ejemplo es un artículo publicado en el año 1783

positivo se expone también la libertad de creencia en negativo, y el derecho de la minoría frente al de la mayoría. Aquí parece radicar el nudo gordiano de la cuestión, ¿cómo compatibilizar ambos derechos, el de la minoría con el no menos respetable de la mayoría?, o en otras palabras, ¿cómo articular la tolerancia de la minoría hacia las creencias —también protegidas constitucionalmente— de la mayoría? Esta doctrina plantearía, no obstante, la pregunta de si el Tribunal Constitucional debe ser expresión de protección de minorías o, sencillamente, de garantía del Derecho constitucional. A ello podemos añadir, en un sentido crítico a la decisión, la opinión de Isensee, quien considera que la cruz es símbolo de la cultura occidental y de la propia historia alemana —cosa que el Tribunal no niega (33)— y que, por tanto, su permanencia en las escuelas sería equivalente a la referencia a Dios que se realiza en el propio preámbulo de la Constitución.

---

en la revista *Berlinische Monatsschrift*, aquél preconizaba una desaparición de la división entre Estado e Iglesia en aras de una religión estatal dentro del espíritu de la Ilustración. Así, se promulgaba, el 9 de julio de 1788, el Edicto Wöllner sobre la religión en el Estado de Prusia, que introducía un control sobre la religión y sus pastores. El mismo Wilhelm von Humboldt haría, posteriormente a la instauración del Edicto citado, una extensa referencia a la relación entre Estado y religión. Aunque él mismo considerara que la religión debía quedar fuera de un control especial por parte del Estado. Véase W. VON HUMBOLDT: *Los límites de la acción del Estado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 68-91. Véase también el estudio preliminar que al libro realiza Joaquín Abellán, especialmente págs. XII y XIII.

Ese intento de control absoluto del Estado sobre la religión tuvo uno de sus puntos culminantes en la fracasada ofensiva anticatólica bismarckiana (*Kulturkampf*), en el último tercio del siglo pasado, que supuso la renuncia de la Prusia protestante a reducir el catolicismo alemán del sur y del oeste. Como ha escrito Ch. Stark, «mientras la Iglesia católica ejerció la libertad religiosa también en cuanto corporación y alcanzó su autonomía, la Iglesia evangélica permaneció jurídicamente vinculada al Estado a través del Monarca *Summus Episcopus* hasta 1918 (...)» («Raíces históricas de la libertad religiosa moderna», *REDC*, 47, 1996, pág. 19). En esa defensa de la confesión católica desempeñó un muy importante papel el *Zentrum*, partido político dominante, incluso frente al nazismo, en las zonas católicas; mientras que en las zonas protestantes, más tempranamente des cristianizadas, los nacionalsocialistas obtendrían porcentajes superiores al 50 por 100. Un interesante estudio sobre la implantación y desarrollo de la religión católica y protestante, así como las razones de las «microdiferencias regionales» en Alemania, puede verse en E. TODD: *La invención de Europa*, Tusquets, Barcelona, 1995, especialmente págs. 268-283.

Finalmente, digamos que la conocida idealización, ideologización y endiosamiento del Estado en Alemania, por clara influencia de Prusia, quebró, como ha señalado Hattenhauer, tras el hundimiento de 1945. El Estado, según este autor, dejó de ser «la suma de todo lo bueno» para manifestarse como algo capaz de equivocarse e incluso hacer mal. A partir de ese momento —añade— las iglesias cristianas ejercieron un papel creador de «valores estabilizadores». *Los fundamentos...*, cit., pág. 389.

(33) Al contrario, el mismo Tribunal reconoce que la enseñanza de la fe cristiana en las escuelas públicas se debe a que aquélla representa «un factor cultural y educativo».

La resolución del Tribunal Constitucional trae causa en un recurso de amparo (34) directo contra el fallo del *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo) bávaro, e indirecto, contra el precepto contenido en el artículo 13.1.3 del Reglamento escolar bávaro (*Schulordnung für die Volksschulen in Bayern* [VSO]) (35). El Tribunal declaró la nulidad de dicho artículo implicando ello, en principio, la necesaria retirada de los crucifijos. Decimos en principio porque la sentencia (más polémica que en otros casos en que también se ha atendido a la relación Estado-religión) (36) declararía inconstitucional toda colocación de cruces conforme al contenido del citado reglamento. Asimismo, Badura se pregunta cómo se compensa en la decisión la libertad de religión de los otros escolares (art. 4.1 GG), el derecho y deber de formación de los padres hacia sus hijos (art. 6.1 GG) y la competencia que tiene los *Länder* en materia escolar (art. 7 GG). Si a ello añadimos alguna de las previsiones contenidas en la Constitución del Estado libre de Baviera, en atención a la competencia en materia de educación y a los principios religiosos, de fe cristiana, que deben ser enseñados en las escuelas públicas (arts. 130.1; 131.2; 135.2), se hace posible, como así ha sido, la plasmación en una ley de la presencia, y consiguiente permanencia, de la cruz en las aulas escolares (37).

(34) Recurso interpuesto por los padres de unos escolares seguidores de la llamada teoría de la antroposofía del austríaco Rudolf Steiner.

(35) Véase S. GONZÁLEZ-VARAS: «La polémica...», cit., págs. 348-349.

(36) Nos referimos al caso de la presencia de los crucifijos en los Tribunales (BVerfGE 35, 366) y al de oración en la escuela (BVerfGE 52, 223).

(37) Véase BADURA: «Das Kreuz... (I)», cit., pág. 38. En este sentido, se procede, el 23 de diciembre de 1995, a una modificación de la Ley bávara de Educación y Enseñanza, de 7 de julio de 1994, que supone la permanencia de la cruz en las clases atendiendo a la libertad de creencia, pero a la vez atendiendo a las convicciones religiosas e ideológicas de todos; de esta manera, dice la ley, es posible también tener en cuenta la voluntad de la mayoría. Este nuevo párrafo establece lo siguiente: «Teniendo en cuenta los valores históricos y culturales de Baviera, será colocada una cruz en cada aula. Con ello se expresa la voluntad de realizar los más altos valores formativos de la Constitución sobre la base de los valores cristianos y occidentales bajo la salvaguardia de la libertad de conciencia. Si por motivos de conciencia o concepción serios y comprensibles la presencia de la cruz en las aulas molestase o lesionase al titular del derecho de educación, el director de la escuela tratará de llegar a una solución o acuerdo amistoso. Fracasado dicho acuerdo, deberá aquél establecer una regulación para el caso concreto que respete la libertad de conciencia del sujeto afectado y que compense de manera justa las convicciones religiosas e ideológicas de todos los interesados presentes en la clase; para ello, en lo posible, será también tenida en cuenta la voluntad de la mayoría» («Gesetz zur Änderung des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen», *Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt*, núm. 30/1995, pág. 850).

## V

La polémica ha hecho emerger de nuevo el debate sobre la justicia constitucional. Las consideraciones que en su día formularan Carl Schmitt y Hans Kelsen vuelven a plantearse. Así, cómo evitar que el defensor de la Constitución devenga señor de la misma, ¿quién custodia al custodio?, hasta expresiones como que la autoridad no hace la verdad del juicio (Isensee). La crítica a las decisiones del Tribunal Constitucional es, como ha recordado Lerche (38), algo natural y cuya finalidad no es desacreditar la jurisdicción constitucional. Más aún, dicha crítica, en el marco de una sociedad abierta, dice Häberle, es necesaria porque al fin y al cabo los defensores de la Constitución somos todos (39).

La referencia al Tribunal Supremo de Estados Unidos es siempre inexcusable y no deja de ser tentador recordar ese «poder de opinión», del que Tocqueville hacía deudores a sus miembros (40). Es esta misma idea la que, en sustancia, ha venido a ser nuevamente recordada y es, para nosotros, la mejor manera de finalizar este comentario —sin olvidar que es la lectura del libro de

(38) P. LERCHE: «Verfassungsrechtliche Anmerkungen...», cit., pág. 16.

(39) La jurisdicción constitucional es un componente de «cultura política», una idea (empírico-normativa), como señala Häberle, compleja de entender. En otras palabras, siguiendo al mismo autor, la crítica a la jurisprudencia constitucional no supone una crítica a la Constitución, no supone colocarse, por supuesto, contra la Constitución, sino que evita una irreal confianza en la jurisdicción constitucional, evitando así una *unpolitische Mißtrauen* —desconfianza apolítica— contra la democracia. En otras palabras, todos seríamos —en sentido político— «Hüter der Verfassung» (P. HÄBERLE: «Verfassungsgerichtsbarkeit...», cit., pág. 79). Esta misma idea crítica ha sido manifestada también por Böckenförde cuando a la pregunta, que le formula González Encinar, de si la Constitución sigue siendo un instrumento válido para controlar el ejercicio de la acción política, responde: «Si se echa todo sobre las espaldas de la Constitución, la política se vuelve despreocupada y piensa: “Si el Derecho es o no es justo es algo que está en la Constitución. Dejemos que sea el Tribunal Constitucional el que controle si esto está de acuerdo con la Constitución. En lo demás somos libres para hacer lo que queramos.” Y ésta no debe ser nunca una máxima de la acción política.» Véase J. J. GONZÁLEZ ENCINAR: «Sobre el Derecho...», cit., pág. 15.

(40) Decía el pensador francés: «(...) el poder de opinión es aquel del que es más difícil hacer uso, ya que es imposible precisar sus límites. A menudo es tan peligroso no llegar a ellos como rebasarlos» (A. DE TOCQUEVILLE: *La Democracia en América*, traducción de D. Sánchez de Aleu, 2.ª ed., Alianza Editorial, 1985, pág. 140). No parece innecesario añadir la opinión de ALEXANDER BICKEL en «The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics»: «El Tribunal es un guía de la opinión y no un simple registro de la misma. Ahora bien, tiene que guiar a la opinión y no imponer la suya (...). Es el forjador y el profeta de la opinión que va a prevalecer y a perdurar» (pág. 239). Hemos tomado la cita de X. ARBÓS: «De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana», *REDC*, 44, 1995, pág. 288.

Wesel lo que nos ha dado pie a ello—. La reflexión la ha hecho Ernst-Wolfgang Böckenförde en su discurso de despedida (41) como magistrado del BVerfG: «A la —necesaria— confianza en los jueces constitucionales corresponde, sin embargo, una especial *responsabilidad* de aquéllos. Su oficio está no sólo libre de control, sino también libre de cuentas. Y, finalmente, nadie fuera del juez mismo, a partir de su *ethos* y su responsabilidad, puede ofrecer la garantía que su oficio así es ejercido, como exige la Constitución y la Ley, como exige el pretendido mandato del Tribunal. En todo caso, en este punto se muestra un nexo sistemático entre Derecho y Moral. La indicación a la responsabilidad puede, claro, prestar sólo una relativa seguridad. La responsabilidad tiene que ser tomada libremente. Pero pertenece a la singularidad de las cosas humanas el que a menudo sean remitidas sólo a una relativa protección. También para la jurisdicción constitucional es válido tomar en consideración aquello que uno de los más grandes de nuestra historia intelectual, *Immanuel Kant*, expresó hace doscientos años: *De la madera encorvada, de la cual el hombre está hecho, nunca puede ser algo rectamente construido.*»

---

(41) «Die Überlastung...», cit., pág. 284.

*RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

