

## ESTUDIOS



# LA FUNCIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN<sup>1</sup>

OLIVER LEPSIUS

*Catedrático de Derecho Público y Teoría de la Constitución  
Universidad de Münster*

TRC, n.º 53, 2024, pp. 119-130  
ISSN 1139-5583

## SUMARIO

I. Tribunal y órgano constitucional. II. Resoluciones con efectos políticos. III. Particularidades de la interpretación constitucional. IV. Activismo judicial: ¿cuándo, cómo, para qué? V. Dosificación inteligente.

## I. TRIBUNAL Y ÓRGANO CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) es, al mismo tiempo, tribunal y órgano constitucional. Esta estructura doble ha generado desde el principio problemas de interpretación y conflictos de competencia. De un lado, el tribunal más alto de Alemania queda inserto, en cuanto órgano constitucional, en la esfera de las instituciones políticas; del otro, el de Karlsruhe sigue siendo un tribunal, sometido exclusivamente al derecho constitucional. En la escena de la política habla el lenguaje de la justicia y en la escena de la justicia habla también el lenguaje de la política (Schönberger, 2011: 5; versión inglesa en 2020).

De la naturaleza judicial derivan peculiaridades organizativas y procedimentales que distinguen al BVerfG de otros órganos constitucionales. No está configurado como órgano de representación. Ni está sometido al control del electorado, ni es responsable ante él. El BVerfG solo puede actuar a instancia de otros, no por

<sup>1</sup> Publicado originalmente bajo el título “Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts” en pp. 13-18 del núm. 37/2021 de *Apuz* (*Aus Politik und Zeitgeschichte*), dedicado monográficamente al imperio del derecho (*Herrschaft des Rechts*): [https://www.bpb.de/system/files/dokument\\_pdf/APuZ\\_2021-37\\_online.pdf](https://www.bpb.de/system/files/dokument_pdf/APuZ_2021-37_online.pdf). Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

propia iniciativa, como sí hacen el Bundestag, el Bundesrat, el Gobierno federal y el Presidente federal. Sus decisiones quedan sometidas a las exigencias procedimentales del derecho procesal constitucional, regulado en la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, GG), fundamentalmente en los arts. 93, 94 y 100, y en la Ley del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG). Sus resoluciones tienen fuerza de cosa juzgada<sup>2</sup>, lo que implica que no pueden ser modificadas, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los acuerdos legislativos del Bundestag alemán: este en cualquier momento puede volver a debatir sobre cualquier ley federal y, contando con la participación del Bundesrat, cambiarla cuando desee.

Cómo órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional, el BVerfG opera sometido a las lógicas funcionales propias de un tribunal. Esto limita su capacidad de decidir conflictos, que debe fundarse en los criterios del derecho constitucional y justificarse ante la Constitución (no ante los electores, como ocurre con las decisiones políticas). De aquí podría deducirse entonces que el BVerfG, al no obedecer a exigencias democráticas (mayorías, elecciones) ni aplicar criterios políticos, necesariamente decide en términos estrictamente jurídicos: con la Constitución como criterio y con las formalidades de un procedimiento especial regulado por la ley.

Pero lo cierto es que el BVerfG no solo decide como tribunal, sino también como órgano constitucional. Sus resoluciones afectan siempre también a su relación con los demás órganos constitucionales<sup>3</sup>. Todos ellos están en una relación recíproca regulada por el derecho constitucional, cuyas normas dejan espacio suficiente para una concretización dependiente del contexto, situacional, políticamente dinámica. Porque la actuación de los órganos y sus posibilidades de acción dependen de decisivas variables democráticas: de las decisiones de los electores y de la formación de coaliciones que resulta de ellas; del estilo de gobierno de los individuos que intervienen; de los problemas objetivos que componen el orden del día y de cuál es el poder que en primer lugar plantea y afronta la cuestión correspondiente; también de las decisiones de las instituciones de la Unión Europea, que sitúan a los órganos constitucionales alemanes ante la necesidad de ejecutarlas y tienen así efectos sobre sus competencias.

El BVerfG siempre ha tenido en cuenta que el orden de competencias está sujeto a una dependencia política y democrática. Por ejemplo, cuando en 1983 y 2005 se produjeron cuestiones de confianza simuladas con el objetivo de permitir la disolución del Bundestag, las aceptó con el argumento de que los órganos constitucionales implicados (el Canciller, el Bundestag, el Presidente), conjuntamente y más allá de divisiones partidarias, deseaban la disolución del parlamento y la celebración de nuevas elecciones, por más que en el texto constitucional

2 Conforme al §31 BVerfGG, algunas decisiones tienen incluso fuerza de ley y, por tanto, vinculan a todos los poderes del Estado.

3 Véase por ejemplo el análisis del antiguo presidente Ernst Benda: "comprender y ejercer la tarea en sentido colaborativo" (1979: 115).

(art. 68 GG) la disolución parlamentaria no queda precisamente a merced de la conveniencia política [BVerfGE 62, 1 (1985); 114, 121 (2005)]. De modo que la regla constitucional es interpretada por el BVerfG a la luz de la praxis situacional y tal práctica resulta frecuentemente aceptada.

Si, por el contrario, hay indicios de que los órganos pretenden fundamentalmente imponer sus intereses frente a otros órganos, entonces el BVerfG eleva la densidad de su control e interviene en el proceso político con una interpretación más estricta de la Constitución. Pensemos, por ejemplo, en el control cada vez más escrupuloso del derecho electoral federal, basado en que sus proyectos de reforma no se habían conformado como proposiciones compartidas por los distintos grupos parlamentarios y por eso no tenían el sello de calidad del pacto razonable [BVerfGE 121, 266 (2008); 131, 316 (2012)].

Por tanto, que las normas constitucionales sean interpretadas de modo rígido o elástico guarda también relación con el contexto interpretativo, que a su vez ha de ser comprendido en el marco de la democracia existente. La Ley Fundamental pretende hacer posible la democracia, no ceñir la vida política con un corsé de reglas. La Constitución, en consecuencia, busca ser interpretada y aplicada en términos que resulten funcionales a la democracia<sup>4</sup>. Eso puede conducir a que la misma norma constitucional se interprete de forma más estricta unas veces y menos estricta otras; porque las situaciones son diferentes y porque deben tomarse en consideración las consecuencias para el sistema político.

La interpretación de la Constitución con el enfoque de su funcionalidad democrática y de su dependencia contextual afecta a la regulación de todos los órganos constitucionales y, por tanto, también a las normas sobre las competencias del propio BVerfG. Dado que el Tribunal es un órgano constitucional, no puede excluirse a sí mismo de una consideración de las normas que tenga en cuenta los contextos políticos. Si la Ley Fundamental prevé el control abstracto de normas es porque permite la prosecución de los debates políticos con los instrumentos del derecho procesal constitucional. Si incluye el amparo constitucional, hace posible que los ciudadanos, a través de la protección de sus derechos subjetivos, litiguen en favor de la Constitución. La Constitución permite que la sede del Tribunal de Karlsruhe se convierta en un foro en el que las cuestiones decididas en términos políticos se vuelven a abordar con otras exigencias de justificación; sea a iniciativa de la oposición (en forma de control abstracto de normas, de conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales o de conflicto de competencias entre la Federación y los Länder), sea a iniciativa de individuos o de minorías (amparo constitucional), sea a iniciativa de la jurisdicción ordinaria (control concreto de normas)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Hace mucho tiempo que se discuten teorías funcionales de la jurisprudencia constitucional, cfr. ya Schlaich (1991), Landfried (1985), Heun (1992). El clásico norteamericano es John H. Ely (1980).

<sup>5</sup> Para el análisis de las prestaciones funcionales al sistema de ese cambio del terreno de juego véanse, por ejemplo, Heun (2014: 301 ss.); Kneip (2011: 308 y 337 ss.); Leicht (2011: 148-158); Schmidt (2011: 200-208); Haltern (1998). Véanse también Lamprecht (2011) y Wesel (2004).

## II. RESOLUCIONES CON EFECTOS POLÍTICOS

Pongamos algunos ejemplos:

- En 1969 el BVerfG forzó al Bundestag alemán a adoptar una ley sobre la equiparación de los hijos no matrimoniales (BVerfGE 25, 167). La Ley Fundamental contiene el correspondiente mandato constitucional; sin embargo, el Bundestag había estado veinte años sin cumplirlo (lo que, por su parte, era responsabilidad de las mayorías políticas). Entonces el BVerfG advirtió que, si la ley no se adoptaba en el plazo de un año, la norma constitucional pasaría a regir de forma inmediata, en el plano del derecho legal ordinario, desplazando los preceptos correspondientes del Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). El legislador, en un suspiro, hizo lo que se le ordenaba y modificó el BGB.
- En 1975 el BVerfG declaró que era inconstitucional el sistema de plazos en la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo y exigió del Bundestag que mantuviera la tipificación del aborto e introdujera un modelo de indicaciones (BVerfGE 39, 1). Al Bundestag le quedó entonces poco margen de maniobra en la reforma del § 218 del Código Penal, la voluntad de los electores hubo de ser desatendida.
- En 1978 el Tribunal declaró que los estándares de seguridad para el empleo de la energía atómica solo podían ser determinados por el Gobierno a través del procedimiento de aprobación de los reglamentos (BVerfGE 49, 89). Una cuestión política entonces central quedó así excluida de las competencias del Parlamento y encomendada a la decisión de los expertos (expertocracia).
- En 1985 Karlsruhe declaró que era inconstitucional una práctica restrictiva de autorización y consecuente disolución de grandes manifestaciones (BVerfGE 69, 315). La simple previsión de riesgos no era suficiente para decretar la disolución. La policía no solo debía proteger la seguridad pública, sino que, al mismo tiempo y en la misma medida, también debía hacer todo lo posible para que los manifestantes pacíficos pudieran ejercer su derecho de manifestación, incluso si se infiltraban entre ellos grupos violentos. Esta resolución hace posible hasta hoy que se celebren grandes manifestaciones, aunque frecuentemente atraigan también a los vándalos (con más detalle sobre esto Doering-Manteuffel *et. al.*, 2015).

Todas estas resoluciones tienen gran contenido político: inciden sobre las mayorías, modifican la distribución de responsabilidades entre los poderes, complican o facilitan la influencia de los electores y de los ciudadanos. Añadamos a la relación dos sentencias recientes: la referida a la protección del clima, del 24 de marzo de 2021 (BVerfGE 157, 30), con la que el BVerfG obligó al legislador a anticipar las reducciones de las emisiones de CO<sub>2</sub>, ha sido percibida por muchos

como una injerencia política del Tribunal. Una imagen distinta transmite una resolución del 5 de mayo del mismo año, con la que Karlsruhe ha rechazado suspender el confinamiento nocturno ligado al estado de alarma federal (BVerfGE 157, 394). En este caso, el Tribunal se repliega ante el proceso político y es evidente que pretende evitar los daños para la Canciller Angela Merkel, que en el Bundestag se había comprometido intensamente justo con tal regla (BT-Plenarprotokoll 19/222 del 16 de abril de 2021, 28102D-28103A).

Tales decisiones se pueden identificar como políticas no solo porque afectan a cuestiones políticas actuales. También son políticas, en un sentido diferente al de la política partidaria, en el marco de la fundamentación jurídica de la resolución, porque no se han adoptado sin tener en cuenta la funcionalidad democrática.

En 1969 no resultaba imprescindible que el BVerfG forzara al legislador; habían pasado veinte años sin que lo hiciera. En 1975 no era necesario que impusiera tan estricto nivel de protección frente a la interrupción voluntaria del embarazo; es sabido que abandonó esa posición en la segunda sentencia sobre el aborto, de 1993 (BVerfGE 88, 203). Tampoco en 1985 era forzoso que el Tribunal reforzara hasta tal extremo el derecho de manifestación; es evidente que durante treinta y cinco años también había funcionado en otros términos.

En definitiva, el criterio jurídico-constitucional que subyace a las resoluciones no es tan firme e inmodificable que no tolere ninguna decisión diferente. Estos ejemplos muestran que no solo las cuestiones que son resueltas por el BVerfG brotan del sistema político y por eso mismo ya resultan políticas, sino que también los criterios judiciales dependen de las circunstancias y cambian con el tiempo, con las nuevas mayorías, con lo que conocemos como cambio político y social. La interpretación constitucional no es precisamente un proceso jurídico autónomo, sino que siempre supone la concretización de un texto en las variables circunstancias del momento.

### III. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional es una forma particular de comprensión de las normas ya solo por el hecho de que su éxito depende de la colaboración de muchos actores. No es un privilegio del BVerfG. Los demás órganos constitucionales interpretan la Ley Fundamental cuando actúan apoyándose en ella; los ciudadanos, cuando disfrutan de sus derechos de libertad y en caso necesario los invocan. La Constitución opera como consenso sobre valores, generalmente aceptado en la sociedad, con completa independencia de los procedimientos que se desarrollan ante el Tribunal de Karlsruhe. Los derechos fundamentales y la garantía de la dignidad contenida en el art. 1 GG están omnipresentes en el vocabulario de la sociedad civil. En tal sentido, todos nosotros somos intérpretes de la Constitución (cfr. Häberle, 1995), y el BVerfG no puede desentenderse de esa apertura interpretativa.

Por lo demás, una interpretación amplia de la Constitución difundida en la responsabilidad republicana de los ciudadanos es también presupuesto central para que la Constitución pueda mantener su pretensión de vigencia. ¿Por qué debemos sentirnos vinculados por un texto surgido en 1949, que necesariamente se apoyaba en diferentes concepciones sociales y morales? Es cierto que podría cambiarse la Constitución. Pero eso presupone mayorías significativas y resultaría comprometido precisamente en materia de derechos fundamentales. En consecuencia, la interpretación es la alternativa que permite conservar la legitimidad de la Constitución y evitar el efecto de su politización que resultaría de un procedimiento de reforma constitucional.

En consecuencia, corresponde al BVerfG desempeñar una tarea muy exigente. Regula la relación entre derecho y política. ¿Cuándo es legítimo que una decisión mayoritaria se anticipe y troquele el derecho? ¿Cuándo no le es posible, porque infringe el derecho? ¿Cuándo el derecho limita a las mayorías, cuándo las habilita para actuar? El BVerfG se convierte de este modo en guardián del proceso político. Está llamado a valorar el sistema político en su conjunto desde el punto de vista jurídico-constitucional y de modo estructuralmente transversal<sup>6</sup>. El Tribunal necesita saber cuándo intervenir y cuándo dejar vía libre. Y tal decisión debe ser generada y presentada siempre como interpretación constitucional, tomando distancia por tanto de los criterios políticos de decisión y haciendo referencia al criterio normativo de la Constitución. Tal criterio, sin embargo, debe permanecer abierto a eventuales desarrollos. Porque habría que asumir que, tras setenta años de jurisprudencia constitucional, todo habrá sido ya decidido en algún momento, y entonces el criterio de decisión se habría petrificado y el BVerfG ya no podría ejercer su papel de guardián. ¿Cómo iban a ser posibles la funcionalidad democrática, la dependencia del contexto o la valoración de las consecuencias si como fundamento de las resoluciones hubieran de colocarse criterios petrificados con décadas de antelación? También por eso es importante la interpretación constitucional paralela que ofrece la sociedad civil, porque impide que nuestras concepciones constitucionales se solidifiquen en el molde de la antigua jurisprudencia.

El cambio de interpretación supone ciertamente un reto para cualquier tribunal, porque genera dudas acerca de la corrección de la decisión previa, lo que a su vez debilita su prestigio. También aquí la tarea es ambiciosa. La seguridad jurídica no debe ser dañada por el exceso del cambio interpretativo. Pero, si no se produce ninguna reinterpretación de la Constitución, en algún momento termina por dañarse la legitimidad de la Constitución (dejando a un lado que la vida política quedaría estrangulada).

<sup>6</sup> Gernot Uhl (2011: 303) lo formula plásticamente al decir que, en el proceso político, corresponde al BVerfG la tarea de decidir qué reivindicaciones dirigidas al sistema político merecen perennidad. Cfr. también v. Beyme (1997: 300 ss.) y Lepsius (2019), así como Jestaedt, Lepsius, Möllers y Schönberger (2011, versión inglesa en 2020).



Que el BVerfG goce de gran reconocimiento entre la población y también en el extranjero muestra hasta qué punto Karlsruhe ha tenido éxito en el manejo de esos complicados papeles durante los últimos setenta años. Nunca se ponderará suficientemente la contribución del Tribunal en la formación de los alemanes como demócratas, en la expulsión del espíritu nacionalsocialista de la sociedad de los años cincuenta, en el respeto hacia los nuevos movimientos sociales, en la integración de las minorías en la vida política y, en general, en el establecimiento de un orden constitucional de valores como consenso fundamental en la sociedad, sustituyendo la función que desempeñaban la moral dominante, las costumbres sociales o el derecho natural<sup>7</sup>. Los logros de Karlsruhe y su prestigio dependen, en última instancia, de su capacidad para manejar su doble papel como tribunal y como órgano constitucional. Por eso no encajaría con el sentido y el funcionamiento de la jurisdicción constitucional que el BVerfG se replegara sobre la lógica funcional de un tribunal y propagara una separación tajante entre vida política y derecho constitucional (“decidimos en términos exclusivamente jurídicos”).

#### IV. ACTIVISMO JUDICIAL: ¿CUÁNDO, CÓMO, PARA QUÉ?

Pero ¿qué consecuencias tiene entonces que la Constitución atribuya una función política al BVerfG? ¿Cuándo le está permitido mostrar activismo o incluso cuando debe hacerlo, y cuándo, por el contrario, es preferible que ponga en práctica el *judicial self-restraint*, la continencia judicial? Aquí no cabe trazar fronteras inequívocas, pero sí se pueden ofrecer directrices. La Ley Fundamental pretende crear un orden político pluralista y en libertad, vinculado por el Estado de derecho y al mismo tiempo susceptible de conformación democrática, representativo y a la vez participativo. Para ver cómo se proyecta esto sobre las concretizaciones de las normas jurídico-constitucionales se necesita, por tanto, una valoración del sistema político con la perspectiva de una distancia apoyada sobre el derecho constitucional.

La cuestión decisiva no es, por tanto, si el Tribunal Constitucional puede actuar como “censor de normas” y “legislador por sustitución”, sino cómo sorteja la “countermajoritarian difficulty”<sup>8</sup> que resulta de ello (cfr. Eberl, 2006: 207 ss. y 257 ss.). No han reglas sencillas para esto. La pregunta no puede responderse de forma tajante, sino solo gradual; no como “o lo uno, o lo otro”, sino como “según cuánto de esto, tanto de lo otro” (Lepsius, 2016). Hay constelaciones en

7 La aportación al desarrollo democrático es valorada especialmente por Collings (2015). Véase también Schönberger (2011, versión inglesa en 2020). Sobre el modo de llegar a las decisiones cfr. Darnstädt (2018).

8 El concepto procede del politólogo estadounidense Alexander Bickel. Bickel (1962) consideraba ilegítimo que los tribunales constitucionales pudieran anular normas, porque eso permitía que jueces no suficientemente legitimados desde el punto de vista democrático pasaran por encima de la voluntad democrática de las mayorías. Argumentos de peso se encuentran también en Waldron (2006).

las que, por razón de la funcionalidad democrática orientada por la Constitución, es oportuno que el Tribunal intervenga, bendiga el proceso político y la práctica constitucional y también proceda de forma activista configurando a través de la interpretación constitucional. Y hay constelaciones en las que resulta recomendable lo contrario. ¿Qué máximas son aconsejables para las “intervenciones” del Tribunal Constitucional en el proceso político?

En primer lugar, no cabe olvidar que el destinatario principal del BVerfG no son los demás órganos constitucionales, sino el tercer poder, desde los jueces de primera instancia hasta el Tribunal Supremo. La mayor parte de los procesos en Karlsruhe proceden de recursos de amparo que reprochan a resoluciones de la jurisdicción ordinaria haber infringido la Constitución. En relación con la jurisdicción ordinaria, el BVerfG no desempeña función política alguna, sino que cuida de la aplicación cotidiana de la Constitución por parte del poder judicial (con más detalle Heun, 2014: 255 ss.; y Jestaedt, 2001). Aquí no existe en principio la amenaza de intromisiones en el proceso político y en las competencias de otros órganos constitucionales. Pero en cualquier recurso de amparo constitucional está latente la posibilidad de desencadenar conflictos de competencia entre los poderes. Porque un recurso de amparo puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, a que de la lesión del derecho subjetivo resulte una inconstitucionalidad del derecho objetivo.

El activismo judicial es tanto más oportuno cuanto más verosímil resulte que los derechos de las minorías sean lesionados no solo en el caso particular, sino en términos estructurales. Si, por ejemplo, determinadas opiniones están infrarrepresentadas en el Bundestag (como ocurría con el movimiento pacifista en 1981, cuando se produjo la manifestación en Brokdorf), procede corregir el déficit de representación parlamentaria mediante el fortalecimiento de las formas sociales de articulación —con otras palabras, utilizar los derechos fundamentales para compensar las carencias de la representación. Esto explica la fortaleza del derecho de reunión, que suele ser ejercido por quienes están infrarrepresentados en el proceso político (hoy por ejemplo por Fridays for Future o los críticos de las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia del coronavirus).

Pero también puede ocurrir que la lógica propia del proceso político lleve a no abordar determinados temas. Así, el Bundestag no tiene interés político alguno, por ejemplo, en la reforma del impuesto de sucesiones: cuando menos no es popular, no permite ganar votos, se enfrenta a fuertes grupos de presión (como las empresas familiares) y, por último, los ingresos ni siquiera corresponden a la Federación. Las normas del impuesto de sucesiones son, sin embargo, un instrumento central de dirección política para avanzar en la igualdad de oportunidades y frenar el incremento de la desigualdad patrimonial. Ya solo por plantear una problemática social importante para el conjunto de la sociedad, que sin embargo no prometía réditos políticos, es correcto que el BVerfG haya puesto reiterados reparos a la ley del impuesto de sucesiones y haya forzado al Bundestag a ocuparse del tema [BVerfGE 93, 165 (1995); 117, 1 (2006); 138, 136 (2014)]. El BVerfG

impone al Bundestag cuestiones que este en realidad no desea abordar. Cumple aquí una función de estímulo y protege al sistema político de quedarse anclado en los esfuerzos que requiere cerrar cada cuatro años los correspondientes acuerdos de coalición. El efecto de esta jurisprudencia se asemeja al de una iniciativa popular —de ese modo, el BVerfG compensa funcionalmente también la carencia de procedimientos de democracia directa de ámbito federal. Los recursos de amparo, en cualquier caso, también ofrecen a los ciudadanos la posibilidad de abrir al debate asuntos con los que no penetran en el sistema político.

Si el BVerfG plantea temas y reparte tareas de este modo, entonces resulta especialmente peligroso su potencial de intromisión en la política del derecho por la que hay que responder democráticamente. Es recomendable para él no decidir en exceso y, por tanto, si atribuye una tarea (la reforma del impuesto de sucesiones), bien puede dejar los medios para su ejecución en manos del legislador. A veces el BVerfG ha ido demasiado lejos al concretizar incluso los medios, por ejemplo vinculando la reforma de las normas del impuesto de sucesiones a especificaciones particulares del principio de igualdad. También fue demasiado lejos el BVerfG en la primera sentencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo, cuando no solo creó una nueva tarea (deber estatal de protección como interpretación judicial de la Constitución), sino que al mismo tiempo fijó el medio para cumplir el deber de protección (derecho penal, sistema de indicaciones)<sup>9</sup>.

## V. DOSIFICACIÓN INTELIGENTE

Por tanto, sirve como directriz inteligente orientada al respeto de los poderes la siguiente: en beneficio de la responsabilidad política, de la consecuente legitimación democrática y del eventual refrendo electoral, siempre debe dejarse algo por decidir, sea el fin o el medio. Si se transfiere al proceso político una tarea, entonces no se debe deducir del derecho constitucional también el medio para cumplirla; si un tema ya está decidido políticamente, entonces el control puede versar sobre la elección del medio. En esta segunda opción se incluye, por ejemplo, la resolución sobre la protección del clima: la República Federal de Alemania se ha comprometido mediante tratados internacionales a observar un determinado objetivo de protección del clima: el BVerfG puede ahora controlar el ritmo para alcanzar dicho objetivo. Pongamos un ejemplo estructuralmente similar: si el Bundestag opta por la equiparación de las parejas del mismo sexo, el BVerfG puede apoyarse en ello para controlar cómo lo hace —y orientar el proceso de reforma ya legitimado democráticamente [BVerfGE 105, 313 (2002); 124, 199 (2009); 133, 59 (2013)]. De este modo,

<sup>9</sup> Después cambió, BVerfGE 88, 203 (254): “La Constitución impone la protección como finalidad, pero no su configuración particular”.

activismo y continencia pueden dosificarse bien en la práctica y al mismo tiempo apoyarse sobre opciones constitucionales básicas.

Dicho simplíficadamente, el BVerfG está llamado a un activismo funcional a la democracia en tres constelaciones susceptibles de generalización: primero, cuando se registra un déficit de representación; segundo, en defensa de minorías estructurales que no tienen posibilidad de convertirse en mayorías; y tercero, cuando el proceso político amenaza con petrificarse. Pero cabe seguir reflexionando acerca de otras constelaciones que también podrían justificar el activismo: ¿Cuándo el consenso mayoritario entiende que determinadas competencias resultan socavadas, por ejemplo mediante leyes autoejecutivas como las normas del “freno de emergencia federal” decretado durante la pandemia (“*Bundesnotbremse*”)<sup>10</sup>, que recortaron las atribuciones de la administración y de los jueces? ¿O en desplazamientos de competencias de órganos nacionales hacia instituciones europeas? Los grupos de casos podrán ir evolucionando a medida que en el futuro se planteen nuevas situaciones.

Las resoluciones del BVerfG en este ámbito funcional a la democracia, a diferencia de las que se refieren a derechos subjetivos en casos particulares, nunca tienen pretensión de eternidad. Si el Tribunal decide como órgano constitucional y no como juez, entonces rige para él, naturalmente, lo mismo que para los demás órganos constitucionales: aquí no hay una última palabra.

La democracia descansa sobre la posibilidad de que las minorías lleguen a ser mayorías y puedan cambiar las cosas. La democracia vive de la reversibilidad. Por eso es importante que las decisiones funcionales a la democracia del BVerfG sigan siendo susceptibles de interpretación y no contribuyan a la petrificación.

La interpretación constitucional se convierte así en interpretación de las interpretaciones constitucionales. Sólo la función política de la jurisdicción constitucional hace posible tal discurso interpretativo. Desde tal perspectiva, el BVerfG no asume la figura de una institutriz para la democracia, sino la de una madre para el patriotismo constitucional.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

- Benda, E. (1979). Verfassungskontrolle durch Verfassungsgerichtsbarkeit. En Merten, D., y Morse, R. (eds.) *30 Jahre Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 103-117.
- v. Beyme, K. (1997). *Der Gesetzgeber*. Opladen: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch*. New Haven: Yale University Press.
- Collings, J. (2015). *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>10</sup> Cuarta Ley para la protección de la población en una situación de epidemia de alcance nacional (Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite) del 22 de abril de 2021, BGBl. I, pp. 802 ss.

- Darnstädt, Th. (2018). *Verschlussache Karlsruhe*. München: Piper.
- Doering-Manteuffel, A.; Greiner, B.; y Lepsius, O. (2015). *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Eberl, M. (2006). *Verfassung und Richterspruch*, Berlin: De Gruyter.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Gusy, Ch. (1985). *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Häberle, P. (1975). Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. *Juristenzeitung*, 10, 297-305.
- Halter, U. (1998). *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Heun, W. (1992). *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Baden-Baden: Nomos.
- Heun, W. (2014). *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Jestaedt, M. (2001). Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 116, 1309-1322.
- Jestaedt, M.; Lepsius, O.; Möllers, Ch.; y Schönberger, Ch. (2011). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp.  
— (versión inglesa, 2020). *The German Federal Constitutional Court: the Court without limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Kneip, S. (2011). *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure*. Baden-Baden: Nomos.
- Lamprecht, R. (2011). *Ich gebe bis nach Karlsruhe*. München: DVA.
- Landfried, Ch. (1984). *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*. Baden-Baden: Nomos.
- Leicht, R. (2011). Eine Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln. Das BVerfG als political player. En Stolleis, M. (ed.) *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das BVerfG*. München: C. H. Beck, 148-158.
- Lepsius, O. (2016). *Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lepsius, O. (2019). Reaktionsweisen des Gesetzgebers auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen. En Jestaedt, M., y Suzuki, H. (eds.). *Verfassungsentwicklung II*, Tübingen: Mohr Siebeck, 125-164.
- Schlaich, K. (1981). Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 39, 99-146.
- Schmidt, M. G. (2011). Regieren mit Richtern. En Stolleis, M. (ed.) *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das BVerfG*. München: C. H. Beck.
- Schönberger, Ch. (2011). Anmerkungen zu Karlsruhe. En Jestaedt, M., et al. *Das entgrenzte Gericht*. Berlin: Suhrkamp, 9-76.  
— (versión inglesa, 2020). Karlsruhe: Notes on a Court. En Jestaedt, M., et al. *The German Federal Constitutional Court: the Court without limits*. Oxford: Oxford University Press, 1-41.
- Uhl, G. (2011). *Die Stabilisierungsfunktion der Verfassung im politischen Prozess*. Baden-Baden: Nomos.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
- Wesel, U. (2004). *Der Gang nach Karlsruhe*. München: Blessing.

\*\*\*

TITLE: *The political function of the German Constitutional Court*

ABSTRACT: *The German Constitutional Court is, at the same time, a court and a constitutional body. The best way to play the political role attributed to it by the Constitution is to differentiate intelligently and depending on the specific situation between control of political ends and control of the means to achieve them.*

RESUMEN: *El Tribunal Constitucional alemán es, al mismo tiempo, tribunal y órgano constitucional. El mejor modo de desempeñar el papel político que le atribuye la Constitución es diferenciando de modo inteligente y en función de la situación concreta entre el control de los fines políticos y el control de los medios para alcanzarlos.*

KEY WORDS: *German Constitutional Court, constitutional interpretation, judicial self-restraint, judicial activism.*

PALABRAS CLAVE: *Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht – BverfG), interpretación constitucional, continencia judicial, activismo judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 21.01.2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Lepsius, O. (2024). La función política del Tribunal Constitucional alemán. *Teoría y Realidad Constitucional* 53, 119-130.