



# SENTENCIAS TRADUCIDAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento  
Jurídico Intercultural en el marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE)

Tribunal Constitucional Plurinacional  
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL  
ACADEMIA PLURINACIONAL DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES



Implementada por:

**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Proyecto de Apoyo al Desarrollo  
de un Ordenamiento Jurídico  
Intercultural en el Marco de  
un Estado de Derecho  
Democrático (PROJURIDE)

Esta publicación fue financiada por la Cooperación Alemana por encargo del Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ), a través de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH y su Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE).

El proyecto PROJURIDE tiene una línea de trabajo con el Tribunal Constitucional Plurinacional y su Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, en cuyo contexto se ha elaborado esta publicación.

Esta publicación comprende sensibilidad intercultural y de género en el uso del lenguaje.

En esta publicación se incluyen traducciones oficiales de dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, *Bundesverfassungsgericht*. Se incluyen, además, dos traducciones realizadas por Nicole Nucinkis y Stephanie Stöhser por encargo del Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE). Estas traducciones no poseen carácter oficial y deben únicamente considerarse una referencia para el estudio de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal. Las versiones originales en idioma alemán son las únicas autorizadas y auténticas.

#### **Coordinación de contenidos**

Michael Klode, Asesor Principal PROJURIDE

#### **Traducción**

Nicole Nucinkis

Stefanie Stöhser

#### **Edición y diseño**

Claudia Azcuy Becquer

Primera edición, junio 2014.

#### **Depósito legal**

8-9-456-7

#### **ISBN**

999-67856-778-9-8



---

# SENTENCIAS TRADUCIDAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

---

Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento  
Jurídico Intercultural en el marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE)

Tribunal Constitucional Plurinacional  
Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales

# INDICE DE CONTENIDOS

---

---

PRESENTACIÓN.....6

SENTENCIAS TRADUCIDAS DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN (CON  
COMENTARIOS) .....11

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 1, 184 relativa  
al control concreto de normas.....13

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 2 BvR 2436/10  
y 2 BvE 6/08 (2013).....29

TRADUCCIONES OFICIALES DE SENTENCIAS  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL.....81

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sobre el uso  
de una cruz o crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de  
enseñanza obligatoria (1995).....83

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al  
control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la  
discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas  
del mismo sexo (2002).....111

# PRESENTACIÓN

---

*“La publicación de estas sentencias responde a la necesidad de conocer experiencias de otros países en materia de justicia constitucional (...)”*

**Palabras de presentación  
Dres. Efren Choque (Presidente-Magistrado) y  
Rosario Soraida Cháñez Chire (Magistrada)  
Tribunal Constitucional Plurinacional**

Con base a la experiencia de trabajo de la Asamblea Constituyente en Bolivia (2006-2007), se puede afirmar que una Constitución es un documento político y jurídico que establece derechos fundamentales y la estructura institucional del Estado. Ese documento es el resultado de un consenso político de diferentes actores sociales y políticos sustentados en la pluralidad de aspiraciones históricas, económicas, sociales y culturales del país. Esas aspiraciones han sido escritas en el texto de la Constitución. Desde este punto de vista, en los actuales tiempos, una Constitución es de carácter normativo y como tal debe aplicarse en forma directa. Esta tarea se ejerce a través de la aplicación de las garantías constitucionales de naturaleza jurisdiccional.

En esa dimensión, el art. 109.I de la Constitución establece que: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”. En esta perspectiva, de conformidad al art. 410.I de la Ley Fundamental “Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”. De los arts. 190.I y 410.I de la Normatividad Suprema se infiere la vigencia del principio de la supremacía de la Constitución. Este principio constitucional abre la posibilidad para que las y los bolivianos puedan buscar la protección de sus derechos constitucionales esenciales a través de acciones directas sustentadas en argumentos de orden constitucional o las que deriven ella; sin intermediación de la normatividad legal. En este contexto, el principio de legalidad que predominaba antes de la instalación del Tribunal Constitucional en Bolivia; ahora, con la vigencia de la jurisdicción constitucional, debe aplicarse de conformidad a la vigencia de los derechos fundamentales.

Como resultado del ejercicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional (art. 202 de la CPE), dicho tribunal, de acuerdo al art. 203 de la Constitución emite decisiones y sentencias constitucionales, las mismas que son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe ningún recurso ulterior. De esto se deduce el principio de control plural de constitucionalidad concentrado. Ahora bien, en el marco de este principio, el carácter de la vinculatoriedad de las resoluciones constitucionales conlleva hacia el estudio y análisis de la estructura y contenido de dichas resoluciones, ya sea en la forma de sentencias, declaraciones o autos constitucionales (art. 10.1.2.3 del Código Procesal Constitucional).

En este sentido, uno de los desafíos del Tribunal Constitucional Plurinacional es transformar la actual estructura y contenido de sus resoluciones hacia su comprensión efectiva. Este principio procesal de la justicia constitucional implica que las decisiones del Tribunal deben ser motivadas en forma clara y precisa, es decir, de fácil comprensión para las partes intervinientes en el proceso y la población en general. En la perspectiva de esta preocupación, como resultado de la coordinación interinstitucional entre el Tribunal Constitucional Plurinacional y el PROJURIDE-GIZ, se presenta a las autoridades y servidoras y servidores públicos del Tribunal Constitucional Plurinacional, Órgano Judicial, Ministerio Público, a docentes y estudiantes de las Universidades del país, abogadas y abogados litigantes, investigadores y población en general, cuatro sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, mismas que han sido traducidas del alemán al español. La publicación de dichas sentencias, responde, por una parte, a la necesidad de conocer experiencias de otros países en materia de justicia constitucional y la estructura y contenido de las sentencias constitucionales y, por otra, a generar espacios de reflexión y comentarios que pueden ser realizados desde diferentes disciplinas del saber humano.

Ciudad de Sucre, capital del Estado Plurinacional de Bolivia, mayo de 2014.

Dr. Efen Choque Capuma  
Magistrado-Presidente  
**Tribunal Constitucional  
Plurinacional de Bolivia**

Dra. Rosario Soraida Cháñez Chire  
Magistrada  
**Tribunal Constitucional  
Plurinacional de Bolivia**



“...la perspectiva de brindar mediante esta publicación ideas, certezas o cuestionamientos que enriquezcan el trabajo de sus posibles lectores reconforta cualquier riesgo asumido.”

**Palabras de presentación**  
**Dr. Michael Klode**  
**Asesor Principal**  
**PROJURIDE-GIZ**

---

Como parte de su línea de trabajo para el apoyo y asesoramiento técnico al Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), la Cooperación Alemana a través de la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH y el Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE) tiene el privilegio de entregar esta publicación, fruto del compendio de traducciones al español de decisiones del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania, *Bundesverfassungsgericht*.

La entrega contiene dos traducciones nuevas y dos existentes, cedidas para esta publicación por el Tribunal Constitucional Federal, por lo que su carácter es oficial. En cuanto a las traducciones nuevas —realizadas por PROJURIDE, por lo que no deben considerarse textos oficiales— estas incorporan comentarios técnicos que permiten facilitar y orientar la lectura y comprensión.

Las primera decisión del *Bundesverfassungsgericht* seleccionada para su traducción corresponde al año 1952 y es relativa a un control concreto de normas en aquel entonces declarado inadmisibles. Esta decisión fue escogida no solo porque brinda un panorama de la situación de configuración del Estado alemán —conviene tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional Federal redactó sus primeras decisiones en septiembre de 1951— sino también porque aborda el alcance de la revisión constitucional de normas y el equilibrio de poderes como temática fundamental.

La segunda decisión, por su parte, concierne el estado actual de las decisiones del Tribunal, toda vez que pertenece a septiembre de 2013. En esta decisión, un diputado alemán es exitoso en la presentación de un recurso de amparo por el seguimiento que le habría hecho la autoridad federal de inteligencia.

Con esta publicación, el Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE) pretende visibilizar la estructura, así como las partes de interpretación y argumentación en las que hace énfasis el Tribunal Constitucional Federal en cada una de sus decisiones. En ese sentido, las y los destinatarios de esta entrega son, especialmente, personas que trabajan en el seno del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Conscientes de que toda traducción incorpora un alto riesgo de no alcanzar a transmitir adecuadamente el contenido original, la lógica de la estructura de frases; o, incluso —en este caso específico— la metodología técnica de argumentar o decidir del *Bundesverfassungsgericht*, consideramos que la perspectiva de brindar mediante esta publicación ideas, certezas o cuestionamientos que enriquezcan el trabajo de sus posibles lectores reconforta cualquier riesgo asumido.

Agradecemos al Presidente del Tribunal Constitucional Federal, Prof. Andreas Voßkuhle y a los Presidentes del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ruddy Flores (hasta febrero de 2014) y Efren Choque (a partir de febrero de 2014) por su significativo apoyo a este producto.

La Paz, mayo de 2014

Dr. Michael Klode  
Asesor Principal  
**PROJURIDE**  
*michael.klode@giz.de*

**SENTENCIAS  
TRADUCIDAS  
DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL  
FEDERAL  
ALEMÁN (CON  
COMENTARIOS)**

Sentencia del Tribunal Constitucional  
Federal (BVerfGE) 1, 184 relativa al  
control concreto de normas (1952)

Sentencia del Tribunal Constitucional  
Federal (BVerfGE) 2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

# Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 1, 184 relativa al control concreto de normas

(1995)\*

*\*En la publicación "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes" compiladas por Jürgen Schwabe (Fundación Konrad Adenauer, 2009, ps. 509 – 512) se hace un resumen de esta sentencia. En esta publicación la misma se traduce de forma íntegra para revisar su estructura*

## Elementos destacados de la decisión (Leitsätze)<sup>1</sup>

1. Al control [concreto] de normas por parte del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), de conformidad con el Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se someten exclusivamente leyes en sentido formal, incluyendo legislación de emergencia promulgada en estados de excepción de acuerdo con el Artículo 81 de la Ley Fundamental<sup>2</sup>.

2. De conformidad con el Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, sólo es admisible solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal si el órgano jurisdiccional remitente considera que la ley es inconstitucional. Simples dudas son, por lo tanto, insuficientes.

3. De conformidad con el Artículo 80, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, los expedientes se deben presentar ante el Tribunal Constitucional Federal por la vía de la justicia y no así por vía administrativa<sup>3</sup>.

## Sentencia<sup>4</sup> de la Sala Primera, del 20 de marzo, 1952

### -Control concreto de normas 1 (BvL) 12, 15, 16, 24, 28/51-

En el procedimiento de revisión constitucional:

1. De la ordenanza de la policía del Ministerio del Interior de Renania del Norte-Westfalia, del 28 de abril de 1951 (Boletín Legislativo, pág. 47);

2. De la ordenanza de la policía del Gobierno del Estado Federado (Landesregierung) de Renania-Palatinado, del 28 de abril de 1951 (Boletín Legislativo, pág. 111); y,

3. De la ordenanza de la policía del Senado de la ciudad de Hamburgo, del 11 de mayo de 1951 (Boletín Legislativo, pág. 45);

A solicitud de:

1. Los tribunales provinciales (Landgerichte) de Bielefeld y Duisburg;

2. Los juzgados locales de primera instancia (Amtsgerichte) de Ludwigshafen y Neumagen; y,

**1** Un Leitsatz en la tradición alemana consiste en el resumen del contenido jurídico destacado de una decisión. A diferencia de la ratio decidendi, la frase destacada no es necesariamente el fundamento jurídico de la causa. En este caso, las frases destacadas brindan al público en general una síntesis del contenido jurídico-dogmático de la decisión.

**2** La Ley Fundamental equivale al texto constitucional de la República Federal de Alemania.

**3** El conflicto respecto a cómo remitir la solicitud de revisión de control de constitucionalidad de normas es un rasgo característico de la época.

**4** Este encabezado indica el inicio del texto oficial de la resolución.

3. Del juzgado local de primera instancia de Hamburgo, resolución del 31 de enero de 1952, acerca de la solicitud de asignación de un defensor de oficio.

#### Resolución:

1. *Las solicitudes son inadmisibles.*

#### Motivos:

##### I.<sup>5</sup>

El 24 de abril de 1951, el Gobierno Federal (*Bundesregierung*) adoptó la siguiente resolución:

##### 1

“El referéndum ciudadano ‘*contra la re-militarización y a favor del acuerdo por la paz de 1951*’, impulsado por el Partido Socialista Unificado de Alemania - SED (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) —mandatario de la zona soviética— está destinado a socavar el orden fundamental liberal-democrático de la República Federal bajo encubrimiento de objetivos anticonstitucionales. La ejecución de la acción constituye un atentado contra el orden constitucional de la Federación (*Bund*).

##### 2

Las asociaciones que llevan a cabo esta acción, en particular los comités instaurados para tal fin, así como la Asociación de Víctimas del Régimen Nazi (*Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes - VVN*), la Juventud Libre Alemana (*Freie Deutsche Jugend - FDJ*), el Grupo de trabajo pan-alemán de Agricultura y Silvicultura (*Gesamtdeutscher Arbeitskreis für Land- und Forstwirtschaft*) y el Comité de Trabajadores Alemanes (*Deutsche Arbeiterkomitee*), atentan contra el orden constitucional y, por ello, están prohibidas con fuerza de ley mediante el Artículo 9, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

##### 3

De acuerdo con el Artículo 5 de la Ley de Cooperación entre la Federación y los Estados Federados (*Länder*) en asuntos de protección de la Constitución, del 27 de septiembre de 1950 - Boletín Oficial Federal, pág. 682, se interpela a los Gobiernos de los Estados Federados a impedir cualquier acción de tales asociaciones vinculadas al referéndum ciudadano.

##### 4

La resolución y su justificación están publicadas en la Gaceta Federal de la República Federal de Alemania N° 82, del 28 de abril de 1951.

##### 5

Mediante las ordenanzas policiales citadas en el encabezado de esta resolución y a petición del Gobierno Federal, los Estados Federados<sup>6</sup> de Renania

**5** El número latín I. indica el inicio de la presentación de los hechos en orden cronológico y obedece a una estructuración ya no vigente. A diferencia de la época (1952), en la actualidad la jerarquía inicia con letras mayúsculas (A., B.,...) y prosigue con números en latín (I., II.,...) que comprenden a su vez los núcleos de contenido de cada sentencia (1., 2.,...).

**6** En la actualidad (2014), la República Federal de Alemania está constituida por 16 Estados Federados, tres de los cuales están establecidos como ciudades-Estado: Hamburgo, Bremen y Berlín. En esta resolución, la denominación de las autoridades de Hamburgo, por consiguiente, difiere de los otros Estados Federados partes de este procedimiento.

del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado y la ciudad de Hamburgo han prohibido y amenazado con castigo cualquier actividad a favor del referéndum ciudadano. Esto se prohíbe especialmente para aquellas asociaciones mencionadas en la resolución del Gobierno Federal”.

## 6

### II.<sup>7</sup>

1. Por resolución del 27 de septiembre de 1951 (7 Qs 248/51) y de acuerdo con el Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el Tribunal Provincial de Bielefeld suspendió el proceso penal contra el albañil Hans Heinrich L., proveniente de M., y solicitó la decisión del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Provincial expresa sus dudas sobre si la ordenanza policial del 28 de abril de 1951 sería constitucional en relación con los artículos 4, 5, 8, 9, 17 y 19 de la Ley Fundamental. El Tribunal Provincial interpreta el Artículo 100 de la Ley Fundamental en sentido de que simples dudas sobre la constitucionalidad justificarían solicitar una decisión del Tribunal Constitucional Federal.

## 7

En el proceso penal contra el trabajador Guenter Sch., proveniente de M., por transgredir la misma ordenanza policial, el Tribunal Provincial de Duisburg procedió de la misma forma a través de la resolución del 20 de agosto de 1951 (14KMs 12/51). El tribunal considera la ordenanza policial inconstitucional por violación de los artículos 5, 8, 9 y 17 de la Ley Fundamental, sin haber evaluado si la acción del referéndum ciudadano representa un atentado contra el orden constitucional de la República Federal —considerando los vínculos con los planes pretendidos en la zona Oriental y señalados en la resolución del Gobierno Federal del 24 de abril de 1951; en ese caso, de tratarse de un atentado contra el orden constitucional, no habría sido admisible una apelación a los derechos fundamentales.

## 8

2. De acuerdo con el Artículo 100 de la Ley Fundamental y mediante dos resoluciones del 18 de septiembre de 1951 (4 A Cs 890/51 y 4 a Cs 892/51), el juzgado local de primera instancia de Ludwigshafen, ha suspendido los procesos penales contra el cerrajero Helmut H. y contra Waldemar H., provenientes de L., referidos a la transgresión de la ordenanza policial de Renania-Palatinado, y ha solicitado la decisión del Tribunal Constitucional Federal, dado que la ordenanza policial sería inconstitucional por violación de los artículos 5 y 19 de la Ley Fundamental.

## 9

A través de la resolución del 3 de noviembre de 1951 (2 Cs 134/51), el juzgado local de primera instancia de Neumagen procedió de la misma manera en el proceso penal contra el jubilado Johann Sch., proveniente de Th. El juzgado considera la ordenanza policial inconstitucional porque, precisamente, una campaña a favor de un tratado de paz y en contra de

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) 1, 184 relativa  
al control concreto de  
normas (1952)

**7** A partir de este número en latín se mencionan los cinco casos de la justicia ordinaria reunidos en este procedimiento.

la re-militarización sería consistente con la Ley Fundamental; además, el derecho fundamental de la libertad de expresión estaría fuera del alcance de la intromisión policial.

#### 10

3. De conformidad con el Artículo 100 de la Ley Fundamental y mediante resolución del 12 de septiembre de 1951 (136 Cs 230/51), el juzgado local de primera instancia de Hamburgo suspendió el proceso penal contra el lavadero Willy K. y el Secretario Administrativo Franz L., provenientes de H. También sometió los expedientes acerca del Presidente del Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*) ante el Tribunal Constitucional Federal para que este decida acerca de la constitucionalidad de la ordenanza policial de Hamburgo.

#### 11

En una nota, el juzgado local de Hamburgo justifica la inconstitucionalidad en base a la violación de los artículos 2, 5, 9, 18 y 19 de la Ley Fundamental.

#### 12

Los juzgados locales de primera instancia de Ludwigshafen, Neumagen y Hamburgo tampoco han examinado la relación entre el referéndum ciudadano y los planes de la zona Oriental.

#### 13

### III.<sup>8</sup>

De conformidad con los Artículos 82 y 77 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal Constitucional Federal dio oportunidad de pronunciarse al Parlamento Federal (*Bundestag*), al Consejo Federal (*Bundesrat*), al Gobierno Federal (*Bundesregierung*), a los Parlamentos Regionales o de los Estados Federados (*Landtage*) y los Gobiernos de los Estados Federados (*Landesregierungen*) de Renania del Norte-Westfalia y Renania-Palatinado, al Parlamento y el Senado de Hamburgo<sup>9</sup>, así como a las partes de los procesos penales. El Parlamento Federal, el Consejo Federal, los Parlamentos Regionales y el Parlamento de Hamburgo se abstuvieron de emitir sus consideraciones.

#### 14

En la audiencia oral del 20 de Febrero de 1952, en la que fueron articuladas las causas del control concreto de normas 1 (BvL) 12, 15, 16, 24 y 28/51 para el procedimiento y fallo conjunto, estaban representados el Gobierno Federal, los Gobiernos de los Estados Federados de Renania del Norte-Westfalia y Renania-Palatinado, y el Senado de Hamburgo, así como las partes de los procesos penales. El Gobierno Federal, los dos Gobiernos de los Estados Federados y el Senado de Hamburgo se adhirieron al procedimiento de acuerdo con el Artículo 82, párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. La audiencia se limitó a la cuestión jurídica de la admisibilidad de las solicitudes.

<sup>8</sup> A partir de este punto se comentan algunas actuaciones procedimentales.

<sup>9</sup> El Senado de Hamburgo es el Gobierno departamental de esa ciudad-Estado Federado.

## 15

El Gobierno Federal, el Gobierno del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia y el Senado de Hamburgo reconocen la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal en el control concreto de normas, incluso para decretos legislativos; el Gobierno de Renania-Palatinado y los apoderados de las partes del proceso penal quieren que se declare que dicha competencia se limite a leyes en sentido formal.

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) 1, 184 relativa  
al control concreto de  
normas (1952)

## 16

### IV.

1. El Artículo 100, párrafo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental prevé la solicitud de resolución al Tribunal Constitucional Federal sólo para el caso en que un juzgado o tribunal considere que una ley —de cuya validez depende el fallo— es inconstitucional. De acuerdo con el Artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en tanto se trate del derecho de Estado Federado (también denominado derecho regional), la decisión del Tribunal Constitucional Federal ha de ser solicitada a través del más alto tribunal competente del Estado Federado. La justificación deberá especificar en qué medida la decisión del juzgado o tribunal depende de la validez de la disposición jurídica y con cuál norma jurídica superior es incompatible.

## 17

En consecuencia, como parte de sus atribuciones, los juzgados o tribunales ordinarios pueden afirmar la constitucionalidad de una ley a ser aplicada en un caso concreto. Sólo si quieren negar la constitucionalidad de una ley y si el fallo depende de la vigencia de esta ley, deben solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal. Según el Artículo 100 de la Ley Fundamental, en el caso del control [concreto] de normas, si un tribunal tiene dudas o incluso simples reparos respecto a la constitucionalidad de una ley, estos no son suficientes; esto es contrario a lo establecido acerca del control [abstracto] de normas en el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental.

## 18

Dado que el Tribunal Provincial de Bielefeld ha acudido al Tribunal Constitucional Federal en base a simples dudas, la solicitud ya es inadmisibile por este motivo.

## 19

2. El proceso llevado adelante por el juzgado local de primera instancia de Hamburgo también es sujeto de objeción. Según el Artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, la decisión del Tribunal Constitucional Federal debe ser solicitada a través del tribunal superior federal competente o, en tanto se trate de un derecho regional, a través del más alto tribunal competente del Estado Federado respectivo. Por lo tanto, la solicitud debe ser realizada por la vía judicial y no por vía administrativa. Como



muestra la historia legislativa, el legislador aprobó esta normativa con la intención de evitar la posibilidad de influencia de la administración de justicia en la jurisprudencia. Por lo tanto, el juzgado local de primera instancia de Hamburgo no debería haber solicitado la decisión del Tribunal Constitucional Federal a través del Presidente del Tribunal Regional Superior, sino a título propio y mediante el Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*).

20

#### V.

Asimismo, las solicitudes de los tribunales remitentes son inadmisibles debido a que las ordenanzas policiales no son leyes en el sentido del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental<sup>10</sup>.

21

1. El uso de la palabra “ley” no es uniforme en el lenguaje de la Ley Fundamental<sup>11</sup>. El término se usa ora en sentido formal, ora en sentido material. Si bajo el Artículo 100, párrafo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental, se entiende el concepto de “ley” sólo en sentido formal, entonces las leyes federales y las leyes de los Estados Federados —en términos de su compatibilidad con la Ley Fundamental— estarán sujetas a la revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal. Cuando se trata de la compatibilidad con la Constitución de un Estado Federado, las leyes de los Estados Federados estarán sujetas a la revisión del Tribunal Constitucional del Estado Federado correspondiente. El Artículo 100, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental también establece la revisión del Tribunal Constitucional Federal cuando un derecho de Estado Federado viola la Ley Fundamental. Sin embargo, el Artículo 100, párrafo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental ya regula el caso de que una ley de Estado Federado viole la Ley Fundamental. Si la elección del término “derecho del Estado Federado” tuviera por objetivo extender el alcance en dirección de “leyes en sentido material”, se llegaría al resultado incoherente de que, en ese caso, la revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal comprendería los decretos legislativos de los Estados Federados, pero no así los decretos legislativos del Estado Federal. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal sólo podría revisar los decretos legislativos de los Estados Federados en cuanto a su compatibilidad con la Ley Fundamental, pero no en relación con otras leyes federales, dado que la segunda parte del inciso 2 del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental sólo menciona las leyes de los Estados Federados.

22

Por el contrario, si se entiende el término “ley” del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental en el sentido material; entonces, tanto las leyes federales como los decretos legislativos federales tendrían que ser revisados por el Tribunal Constitucional Federal en cuanto a su compatibilidad con la Ley Fundamental. Por su parte, tanto las leyes como los decretos legislativos de los Estados Federados estarían sujetos a la revisión por parte del Tribunal Constitucional del Estado Federado respectivo para determinar

**10** El estilo judicial alemán se hace presente en esta exposición: primero se establece el resultado de una cuestión (en este caso la inadmisibilidad del control concreto de ordenanzas policiales); y, posteriormente, se procede a presentar el debate jurídico que ha orientado a dicho resultado.

**11** El debate jurídico comienza con la interpretación sistemática, teleológica y gramatical.

la compatibilidad con la Constitución de su propio Estado Federado. En cambio, la violación de la Ley Fundamental por todo tipo de derecho de un Estado Federado estaría bajo la competencia jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal. En este caso, la primera parte del inciso 2 del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental sería superflua.

### 23

En caso de que no se considere superflua la primera parte del inciso mencionado (lo cual se sobreentiende en caso de una correcta interpretación del primer inciso), este sólo puede tener la función de establecer que al Tribunal Constitucional Federal no sólo le compete examinar la compatibilidad del derecho federal con la Ley Fundamental, sino también examinar la compatibilidad de los derechos de los Estados Federados con la Ley Fundamental. Pero luego no permite concluir si en el primer inciso se refiere a leyes en sentido formal o material, ya que, en ambos casos, la aclaración deseada mediante la primera parte del segundo inciso habría perdido su función.

### 24

Una comparación del contenido literal del Artículo 100, párrafo 1 con el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental podría sugerir que la potestad de revisión del Tribunal Constitucional Federal debería tener un alcance distinto para los dos tipos de control de normas. Según el Artículo 93, párrafo 1, inciso 1 de la Ley Fundamental —y al contrario de lo establecido en el Artículo 100— el control de normas se extiende sistemáticamente al derecho federal y al derecho de los Estados Federados. Sin embargo, habida cuenta del tenor poco claro del Artículo 100, y del hecho de que la Ley Fundamental en diversos lugares aplica el concepto de “ley” en sentido material y en otros en sentido formal, las diferentes redacciones de las dos disposiciones no permiten llegar a una conclusión única e imperativa.

### 25

2. La Ley del Tribunal Constitucional Federal tampoco clarifica.

### 26

No obstante, el Artículo 13, numeral 11 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal habla de la compatibilidad de una ley federal o de una ley de Estado Federado con la Ley Fundamental, así como de la compatibilidad de una ley de Estado Federado u otro derecho de Estado Federado con una ley federal. Aparentemente, la palabra “ley” se usa sólo en un sentido formal; mientras que la potestad de revisión del Tribunal Constitucional Federal estaría extendida expresamente a los decretos legislativos de los Estados Federados, en los casos en que la compatibilidad con una ley federal simple es puesta en duda. Además de que una disposición tal sería incomprensible en sí misma, no se puede suponer que el Artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal quiera otorgarle nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional Federal. En base a las palabras iniciales del Artículo 13 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal y su numeral 15, se deduce que en este sólo se pretende hacer una compilación de atribuciones fijadas en

otras normas; además, en un paréntesis del Artículo 13, numeral 11 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, este remite al Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

## 27

Por ello, si la incorporación de las palabras “*u otro derecho de los Estados Federados*” radica en un evidente descuido, no se pueden deducir indicios del resto del texto del Artículo 13, numeral 11 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal que ayuden a clarificar el concepto de “*ley*” en el sentido del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

## 28

También el Artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal regula el procedimiento del control de normas a petición de los tribunales, pero sólo para el caso en que “*las condiciones del Artículo 100 de la Ley Fundamental*” estén dadas. Cuando en el párrafo 1 del Artículo 100 se habla del “*derecho del Estado Federado*”, el término obviamente sirve para establecer la delimitación con el derecho federal, pero no así con la ley de Estado Federado. No obstante, en los párrafos 2 y 3 del Artículo 80 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal se utilizan reiteradamente los términos “*disposición jurídica*” y “*norma jurídica*”. Sin embargo, sólo se usaron designaciones uniformes, por un lado, para las disposiciones de nivel federal y de los Estados Federados, y, por otro, para la Ley Fundamental y la ley federal simple. Por ello, no se puede deducir de estos una clarificación del término “*ley*” en el sentido del Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

## 29

3. La historia legislativa del Artículo 100 de la Ley Fundamental tampoco brinda mayor claridad.

## 30

El Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental derivó del Artículo 137, párrafo 1 del Proyecto de Herrenchiemsee (HChE), con cuyo texto coincide en gran medida. En el mismo, la palabra “*ley*” se refiere al sentido material, tal como se puede inferir de los comentarios al Artículo 137 del Proyecto de Herrenchiemsee (HChE: Informe pág. 94). La primera alternativa al Artículo 100, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental (“*cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por el derecho del Estado Federado*”), no es parte del Artículo 137, párrafo 1 del HChE. Sin embargo, ya aparece en la propuesta conjunta de los diputados Zinn, Strauss y Dehler, la cual fue la base de la deliberación del Comité de Justicia y Poder Judicial (*Rechtspflegeausschuss*) y que, además, coincide casi literalmente con el Proyecto de Herrenchiemsee y con la versión actual del Artículo 100 de la Ley Fundamental. Asimismo, hubo dos borradores de proyecto de los diputados Strauss y Zinn, en que utilizaron el término “*disposición jurídica*” en lugar de “*ley*”. La diferencia con relación al Proyecto de Herrenchiemsee fue que ambos borradores de proyectos querían justificar la competencia jurisdiccional del Tribunal Federal Supremo (*Obersten Bundesgerichts*) o del Tribu-

nal Federal de Alemania (*Deutschen Bundesgerichts*), en lugar del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, dado que la discusión se concentró esencialmente en las competencias del Tribunal Constitucional Federal o de cualquier otro tribunal superior, no se puede extraer de aquí ninguna conclusión certera de que querían que se interpretara la palabra “ley” tal como se hizo en la parte de comentarios del Proyecto de Herrenchiessee: como ley en el sentido material.

### 31

No obstante, la propuesta conjunta de los Diputados Zinn, Strauss y Dehler preveía también un Artículo 128 B (la base del actual Artículo 93 de la Ley Fundamental), que quería unir las competencias del Tribunal Constitucional Federal y transferirle “*la decisión sobre la compatibilidad formal y de contenido del derecho federal o del derecho del Estado Federado con la Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho del Estado Federado con otros derechos federales, a petición de un tribunal (Artículo 137, párrafo 1), del Gobierno Federal o de un Gobierno de los Estados Federados (Artículo 44)*”. Pero de esto tampoco se puede extraer una conclusión segura para la interpretación del Artículo 137 (Artículo 100 de la Ley Fundamental vigente), porque en la tercera Lectura de la Comisión Principal se prescindió de esta unión y se mantuvo la versión del Artículo 137 con el término “ley”.

### 32

En ninguna deliberación del Consejo Parlamentario y sus comisiones se ha reconocido y tratado como un problema específico la cuestión de si el monopolio de las decisiones— de conformidad con el Artículo 100 de la Ley Fundamental— se debería limitar a leyes formales o si se debería extender a leyes materiales y, por lo tanto, también a decretos legislativos.

### 33

4. El desarrollo histórico del derecho de los jueces a la revisión tampoco brinda pistas para decidir sobre la cuestión de si el control de normas a solicitud de los juzgados o tribunales ordinarios, en base a la voluntad del legislador, ha de referirse sólo a leyes en sentido formal o extenderse también a leyes en sentido material.

### 34

En la época del Imperio (*Kaiserreich*), se negó el derecho de los jueces a la revisión para el caso de leyes formales (RGZ 9, 235) y, en cambio, se aceptó para los decretos legislativos (RGZ 24, 3, 43, 420).

### 35

Después de la entrada en vigor de la Constitución de Weimar, la jurisprudencia extendió el derecho de los jueces a la revisión para incluir la compatibilidad de las leyes imperiales con la Constitución del Imperio. En la sentencia fundante del 4 de noviembre de 1925 (RGZ 111, 320), el Tribu-

nal Supremo del Imperio (*Reichsgericht*) justifica el derecho y el deber del juez de revisar la constitucionalidad de las leyes imperiales, entre otros, en que la Constitución del Imperio no contiene en sí misma ninguna disposición en virtud de la cual se quita a los tribunales la potestad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes imperiales y se la transfiere a alguna otra instancia. Con respecto a los decretos legislativos, el derecho de los jueces a la revisión continuaba indiscutido (Stier-Somlo, *Reichs- und Landesstaatsrecht I*, pág. 679; RGZ 102, 164, 107, 379). En la Cuarta Legislatura del Parlamento (*Reichstag*), el proyecto de ley presentado —referido a la revisión de la constitucionalidad de las disposiciones del derecho imperial— expresamente extiende el monopolio de las revisiones del Tribunal del Estado (*Staatsgerichtshofs*) hacia los decretos legislativos. Dicho proyecto, del 16 de octubre de 1928 (RT-Drs. Nr. 382), coincide literalmente con el proyecto del 11 de diciembre de 1926 (RT-Drs. Nr. 2855, Tercera Legislatura).

### 36

Durante el régimen del Nacionalsocialismo se negó, de forma general, el derecho de los jueces a revisar las leyes y decretos legislativos por ser incompatible con la concepción autoritaria del Estado. Únicamente en el caso de las ordenanzas policiales esto no fue cuestionado.

### 37

Las Constituciones de los Estados Federados<sup>12</sup> creadas entre 1945 y 1949, así como la jurisprudencia de la época tras la caída del régimen, volvieron a reconocer el derecho de los jueces a la revisión. Con excepción de la Constitución provisional de Hamburgo del 15 de mayo de 1946, todas estas Constituciones regulan de manera explícita el derecho de los jueces a la revisión. Para ello, distinguen entre leyes y decretos legislativos, en los siguientes artículos de sus respectivas Constituciones: Artículo 114 de Baden<sup>13</sup>, Artículo 142 de Bremen, Artículo 132 de Hesse, Artículo 130 de Renania-Palatinado, Artículo 92 de Wurtemberg-Baden, y Artículo 62 de Wurtemberg-Hohenzollern. Únicamente el texto del Artículo 92 de la Constitución de Baviera dispone que el monopolio de revisión del Tribunal Constitucional de Baviera se limita sólo a “*leyes*”.

### 38

De las deliberaciones del Consejo Parlamentario y sus comisiones no es evidente que éste tuviera la intención de utilizar alguna de las normas contenidas en los proyectos o en las Constituciones de los Estados Federados como modelo para el Artículo 100 de la Ley Fundamental. Más bien, el Consejo Parlamentario ha configurado el derecho de los jueces a la revisión sin basarse en propuestas anteriores.

### 39

## VI.

Dado el tenor poco claro y el hecho de que ni la historia legislativa del Artículo 100 de la Ley Fundamental, ni el desarrollo histórico del derecho

<sup>12</sup> En el federalismo alemán, los Estados Federados tienen sus propias constituciones.

<sup>13</sup> En el momento de esta resolución (1952) existían los Estados Federados de Baden, Wurtemberg-Baden y Wurtemberg-Hohenzollern. En la actualidad estos conforman el Estado Federado de Baden-Wurtemberg.

de los jueces a la revisión brindan indicios seguros para la interpretación de la palabra “ley” en el Artículo 100 de la Ley Fundamental, una decisión respecto a si los juzgados o tribunales ordinarios pueden negar, como parte de sus atribuciones, la concordancia de decretos legislativos con la Ley Fundamental; o si estos casos, en virtud del Artículo 100 de la Ley Fundamental, requieren que se solicite una decisión del Tribunal Constitucional Federal, sólo puede derivar del significado del control de normas como un todo en el marco de la Ley Fundamental y de las tareas asignadas al Tribunal Constitucional Federal con relación al mismo.

#### 40

1. En el caso del control [abstracto] de las normas según el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, la función del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, se encuentra en primer plano. Es responsable de velar por que la Ley Fundamental no sea quebrantada formal ni materialmente por disposiciones jurídicas de la Federación o de los Estados Federados, y, asimismo, debe evitar el peligro —derivado de la estructura federativa— de que otros derechos de la Federación sean infringidos por derechos de los Estados Federados. Sin embargo, no se le ha impuesto al Tribunal Constitucional Federal ninguna obligación de ejercer la supervisión de oficio. Más bien, la Ley Fundamental exige que exista una solicitud del Gobierno Federal, de un Gobierno de Estado Federado o de un tercio de los miembros del Parlamento Federal. El Artículo 76 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal delimita con mayor precisión este derecho de solicitud. En este contexto es irrelevante si una delimitación tal no implica más bien una restricción del derecho de solicitud otorgado por el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental y si, por ende, esta restricción quedaría sin efecto. También de acuerdo con el Artículo 76 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, quien tiene legitimación activa podrá, en todo caso, llamar al Tribunal Constitucional Federal cuando considere una norma como válida una vez que esta no haya sido aplicada por una de las instancias mencionadas bajo el numeral 2. En cuanto algún juzgado o tribunal no aplicara alguna norma jurídica por supuesta inconstitucionalidad, entonces se podría hacer la solicitud de control de normas según el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental; en este caso, no es necesario esperar la sentencia firme de tal decisión. Lo mismo designa para el caso de una norma jurídica de un Estado Federado que no se aplica por ser considerada incompatible con el derecho federal.

#### 41

En tanto este tipo de control de normas afecte los decretos legislativos, es decir los actos legislativos del ejecutivo, se debe tomar en cuenta que el Gobierno Federal y cada Gobierno de Estado Federado, como máximos órganos ejecutivos, pueden solicitar este control de normas si consideran que la decisión fue incorrecta y que la cuestión de la validez de la norma jurídica correspondiente es considerada significativa.

42

Por lo tanto, si la validez de cualquier decreto legislativo es puesta en duda por supuesta inconstitucionalidad, entonces todos los órganos ejecutivos superiores tienen la posibilidad de recurrir —cada uno de manera independiente— al Tribunal Constitucional Federal en su función de guardián de la Constitución. Sólo si ninguno de estos órganos ejecutivos superiores, y tampoco la tercera parte de los miembros del Parlamento Federal tuvieran interés en la confirmación de la validez de una norma establecida por una autoridad ejecutiva, el Tribunal Constitucional Federal no podría entrar en acción. Si, por lo tanto, de acuerdo con el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, el derecho de solicitud también está en manos de las instituciones políticas, entonces esta norma brinda garantías suficientes de que el Tribunal Constitucional Federal sea convocado para la revisión de todos los decretos legislativos de importancia.

43

2. Por el contrario, en el caso del control de normas en términos del Artículo 100 de la Ley Fundamental, la función del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, se coloca en segundo plano.

44

De la lectura del Artículo 100 de la Ley Fundamental —atendiendo simplemente a su tenor literal— se desprende que esta disposición no busca excluir a los juzgados o tribunales del examen y de la decisión de todos los asuntos constitucionales en una controversia legal particular y, así, fundamentar la competencia [absoluta] del Tribunal Constitucional Federal. Por el contrario, los tribunales pueden y deben examinar las disposiciones jurídicas puestas a su consideración para decidir sobre la compatibilidad con la Ley Fundamental, así como la compatibilidad de las normas de los Estados Federados con el derecho federal. En base a sus propias competencias, los tribunales pueden afirmar la compatibilidad. Si por una decisión positiva de esta naturaleza resulta una violación de la Ley Fundamental (porque en una correcta interpretación de la norma jurídica aplicada sería considerada inconstitucional y, por consiguiente, nula), entonces el Tribunal Constitucional Federal, en su carácter de guardián de la Constitución, podría actuar sólo en el marco del control de normas siguiendo el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental o, tratándose de violaciones de los derechos fundamentales, con fundamento en un recurso de amparo. Mientras que, del Artículo 100 de la Ley Fundamental, no se puede derivar para el Tribunal Constitucional Federal una competencia de este tipo para la protección de la Constitución

45

Por el contrario, de conformidad con el Artículo 100 de la Ley Fundamental, es función del Tribunal Constitucional Federal cuidar que ningún juzgado o tribunal pase por alto la voluntad de los legisladores federales o de los Estados Federados, negándose a aplicar las leyes vigentes porque en su opinión estas violarían la Ley Fundamental o la jerarquía entre normas

federales y de los Estados Federados. Por lo tanto, el derecho general de los jueces a la revisión se encuentra limitado a una afirmación incidental de la constitucionalidad de la respectiva norma. En caso de una negativa, los tribunales sólo tienen el derecho de realizar un examen previo. De este modo, se excluye la posibilidad de un perjuicio del Poder Legislativo

#### 46

Precisamente la amenaza que representa para el Poder Legislativo la ampliación del derecho de los jueces a la revisión fue una de las principales objeciones para otorgarle a los jueces competencia general en la revisión de normas. Esta fue rechazada porque el examen de constitucionalidad corresponde a los órganos especiales que participan en el proceso legislativo. También se expresó que la Constitución y leyes serían de igual rango, y, por tanto, el poder constituyente así como el legislativo también serían de igual rango, en tanto no exista un órgano legislativo específico para las modificaciones de la Constitución. Además, se señaló que un juez está subordinado a la ley formal y adecuadamente anunciada, a menos que se determinara expresamente una objeción. Por último, a partir del principio de separación de poderes, se derivó el deber del poder judicial de reconocer los actos del poder legislativo.

#### 47

Sin embargo, este tipo de inquietudes no se pueden levantar contra la competencia general de los jueces respecto a la revisión de decretos legislativos. Como se dijo anteriormente, siempre fue indiscutible que los tribunales están facultados para revisar los decretos legislativos respecto a su compatibilidad con la Constitución en una controversia legal particular, en la medida en que esto no estuviese expresamente excluido. Sólo a partir de que el derecho de los jueces a la revisión se impuso también con respecto a las leyes (RGZ 111, 320), surgió el problema de cómo contrarrestar el peligro de que cualquier tribunal pudiera pasar por alto los actos del poder legislativo. Sólo sobre la base de la competencia de carácter general de los jueces respecto a la revisión de las leyes, surgió la pregunta acerca de la posibilidad de concentrar dicha competencia en un tribunal en particular; esto es, en un tribunal específico de Estado o en un tribunal constitucional.

#### 48

No obstante, cabe notar que con la competencia de revisión de los tribunales —la cual puede conducir a la negación de la vigencia legal de normas jurídicas— también existe el peligro asociado de la incertidumbre jurídica y de la fragmentación del ordenamiento legal. Esta podría ser una razón para también hacer revisar los decretos legislativos en un único tribunal. De hecho, tanto los proyectos de los años 1926 y 1928, así como varias constituciones de los Estados Federados post-1945, extendieron expresamente la concentración de la potestad de revisión incluso a los decretos legislativos. En la exposición de motivos de los proyectos, hicieron especial hincapié en que la potestad de revisión de cada juez nunca habría estado en disputa con respecto a la vigencia de decretos legislativos, sino que los inconve-



nientes de diversas decisiones judiciales habrían surgido también con los decretos legislativos y que no habría que temer una sobrecarga del Tribunal del Estado. Y es que, de acuerdo con dichos proyectos, sólo el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*), los demás tribunales supremos y los tribunales regionales superiores debían tener el derecho de recurrir directamente ante el Tribunal del Estado. Otros tribunales debían conseguir, en primer lugar, la decisión del máximo tribunal de su jurisdicción, mientras que los tribunales inferiores debían solicitar la decisión del Tribunal Regional Superior, a cuyo dictamen jurídico estarían luego subordinados.

#### 49

Sin embargo, de acuerdo con la Ley Fundamental, no existe peligro alguno de que pueda generarse incertidumbre jurídica o fragmentación del ordenamiento legal en la verificación de los decretos legislativos por los tribunales individuales, debido a que el control [abstracto] de normas, según el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, como se expuso anteriormente, brinda suficientes oportunidades para obtener la decisión oportuna y vinculante del Tribunal Constitucional Federal en todos los decretos legislativos importantes.

#### 50

Otra cosa ocurre, sin embargo, en el caso de las leyes. De hecho, como lo muestran las tendencias en el pasado hacia un monopolio de las revisiones; en estos casos, una competencia general de los tribunales para examinar la constitucionalidad de las leyes daría origen a los riesgos de la incertidumbre jurídica o de la fragmentación del ordenamiento legal. Esto se debe a que los órganos legislativos de los Estados Federados, cuyas leyes hayan sido tratadas por los tribunales como violatorias de la Ley Fundamental o como violatorias del derecho federal, carecen de la competencia para solicitar un control de normas ante el Tribunal Constitucional Federal en términos del Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental. Es precisamente la reglamentación del derecho a la solicitud para este control de normas (que toma en cuenta los Gobiernos de los Estados Federados pero no a los Parlamentos de los Estados Federados) la que señala con toda claridad que también la concentración del control de las normas es necesaria sólo en el caso de las leyes y no así para los decretos legislativos. Esto aplica en tanto dicho control tiene por objeto evitar la incertidumbre jurídica o la fragmentación del ordenamiento legal.

#### 51

Así, dado que ni la posición del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución; ni la reglamentación general del control de las normas abogan a favor de incluir los decretos legislativos en el Artículo 100 de la Ley Fundamental, el diseño del control de normas, previsto en el Artículo 100 de la Ley Fundamental, más bien, está en contra de dicha inclusión. Si el control del Artículo 100 de la Ley Fundamental se ampliara también a los decretos legislativos, entonces todo tribunal tendría que solicitar una decisión del Tribunal Constitucional Federal, no sólo cuando con-

sidera que un decreto legislativo de la Federación o de un Estado Federado es nulo por violar la Ley Fundamental, sino también cuando un decreto legislativo de un Estado Federado fuera incompatible con una ley federal. Mientras que los proyectos antes mencionados, de los años 1926 y 1928, incluyen expresamente los decretos legislativos, al mismo tiempo prevén un alivio significativo para el Tribunal del Estado. Por un lado, no extienden el monopolio de las revisiones a las disposiciones de los Estados Federados; y, por otro, dejan las cuestiones jurídicas —tanto referidas a las leyes como a los decretos legislativos— para que, en principio, sean aclaradas en el trámite por las instancias y sólo dan a los tribunales superiores el derecho o la posibilidad de solicitud. Una restricción como esta no se encuentra en el Artículo 100 de la Ley Fundamental, que transmite a cada tribunal el derecho y la obligación de solicitud.

## 52

3. En vista de las extensas competencias del Tribunal Constitucional Federal, la interpretación aquí desarrollada corresponde también con el mandato de limitar la actividad del Tribunal Constitucional Federal a las funciones de mayor importancia en el marco del control de normas. Este motivo, sin embargo, no tendría trascendencia si la concentración del control de normas, de conformidad con el Artículo 100 de la Ley Fundamental, fuese irrefutable también para decretos legislativos. No obstante, esta inclusión no se sostiene porque la revisión de decretos legislativos y, con ello, el control judicial del poder ejecutivo, según la doctrina y jurisprudencia de la competencia judicial general, es parte de las atribuciones generales del juez. Incluso después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, los tribunales han reclamado para sí la atribución de tratar decretos legislativos como ineficaces por ser incompatibles con la Ley Fundamental.

## 53

### VII.

Por lo tanto, el Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental sólo se refiere a leyes en sentido formal, incluyendo leyes aprobadas durante un estado de excepción adoptada de conformidad con el Artículo 81 de la Ley Fundamental. Al mismo tiempo, esta interpretación es la que más justicia le hace al tenor de la ley, puesto que lleva a la conclusión de que los términos “ley” y “ley de Estado Federado” en el Artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental tienen un contenido más acotado que “derecho federal” y “derecho de Estado Federado” en el Artículo 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, y que, en el artículo 100, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, el término “derecho de Estado Federado” sólo sirve para establecer la diferencia con la ley federal. En esta interpretación, la separación de los dos tipos de control de normas en la Ley Fundamental recibe su significado especial. Por último, esta interpretación también corresponde a la tendencia emergente del Artículo 80 de la Ley Fundamental respecto a limitar —en términos de los contenidos— el poder del ejecutivo para dictar decretos legislativos.

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) 1, 184 relativa  
al control concreto de  
normas (1952)

---

**54**

Con esta interpretación, el Tribunal Constitucional Federal no se posiciona en contra de la sentencia del Tribunal Constitucional del Estado Federado de Baviera del 13 de abril de 1951 (VerwRspr. 4, pág. 18), ya que la posición de ambos tribunales y sus funciones son diferentes.

**55**

En consecuencia, en los casos presentados, solicitar la decisión del Tribunal Constitucional Federal no es admisible.

# Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE)

## BvR 2436/10 y 2 BvE 6/08

(2013)

### ELEMENTOS DESTACADOS DE LA DECISIÓN (Leitsätze)

de la Segunda Sala del 17 de septiembre de 2013

– 2 BvR 2436/10 –

– 2 BvE 6/08 –

1. El artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental (Grundgesetz-GG) garantiza una relación comunicativa libre de interferencia estatal entre el diputado con las y los electores. También garantiza al diputado estar libre de seguimiento<sup>1</sup>, supervisión y control por parte de instancias del poder ejecutivo.
2. El seguimiento de un diputado mediante oficinas de Protección de la Constitución (Verfassungsschutz)<sup>2</sup> constituye una injerencia en el libre mandato del diputado, garantizado en el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 Ley Fundamental. Tal injerencia puede estar justificada, en casos específicos, para proteger el orden fundamental liberal-democrático. Una injerencia justificada está sujeta a estrictos requisitos de proporcionalidad y requiere de un fundamento legal que satisfaga al principio de reserva de ley<sup>3</sup>.
3. Los artículos 8 párrafo 1 inciso 1 y 3 párrafo 1 numeral 1 en conjunto con el artículo 4 párrafo 1 inciso 1 letra c Ley Federal de Protección a la Constitución (BVerfSchG), establecidos en el año 1990 con la Ley de Cooperación entre el Gobierno Federal y los Estados Federados (Länder) en Asuntos de Protección de la Constitución y acerca de la Autoridad Federal para la Defensa de la Constitución (Ley Federal de Protección de la Constitución – BVerfSchG) (Boletín Oficial Federal BGBl I S. 2954) constituyen un fundamento legal que satisface la reserva de ley para el seguimiento de miembros del Parlamento Federal alemán, aunque en los artículos no se haga referencia explícita a los derechos de los diputados del artículo 38 párr.1 inciso 2 Ley Fundamental.

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

- 2 N° BvR (Expediente Tribunal Constitucional Federal) 2436/10 -

- 2 N° BvE (Expediente conflictos entre órganos federales) 6/08 -

**1** En Alemania, “seguimiento” hace referencia a la observación y/o recaudación de información sobre una persona, así como al análisis de dicha información -en este caso de un diputado- por parte de las agencias de seguridad.

**2** Las oficinas de Protección de la Constitución componen el servicio secreto interno en Alemania. Existe una Oficina Federal para la Protección de la Constitución que depende del Ministerio del Interior y en cada estado federado una Oficina regional para la Protección de la Constitución.

**3** En el ordenamiento constitucional alemán, “reserva de ley” significa que sólo la ley puede limitar el ejercicio de los derechos fundamentales y que, por lo tanto, el legislador no puede afectar el contenido esencial de un derecho.

## En nombre del Pueblo

### En los procesos

I. Acerca del recurso de amparo constitucional<sup>4</sup> del Señor Bodo Ramelow, representado por:

1. Abogado Dr. Peter Hauck-Scholz, Krummbogen 15, 35039 Marburg,
2. Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider, Drosselweg 4, 30559 Hannover

contra la sentencia de la Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010 (BVerwG) 6 C 22.09 —2 BvR 2436/10<sup>5</sup>— y

II. Acerca de la acción de conflicto entre órganos federales<sup>6</sup> dirigida a que se determine que:

» La requerida a 2 y sus miembros están obligados a garantizar a diputados y diputadas del Parlamento Federal Alemán el ejercicio irrestricto de su mandato, exento de medidas de seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución<sup>7</sup>.

» El requerido a 1 y la requerida a 2 infringieron los artículos 46 párrafo 1 y artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental y el principio de fidelidad entre órganos constitucionales omitiendo instruir a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución el cese de la observación del accionante a 1, lesionando con ello al accionante a 1 en el ejercicio sus derechos constitucionales<sup>8</sup> en los artículos 46 párrafo 1 y artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental.

» El requerido a 1 y la requerida a 2 infringieron el principio de funcionabilidad del Parlamento Federal Alemán<sup>9</sup> y los artículos 46 párrafo 1 y artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental y el principio de fidelidad entre órganos constitucionales así como los principios de la constitución fiscal y financiera<sup>10</sup> de los artículos 104<sup>a</sup> y ss. de la Ley Fundamental, omitiendo instruir a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución el cese del seguimiento del solicitante a 1 y de otros diputados del Parlamento Federal Alemán, miembros de la solicitante a 2, lesionando con ello al Parlamento Federal Alemán en sus derechos constitucionales que emanan de las disposiciones citadas.

Solicitantes<sup>11</sup>:

1. Bodo Ramelow, Platz der Republik 1, 11011 Berlín,
2. Bancada parlamentaria DIE LINKE, representada por su presidente Dr. Gregor Gysi, Platz der Republik 1, 11011 Berlín

Representados por: Abogados Hauck-Scholz & Christ, Krummbogen 15, 35039 Marburg –

Requeridos:

1. Ministro Federal de Asuntos Internos, Alt-Moabit 101 D, 10559 Berlín,
2. Gobierno Federal, representado por la Canciller Dr. Ángela Merkel, Oficina de la Canciller, Willy-Brandt-Straße 1, 10557 Berlín.

**4** En esta decisión, el TCF ha unido una acción de amparo constitucional y un conflicto entre órganos constitucionales.

**5** Este es el número de carpeta que contiene el recurso de amparo.

**6** La legitimación activa/pasiva para esta acción radica en el Presidente, el Gobierno, el Parlamento, el Consejo Federal y partes de estos órganos (incluyendo grupos de diputados, ministros, entre otros).

**7** Estas declaraciones constituyen únicamente la solicitud de los accionantes y no así la decisión del TCF.

**8** Se trata de un principio desarrollado por la justicia constitucional alemana, relativo a la obligación de actuar de buena fe entre los órganos con rango constitucional; como lo son el Presidente, el Parlamento Federal, el Consejo Federal, el Gobierno Federal y el propio TCF.

**9** El principio de funcionabilidad se refiere a los elementos necesarios para que el Parlamento Federal Alemán y sus miembros puedan cumplir con sus atribuciones.

**10** Se hace referencia a los artículos de la Ley Fundamental que definen el ordenamiento de financiación del Estado.

**11** En esta traducción se usa la siguiente terminología: para el recurso de amparo: *accionante/recurrente en amparo*; y para el conflicto entre órganos federales: *solicitante/requerido(a)*.

La Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal con la colaboración  
de las magistradas y los magistrados:

1. Presidente Voßkuhle,
2. Lübbe-Wolff,
3. Gerhardt,
4. Landau,
5. Huber,
6. Hermanns,
7. Müller,
8. Kessal-Wulf.

resolvió el 17 de septiembre 2013 que:

1. *Los procesos se acoplarán para una decisión conjunta.*
2. *Las solicitudes en el conflicto entre órganos federales son rechazadas.*
3. *La sentencia del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010 – (BVerwG) 6 C 22.09 – vulnera al accionante en sus derechos referentes a los artículos 38 párrafo 1 inciso 2 y art. 38 párrafo 1 inciso 2 en relación al art. 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental. La sentencia se anula. La causa es devuelta al Tribunal Federal Contencioso-Administrativo.*
4. *La República Federal de Alemania deberá reembolsar al accionante los gastos causados dentro del procedimiento de este recurso de amparo.*

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**Motivos:**

**A.**

**1**

Objeto del conflicto entre órganos federales y de la acción de amparo constitucional es la interrogante respecto a si el seguimiento, la supervisión y el control de diputados por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución son compatibles con la Ley Fundamental.

**I.**

**2**

La Oficina Federal para la Protección de la Constitución —dependiente del accionado a 1— lleva a cabo el seguimiento de miembros individuales del Parlamento Federal Alemán pertenecientes a la bancada parlamentaria DIE LINKE. De los 53 miembros de la bancada parlamentaria, 27 fueron sometidos a observación por la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (véase impresos del Parlamento Alemán/IPA 16/14159, p. 5 e IPA 17/372, p. 3). El recurrente en amparo y accionante a 1 está entre los

**12** Número de carpeta del  
conflicto de competencias.

observados. Fue miembro del Parlamento del Estado Federado de Turingia a partir de octubre de 1999. Entre octubre de 2005 y septiembre de 2009 fue miembro del Parlamento Federal Alemán y de la bancada parlamentaria DIE LINKE siendo su Vicepresidente adjunto. Desde otoño 2009 es Presidente de la bancada parlamentaria DIE LINKE en el Parlamento del Estado Federado de Turingia.

### 3

En el conflicto entre órganos federales, el accionante en amparo y solicitante a 1 se opone, junto a la bancada parlamentaria en el Parlamento Federal Alemán del partido DIE LINKE, a la negativa del Ministro Federal del Interior y del Gobierno Federal de instruir a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución la suspensión del seguimiento. Mediante el amparo cuestiona un fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010 que autoriza retroactivamente la recolección de información relativa a su persona por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución a partir del inicio de funciones de su mandato como diputado regional en octubre 1999.

### 4

La Oficina Federal para la Protección de la Constitución lleva, desde 1986, un expediente personal sobre el recurrente en amparo, mismo que contiene información recolectada desde los años 1980. Las informaciones proceden, según constataciones de los tribunales ordinarios, de fuentes de acceso público. El recurrente en amparo, sin embargo, cuestiona que se haya renunciado completamente a métodos de obtención secreta de información. La información recolectada se refiere a las actividades del recurrente en amparo dentro y para su partido político así como, a partir de 1999, también en su actividad como diputado. Pero no incluyen su comportamiento de voto ni sus declaraciones en el parlamento y en las comisiones. Al mismo tiempo, los tribunales ordinarios han constatado la evaluación de documentos parlamentarios impresos por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, que también ha reunido información sobre otras actividades políticas del recurrente en amparo.

### 5

Según las constataciones de los tribunales especializados, el recurrente en amparo como individuo no es sospechoso de cultivar intenciones contra el orden fundamental liberal-democrático. Su seguimiento se fundamenta exclusivamente en su pertenencia al partido político DIE LINKE (anteriormente PDS y Linkspartei PDS) y en sus funciones dentro del mismo<sup>13</sup>.

## II.

### 6

La recolección de información sobre el recurrente en amparo se fundamenta en artículo 8 párrafo 1 inciso 1 en conjunto con el artículo 3 párrafo 1 numeral 1 y artículo 4 párrafo 1 letra c, inciso. 2 de la Ley Federal de Protección Constitucional – BVerfSchG. Las disposiciones relevantes de esta ley son las siguientes:

**13** El partido DIE LINKE sigue una línea de izquierda y es en la actualidad el tercer partido más importante en la República Federal de Alemania, al ser el tercero más votado en las elecciones generales de 2013.

## 7

### Artículo 2. Oficinas para la Protección de la Constitución

(1) Para la cooperación del Estado Federal con los Estados Federados (Länder), el Estado Federal mantiene una Oficina Federal para la Protección de la Constitución como Autoridad Federal Superior. Esta depende del Ministerio Federal del Interior. [...]

## 8

### Artículo 3. Funciones de las Oficinas para la Protección de la Constitución

(1) Constituye una función de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución y de las Oficinas de los Estados Federados (Länder) la recolección y el procesamiento de información, en especial de información relativa a hechos y personas, noticias y documentación acerca de

1. Esfuerzos dirigidos contra el orden fundamental liberal-democrático, la perdurabilidad o la seguridad del Estado Federal o de un Estado Federado (Land) o que tienen como objetivo una restricción ilegal de la gestión de los órganos constitucionales del Estado Federal o de sus miembros, [...]

(3) Las oficinas de Protección de la Constitución están sujetas a las normas generales (artículo 20 de la Ley Fundamental).

## 9

### Artículo 4. Definiciones conceptuales

(1) a efectos de esta ley constituyen [...]

c) esfuerzos contra el orden fundamental liberal-democrático aquellas actitudes políticas de finalidad determinada de una asociación de personas que tiene como objetivo eliminar o derogar uno de los fundamentos nombrados en el inciso 2.

A favor de una asociación de personas actúa quien la apoya activamente en sus empeños. Condición previa para la recolección y el procesamiento de información en sentido del artículo 3 inciso 1 es la presencia de indicios reales. Constituyen empeños, en sentido de esta ley, actitudes de personas individuales que no actúan dentro de o para una asociación de personas si tienen como finalidad el empleo de violencia o se prestan, debido a sus efectos, para dañar considerablemente la materia protegida de esta ley<sup>14</sup>.

(2) A efectos de esta ley forman parte del orden fundamental liberal-democrático:

a) el derecho del pueblo a ejercer el poder de Estado en elecciones y votaciones y mediante órganos específicos de la legislación, del poder ejecutivo y de la jurisdicción y a elegir a los representantes del pueblo en elección general, directa, libre, equitativa y secreta,

b) la vinculación de la legislación al orden constitucional y la vinculación del poder ejecutivo y de la jurisdicción a la

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**14** En esta disposición se puede encontrar una lógica de definiciones legales características del ordenamiento alemán, respondiendo —en este caso— a las siguientes cuestiones: ¿qué son esfuerzos contra el ordenamiento fundamental liberal-democrático? y ¿cómo se actúa a favor de una asociación de personas?



ley y al derecho

c) el derecho a la formación y el ejercicio de una oposición parlamentaria,

d) la alternabilidad del gobierno y su responsabilidad frente a la representación del pueblo,

e) la independencia de los tribunales,

f) la exclusión de toda violencia y mando arbitrario y

g) los derechos humanos concretados en la Ley Fundamental.

## 10

Artículo 8. Atribuciones de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución

(1) La Oficina Federal para la Protección de la Constitución tiene derecho de recabar, procesar y utilizar información incluyendo el levantamiento de datos relativos a personas mientras no se oponga a los contenidos de la Ley Federal de Protección de Datos o a disposiciones específicas de otras leyes. [...]

(2) La Oficina Federal para la Protección de la Constitución tiene derecho al uso de métodos, objetos e instrumentos para la obtención secreta de información como ser el empleo de personas de confianza y de garantes, seguimientos, registros de imágenes y audio, papeles y matrículas de camuflaje. [...]

(3) No corresponden a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución potestades policiales o de mandamiento, ni está autorizada a solicitar medidas de asistencia judicial a la policía que no le estuviesen permitidas a ella misma. [...]

(5) De diversas medidas adecuadas, la Oficina Federal para la Protección de la Constitución está en la obligación de elegir aquella que, previsiblemente, cause la menor restricción a la persona afectada. Una medida no deberá conllevar desventajas que se extralimiten notoriamente en relación al procurado éxito<sup>15</sup>.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**15** Esta disposición refleja el principio de proporcionalidad.

**16** En alemán se distinguen entre “preguntas pequeñas” y “preguntas grandes” a aquellas que se realizan al Gobierno como parte de solicitudes de informe escrito y otros modos de fiscalización del legislativo al ejecutivo. La utilización de uno u otro tipo de interrogante depende de la complejidad del asunto sobre el cual se interpele al órgano ejecutivo.

### III.

## 11

1. Dentro del decimosexto período de gestión, en el marco de solicitudes de informe escrito<sup>16</sup>, el Parlamento Federal Alemán se ocupó en múltiples ocasiones del seguimiento de miembros del Parlamento Federal Alemán por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. (véase Impresos del Parlamento Federal Alemán –*Bundestagsdrucksachen*: BTDrucks 16/1397; BTDrucks 16/1808; BTDrucks 16/2342; BTDrucks 16/3763 y BTDrucks 16/13886 así como las respuestas del Gobierno Federal: BTDrucks 16/1590; BTDrucks 16/2098; BTDrucks 16/2412; BTDrucks 16/3964 y BTDrucks 16/13990).

Una solicitud de informe escrito (pregunta pequeña) de la bancada parlamentaria DIE LINKE y sus diputados, entre los que se encontraba el recurrente en amparo, en relación al seguimiento de esa bancada y de sus miembros (BTDrucks 16/3763) fue respondida por el Gobierno Federal de la siguiente manera:

*“1. ¿En base a qué fundamento legal y con qué objetivo ha creado la Oficina Federal para la Protección de la Constitución un expediente sobre la bancada parlamentaria DIE LINKE?”*

El artículo 3 párrafo 1 de la Ley Federal de Protección de la Constitución (BVerfSchG) constituye el fundamento legal para el seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (BfV) [...]. El Gobierno Federal ha sostenido desde hace años y en forma continua que el partido político Linkspartei.PDS — llamado hasta julio 2005 “Partido del Socialismo Democrático” (PDS— estaría ofreciendo, en general, indicios reales de ambiciones extremistas de izquierda en sentido de los artículos 3 y 4 de la Ley Federal de Protección de la Constitución tanto en sus declaraciones como en su práctica política hasta su cambio de nombre.

Para la evaluación del partido político en su totalidad [...], el parámetro es constituido por su actuar público en general, en especial, sus declaraciones programáticas y su práctica política. En este contexto, puede adquirir relevancia la posición de un partido respecto al parlamentarismo o bien su comportamiento dentro del parlamento, o, en caso dado, su instrumentalización. En tal sentido, la participación de la “Linkspartei.PDS” en elecciones parlamentarias también es sujeto de evaluación. En caso que se considere que la actividad parlamentaria o funciones parlamentarias son de relevancia para la evaluación del partido, estos también serán registrados en un expediente de causa relacionado. La Ley Federal de Protección a la Constitución (BVerfSchG) no prevé un tratamiento privilegiado singular de miembros de entidades parlamentarias en relación al mandato legal de la Agencia Federal para la Defensa de la Constitución (BfV). En tal sentido, las normativas legales han de ser aplicadas sin consideración de la persona en particular. En tanto existan indicios de facto relativos a una actividad de asociación extremista de personas por parte de parlamentarios, se procederá a la recolección y evaluación de datos dentro del marco de las disposiciones legales.

*2. ¿Qué tipo de datos contiene el expediente de causa acerca de la bancada parlamentaria DIE LINKE en la Oficina Federal para la Protección de la Constitución?*

*3. ¿Es que el expediente contiene información acerca de cada miembro de la bancadas parlamentaria DIE LINKE y, si no fuera así, acerca de cuáles miembros contiene información y bajo qué criterios fueron seleccionados los mismos? [...]*

*7. ¿Acerca de cuántos diputados el expediente contiene información que excede las indicaciones del Manual Oficial del Parlamento Federal Alemán?*

a) *¿De qué indicaciones se trata?*

b) *¿De qué diputados parlamentarios se trata?*

8. *¿Acerca de cuántos diputados de la brigada parlamentaria DIE LINKE, la Oficina Federal para la Protección de la Constitución posee supuestas revelaciones 'sobre actividades extremistas'? [...]*

El Gobierno Federal, en principio, sólo hace declaraciones acerca de asuntos clasificados de las agencias de información federales y, en especial, respecto a sus procedimientos, estrategias y conocimientos relativos a determinadas personas u organizaciones, únicamente en el marco de las instancias previstas especialmente para tal efecto en el Parlamento Federal Alemán<sup>17</sup>.

Esta afirmación no significa que las suposiciones y constataciones contenidas en las acotaciones y preguntas previas sean acertadas.

En caso de revelación de la información almacenada presente podrían sacarse conclusiones acerca del estado de conocimiento y modus operandi de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (BfV) en relación al partido político 'Linkspartei.PDS'. Con ello, podría dificultarse substancialmente o, eventualmente, incluso imposibilitarse el futuro cumplimiento de deberes de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (BfV) en relación a la observación de ambiciones de extrema izquierda en el partido político 'Linkspartei.PDS'.

Por lo demás, el Gobierno Federal ha informado extensamente y, en especial, a lo correspondiente a los fundamentos legales, acerca del procedimiento y la práctica de observación o seguimiento de diputados parlamentarios por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución en el Órgano Parlamentario de Control en la sesión del 5 de abril 2006.

9. *¿Ha empleado la Oficina Federal para la Protección de la Constitución medidas propias del servicio de inteligencia para la elaboración del expediente de causa y, en caso afirmativo, cuáles, en qué época y en contra de qué personas y/o instancias?*

La Oficina Federal para la Protección de la Constitución efectúa el seguimiento del partido político PDS y/o 'Linkspartei.PDS' sin el empleo de datos de inteligencia. Esto vale, por supuesto, también en relación a los diputados y las diputadas de dicho partido. La información recolectada y evaluada comprende, particularmente, publicaciones del partido mismo o acerca de él. Lo propio vale para sus secciones y funcionarios.

10. *¿Cree el Gobierno Federal poder excluir la posibilidad de crear un efecto sobre el ejercicio del mandato y, con ello, sobre la capacidad de funcionamiento del parlamento, cuando diputados del Parlamento Federal Alemán, colaboradores y colaboradoras de estos diputados así como colaboradores y colaboradoras de bancadas políticas deben temer ser registrados en el marco de un 'expediente de causa' y verse, posiblemente, obligados, a desarrollar un comportamiento evasivo (favor fundamentar)?*

11. *¿La Oficina Federal para la Protección de la Constitución así como otras agencias de noticias toman en cuenta las implantaciones del peritaje del*

**17** Se refiere al órgano parlamentario especial (Parlamentarisches Kontrollgremium – Órgano Parlamentario de Control), entidad con la atribución de fiscalizar a los servicios secretos. El contenido de su trabajo, sin embargo, es clasificado y no puede por lo tanto ser publicado.

*servicio científico del 8 de mayo 2006 (supervisión parlamentaria del seguimiento a diputados por medio de las oficinas de Protección de la Constitución), incluso respecto a la creación de expedientes acerca de bancadas parlamentarias del Parlamento Federal Alemán y, en caso afirmativo, cuál es su envergadura?*

El informe destinado al Concejo de Mayores, elaborado por el Servicio Científico del Parlamento Federal Alemán, del 8 de mayo 2006 (supervisión parlamentaria del seguimiento a diputados por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución) llega a la conclusión de que el seguimiento de diputados y/o el empleo de medios de inteligencia es ilícito tan sólo en caso de que la funcionalidad del parlamento y/o los derechos de estatus intra-parlamentarios del diputado se vean afectados (pág. 11, 14 del informe). Este sería el caso tan sólo si la actividad de las Oficina Federal para la Protección de la Constitución ejercieran influencia directa o indirecta en el proceso parlamentario de toma de decisiones y/o la actividad parlamentaria como tal del diputado (por ejemplo influenciando el comportamiento de voto o discursivo). Con reserva de tales efectos jurídicos que restringen el estatus en cuanto a los derechos constitucionales según los artículos 46 y 38 de la Ley Fundamental, una observación o seguimiento es, en principio, legal. La recolección y evaluación de información por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (BfV) descrita más detalladamente en las respuestas a las preguntas 1 y 6, no conlleva una restricción en el ejercicio del mandato ni de la funcionalidad parlamentaria.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

*12. ¿Tiene el Gobierno Federal la intención de instruir, en lo inmediato, a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución el cierre del expediente relativo a la bancada parlamentaria DIE LINKE y de comunicar su contenido a los y las afectadas y, en caso negativo, por qué no?*

El Gobierno Federal, en vista de la legalidad arriba descrita respecto a la recolección de información, no ve razones para tal instrucción."

## 14

2. La solicitante a 2 solicitó el 27 de mayo de 2007 (Impresos del Parlamento Alemán, BTDrucks 16/5455), al Parlamento Federal Alemán comprobar si el seguimiento de diputados y la creación de un llamado expediente de causa relativo a ellos viola el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 así como el artículo 46 párrafo 1 de la Ley Fundamental y pone en peligro el funcionamiento del parlamento. Además, debió comprobarse que el seguimiento no estuviese cubierto por la Ley Federal de Protección de la Constitución dado que la solicitante a 2 no cumpliría las condiciones que justificarían un seguimiento, que con ello se violaría la igualdad de oportunidades de los partidos políticos —garantizada en el artículo 21 de la Ley Fundamental— y que tanto la Oficina Federal como las oficinas de los países Federados para la Protección de la Constitución utilizarían los fondos tributarios a su disposición en contra de lo establecido en los artículos 104a y siguientes de la Ley Fundamental, empleándolos en el seguimiento de los diputados de la bancada parlamentaria DIE LINKE y de DIE Linkspartei.PDS. Adicionalmente, se solicitó pedir al Gobierno Federal el cese inmediato del seguimiento así como la inmediata eliminación de los datos recolectados y del expediente de causa. Más allá, se exhortó al Gobierno Federal, a inducir

a los gobiernos de los Estados Federados a también proceder de esa forma. El Parlamento Federal Alemán rechazó la moción en su sesión 225 del 29 de mayo 2009 (Acta de la plenaria 16/225, pág. 24908).

#### IV.

15

El recurso de amparo se basa en los hechos que siguen:

16

1. Inicialmente, el accionante y recurrente en amparo solicitó información a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución acerca de datos personales suyos almacenados en la base de datos de dicha agencia. La información le fue dada parcialmente —mediante notificación del 27 de mayo 2003— por lo demás, la solicitud fue rechazada. En consecuencia, el recurrente en amparo inició una demanda judicial en el Tribunal Contencioso-Administrativo de primera instancia. A exhortación del Tribunal Administrativo, la Oficina Federal para la Protección de la Constitución presentó el expediente personal del recurrente en amparo, mismo que contenía, en parte, omisiones y alteraciones. En contra de estas omisiones y alteraciones se dirigió el recurrente en amparo, finalmente, sin éxito: mediante resolución del 23 de julio 2010 —20 F 8/10— el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo falló en sentido de que la querrela no tendría fundamento y las alteraciones serían legales. Las partes declararon entonces el litigio ante el tribunal administrativo parcialmente concluido. La solicitud de demanda judicial del recurrente en amparo no comprendida en la declaratoria de conclusión, de comprometer a la República Federal Alemana a brindarle toda la información acerca de su persona de la que dispone la Agencia Federal de Defensa de la Constitución más allá de su expediente personal, fue rechazada por el tribunal administrativo de Colonia mediante fallo del 13 de diciembre de 2007 – 20 K 6242/03. La petición del recurrente en amparo por un recurso de apelación fue rechazada. El recurrente en amparo presentó un recurso de amparo constitucional, mismo que, sin fundamentación correspondiente, no fue aceptado por la primera cámara de la sala 1 mediante resolución del 17 de mayo del 2011 —recursos de amparo 780/09.

17

2. En otra causa, el Tribunal Contencioso-Administrativo de Colonia constató —luego de separar la parte de la solicitud relativa al período a partir de 1999— mediante fallo del 23 de abril 2009 -20 K 5429/07- que el levantamiento de datos personales del recurrente en amparo por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución es inconstitucional en cuanto a información recabada hasta el inicio de su mandato como diputado regional en octubre de 1999: el levantamiento de información relativa a personas en un expediente personal “*por su cercanía con el partido político Partido Comunista Alemán (DKP)*” es, en todo caso, excesivo. El recurrente en amparo nunca fue miembro del DKP ni realizó actividades por este partido. Por lo demás, en tanto el recurrente en amparo solicitó una constatación de ilegalidad de la recolección de información fuera del expediente personal, por ejemplo, en expedientes sustantivos, el Tribunal Contencioso-Administrativo rechazó la demanda como improcedente. Se

convirtió en fallo ejecutoriado.

### 18

3. a) En el fallo que derivó en este amparo constitucional, el Tribunal Contencioso-Administrativo de Colonia, el 13 de diciembre 2007 –20 K 3077/06– constató que la colección de información personal por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución sería ilegal, en tanto se tratase de información recabada acerca del recurrente en amparo durante el periodo del ejercicio de su mandato regional en el parlamento del país Federado de Turingia y su actividad como diputado del parlamento alemán hasta la actualidad.

### 19

b. En la apelación iniciada por a República Federal de Alemania, el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo del país Federado (*Land*) Renania del Norte-Westfalia realizó cambios parciales al fallo de primera instancia del Tribunal Contencioso-Administrativo de Colonia, afirmando que el levantamiento de datos de fuentes de acceso general sobre el recurrente en amparo durante el período de ejercicio de su mandato como diputado regional en Turingia desde octubre de 1999 a octubre de 2005 así como en el período desde la asunción de su mandato como diputado del Parlamento Federal Alemán desde octubre 2005 hasta el 13 de febrero de 2009 fue ilegal y los datos que desde entonces se levantarían, también lo sería.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

### 20

Por lo demás, rechazó la demanda en cuanto a que la Oficina Federal para la Protección de la Constitución lo estaría siguiendo con medidas o medios de inteligencia, ya que el análisis de las pruebas presentadas habría dejado evidencia de que tales medios no se habrían empleado y no existirían indicios de que su empleo formaría parte de alguna intención actual. De que la Oficina Federal para la Protección de la Constitución se hubiese reservado, en principio, la posibilidad de emplear tales medidas, constituiría, simplemente, una primacía general de derecho. Una alteración de las circunstancias que podría inducir a la Oficina a emplear medios de inteligencia no sería identificable actualmente.

### 21

El Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia afirmó que si bien<sup>18</sup> el seguimiento abierto a diputados por medio de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución utilizando fuentes públicas, no requeriría de una fundamentación legal específica para su autorización. Y además, los requisitos de ley para un seguimiento estarían dados, porque en el caso del partido político DIE LINKE se trataría de una asociación de personas a efectos del artículo 4 párrafo 1 de la Ley Federal de Protección de la Constitución. La evaluación de la documentación presentada habría proporcionado suficientes indicios de peso de que persisten corrientes anticonstitucionales que definirían la orientación del partido político. Ejemplo de agrupaciones que perseguirían una revolución socialista y un orden social socialista-comunista, en el clásico sentido marxista-leninista, serían la Plataforma Comunista, el Foro Marxista y la recono-

**18** En este caso “si bien” se refiere a todo el apartado. En el siguiente punto comenzará a hacerse referencia a el “sin embargo”.

cida organización juvenil Juventud de Izquierda [*solid*]. Las declaraciones de estas agrupaciones tendrían un significado decisivo en el marco del establecimiento de un panorama general, por el peso significativo que tendrían dentro del partido, a juzgar, por su posición según los estatutos, la cantidad de sus miembros, su apoyo dentro del total de miembros del partido y su consecuente influencia intrapartidaria. Más allá, el Tribunal estaría en posesión de documentos del partido en general así como de declaraciones de líderes partidarios —que no forman parte de estas agrupaciones— que justificarían las dudas acerca de la lealtad constitucional del partido. Las condiciones de facto para un seguimiento abierto al recurrente en amparo aún estarían dadas tan sólo por su actividad política dentro del partido. La ausencia de actitudes propias suficientemente sospechosas no conduciría a la improcedencia del seguimiento.

## 22

El seguimiento del recurrente en amparo sería, sin embargo, desproporcionado. En sí constituye un acto dirigido a un fin público legítimo —para cuyo alcance también es adecuado —ya que en la evaluación de los peligros emergentes de un partido político las declaraciones de sus funcionarios líderes adquirirían un peso considerable. El seguimiento también sería necesario, dado que el objetivo de revelar ambiciones anticonstitucionales dentro del partido no sería factible con la misma eficacia sin el seguimiento del recurrente en amparo. Sin embargo, en el caso individual del recurrente en amparo, el libre mandato como diputado se encontraría en oposición a un seguimiento abierto por medio de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. Las restricciones a su actividad como diputado y, como consecuencia indirecta, a la libertad e independencia del Parlamento Federal Alemán resultantes de tal seguimiento serían leves. Sin embargo, él no estaría obligado a aceptar tales restricciones. La amenaza de un peligro inminente para el orden fundamental liberal-democrático no estaría dada. Por ahora, el partido no habría desempeñado actividades que dejasen vislumbrar una transgresión del orden estatal y social reinante dentro de su trabajo parlamentario ni en participaciones gubernamentales. Las agrupaciones dentro del partido que presentarían indicios de ambiciones contrarias al orden fundamental liberal-democrático tendrían una influencia digna de mención pero, hasta ahora, no determinante.

## 23

La Oficina Federal para la Protección de la Constitución no estaría intolerablemente restringida en el cumplimiento de sus deberes sin el seguimiento del recurrente en amparo. Las posibles revelaciones adicionales tendrían un impacto relativamente bajo para la evaluación de peligros. El libre mandato del legislador entraría en contradicción general con un seguimiento abierto al recurrente en amparo. Quedaría eliminada la diferenciación entre actividades que ejerciera como diputado y actividades que ejerciera en calidad de funcionario del partido. La pérdida de confianza que restringe su actividad como diputado sería consecuencia del seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución como tal y no quedaría eliminado con la restricción del seguimiento a ámbitos extraparlamentarios.



c. El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, mediante el fallo del 21 de julio 2010 - impugnado con el presente recurso de amparo, derogó los fallos anteriores y rechazó la demanda del recurrente en amparo en toda su envergadura.

## 25

El artículo 8 párrafo 1 inciso 1 de la Ley Federal de Protección de la Constitución cubriría el levantamiento de información sobre el recurrente en amparo con medios de la recolección abierta de información porque existirían indicios de que el partido político DIE LINKE tendría ambiciones anticonstitucionales y sería legítimo, por tanto, extender el levantamiento de información al recurrente en amparo como uno de sus miembros destacados.

## 26

En caso de los partidos políticos PDS, Linkspartei.PDS y DIE LINKE se trataría de asociaciones de personas a efectos del artículo 4 párrafo 1 inciso 1 letra c de la Ley Federal de Protección de la Constitución ya que, según las constataciones vinculantes<sup>19</sup> del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia, estos habrían presentado indicios de hecho de albergar ambiciones en contra del orden fundamental liberal-democrático en el período del litigio. El término *asociación de personas*, de acuerdo a esta disposición, comprendería también a los partidos políticos. La apreciación del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia de que *“secciones considerables del partido”* ambicionaban una remodelación política de la República Federal de Alemania mediante una revolución socialista y la dictadura del proletariado en el sentido *“clásico marxista-leninista de un orden social socialista-comunista”* se reafirma en la revisión.

## 27

El Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia, en su apreciación, sólo habría constatado ambiciones anticonstitucionales en agrupaciones particulares dentro del partido político DIE LINKE no extralimitándose el partido del marco trazado mediante recurso jurídico del artículo 4 párrafo 1 inciso 1 letra c de la Ley Federal de Protección de la Constitución. La existencia de indicios para posibles ambiciones de un partido dirigidas en contra del orden liberal-democrático no sólo se daría cuando el partido en su conjunto despliega tales ambiciones. Más bien sería suficiente que el desgarramiento interno de un partido, luchas entre corrientes divergentes y un acercamiento a agrupaciones o partidos extremistas exigiese un seguimiento. Esta sería la única manera de constatar en qué dirección podría evolucionar el partido.

## 28

Las agrupaciones con orientación anticonstitucional podrían apelar en sus ambiciones a afirmaciones en todo caso ambiguas del programa partidario, con la consecuencia de que no se los podría tildar de marginales, que no representarían la línea general del partido. El Tribunal Supremo Con-

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

<sup>19</sup> Se trata de constataciones vinculantes puesto que en tercera instancia (revisión) ya no se analizan los hechos, sino solo la valoración jurídica de los hechos constatados en las instancias previas.



tencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia habría efectuado acertadamente una mirada general que permitiese destacar la relevancia de unas circunstancias a la luz de otras. Más allá de ello, el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia habría constatado que las ambiciones anticonstitucionales habrían desembocado en actitudes políticas, orientadas hacia un objetivo y un fin que coincide con lo estipulado en el artículo párrafo 1 inciso 1 letra c de la Ley Federal de Protección de la Constitución.

### 29

Que la influencia de agrupaciones abiertamente anticonstitucionales<sup>20</sup> no habría crecido— y que estas existirían desde hace tiempo sin que hubiesen logrado dominar el partido — no justificaría el supuesto de que estas agrupaciones y sus objetivos no tuviesen ya el suficiente peso como para brindar indicios de ambiciones anticonstitucionales del partido como tal. La existencia constante de indicios, a lo largo de los años, de ambiciones anticonstitucionales y la imposibilidad de despejarlos a pesar de un seguimiento de varios años, mantendría la justificación del seguimiento de un partido. Existiría un interés público justificado de mantener en observación la evolución del partido recompuesto DIE LINKE y de sus funcionarios relevantes. Especial esclarecimiento requeriría la posibilidad de que las fuerzas extremistas aprovecharan para sus propios fines las bases del partido ampliadas por la fusión de varios grupos bajo el nuevo partido.

### 30

La actividad del recurrente en amparo como la de un “destacado miembro” de los partidos PDS, Linkspartei.PDS y hoy DIE LINKE justificaría la recogida de información acerca de su persona por medio de la obtención abierta de informaciones. Esta medida sería adecuada. El artículo 4 párrafo 1 letra c de la Ley Federal de Protección de la Constitución requeriría simplemente una membresía en la asociación de personas relevante. No se tendría que excluir el seguimiento del recurrente en amparo solamente porque, como persona individual, no pretendiese ambiciones anticonstitucionales.

### 31

Los artículos 8 párrafo 1 inciso 1 y 4 párrafo 1 inciso 1 letra c de la Ley de Protección de la Constitución se aplicarían tanto a diputados del Parlamento Federal Alemán como a los de un Parlamento de un Estado Federado. Las normativas limitarían de forma admisible el principio del libre mandato de artículo 38 párrafo 1 de la Ley Fundamental. La libertad del mandato podría quedar limitada por otros bienes jurídicos de rango constitucional. A estos pertenecería el principio de la democracia capaz de defenderse a sí misma<sup>21</sup>. El artículo 8 Ley Federal de Protección de la Constitución estaría concretando este principio. Para una restricción de libertad del mandato de tales características no se requeriría ninguna reserva de ley específica. Las decisiones esenciales para garantizar el libre mandato estarían tomadas por el legislador mediante artículos 3 No. 1, § 4 párrafo 1 inciso 1 letra c y 8 de la Ley Federal de Protección de la Constitución. No existiría ningún fundamento constitucional indicativo de que medidas de seguimiento contra diputados tan sólo fuesen procedentes previa aprobación del Parlamento Federal Alemán. Justificar el seguimiento por parte de la Oficina Federal de

**20** Anticonstitucional no significa “inconstitucional”. El término es aquí relativo a tendencias que van en contra de un sistema constitucional vigente, a modo de cambiarlo por otro.

**21** El principio “*streitbare Demokratie*” es producto de corregir las experiencias totalitarias del nacionalsocialismo. Hace referencia a que el Estado debe contar con las herramientas necesarias para atacar a quienes estén poniendo en peligro el orden fundamental liberal- democrático. Esto puede incluir la restricción parcial/ temporal de determinados derechos fundamentales.

Protección de la Constitución con la actividad partidaria-política del recurrente en amparo sería legítimo.

### 32

La recolección de información acerca del recurrente en amparo mediante recopilación de informaciones abiertas preservaría el principio de proporcionalidad. La circunstancia de no haber descubierto ambiciones anticonstitucionales en la persona del recurrente en amparo a lo largo de diez años de duración de la medida no la convertiría en inadecuada. El recurrente en amparo seguiría ejerciendo su actividad en un partido político en el que aun actualmente existirían indicios de hecho para ambiciones dirigidas en contra del orden fundamental liberal-democrático. El Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia habría basado su apreciación del partido en fuentes provenientes también de momentos recientes. Con miras a la fusión del partido Linkspartei.PDS con el partido WASG (por sus siglas en alemán: Alternativa Electoral Trabajo y Justicia Social), para conformar el partido político DIE LINKE, existiría un justificado interés público en hacer un seguimiento a la evolución del partido recientemente reestructurado y sus funcionarios más importantes.

### 33

El seguimiento al recurrente en amparo sería necesario. Sin ella, no sería posible perseguir con igual eficacia el objetivo de aclarar las intenciones anticonstitucionales dentro del partido DIE LINKE. Para lograr un panorama amplio del partido, el seguimiento de funcionarios de alto rango prometería revelaciones adicionales — así sean comparativamente pocas — incluso si los funcionarios mismos no desarrollasen actividades anticonstitucionales. Las posibilidades de despliegue y alcance de miembros sospechosos de ser anticonstitucionales en el seno del partido dependerían en forma decisiva del posicionamiento y de la influencia por parte de los funcionarios de alto rango y de los espacios que estarían concediendo a estas u otras corrientes.

### 34

La recolección de información acerca del recurrente en amparo no estaría infringiendo el mandamiento de interferencia mínima del artículo 8 párrafo 5 inciso 1 de la Ley Federal de Protección de la Constitución. La Oficina Federal para la Protección de la Constitución habría renunciado en este caso al empleo de métodos, objetos e instrumentos para la obtención secreta de información a efectos del artículo 8 párrafo 5 inciso 1 de la Ley Federal de Protección de la Constitución. Recabaría la información referente al periodo de tiempo mencionado tan sólo de fuentes de acceso general como ser boletines oficiales, informes de los medios de comunicación o comunicados y notas de prensa del recurrente en amparo o de su partido. Además, habría excluido del seguimiento el ámbito central de la actividad parlamentaria del recurrente en amparo, a saber, su comportamiento de voto así como sus declaraciones en el parlamento y las comisiones.

### 35

El seguimiento al recurrente en amparo sería proporcional en un sentido estrecho (artículo 8 párrafo 5 inciso 2 de la Ley Federal de Protección de la

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

Constitución). Por un lado, el recurrente en amparo sufriría algunas desventajas de consideración en su actividad como diputado debido al recabado de información sobre su persona. Al mismo tiempo, se perderían conocimientos significativos para el proceso de toma de decisiones del parlamento en su conjunto ya que, según las constataciones del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia, la recogida de información estaría ligada a una estigmatización de su persona que podría dificultar su acceso a una segmento mayoritario de la población que se considera, a sí mismo, leal a la constitución. Independientemente de sus efectos sobre el libre mandato, un seguimiento podría influir también negativamente en la actividad política en el parlamento y en el partido del recurrente en amparo. Quien se supiera observado, se comportaría de forma dubitativa o temerosa, por ejemplo, en declaraciones políticas o al momento de firmar llamamientos; en cualquier caso podría sentirse cohibido en su trabajo político.

### 36

No obstante, estos inconvenientes serían significativamente atenuados cuando la Oficina Federal para la Protección de la Constitución se limitase a la obtención de información abierta. Además, el ámbito central del trabajo parlamentario quedaría excluido. Adicionalmente, el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte-Westfalia no habría podido obtener referencias de que el recurrente en amparo se dejaría influenciar en su trabajo político mediante el seguimiento del que habría sido objeto. El recurrente en amparo habría negado expresamente tal influencia. Si bien la recogida de información acerca del recurrente en amparo brindaría tan sólo un limitado beneficio adicional de conocimiento en comparación con la información acerca del partido como tal y de las fuerzas radicales activas en su interior, éste debería ser considerado.

### 37

El recurrente en amparo podría soportar la aceptación de los inconvenientes restantes. Él mismo habría creado un motivo para la recogida de información por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución acerca de su persona, por medio de su destacada actividad política, en un partido con señales de albergar ambiciones contra el orden fundamental liberal-democrático.

## V.

### 38

Mediante su amparo constitucional dirigido en contra del fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010, el recurrente en amparo reprueba la vulneración de su derecho al libre despliegue de su personalidad según artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental junto a la prohibición de arbitrariedad o trato desigual (artículo 3 inciso 1 de la Ley Fundamental) y al principio de estado de derecho (artículos 20 inciso 3, 28 inciso 1 de la Ley Fundamental), del derecho general de la personalidad según artículo 2 inciso 1 en asociación con artículo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental así como de sus derechos del artículo 38 inciso 1 de la Ley Fundamental a

una participación equitativa en las elecciones y a la garantía de su derecho de sufragio pasivo del artículo 38 inciso 1 inciso 2 de la Ley Fundamental.

### 39

Esencialmente, el recurrente en amparo expresa su preocupación de que las medidas de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución tuviesen, entre otras, la intención de dificultarle el ejercicio de su mandato. Por lo tanto, el ámbito de protección de la prohibición al entorpecimiento del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 con el artículo 2 de la Ley Fundamental estaría afectado por ello.

### 40

Se carecería de una base jurídica suficientemente específica y normada para su seguimiento. Los artículos 8 y 4 Ley Federal de Protección de la Constitución no serían pertinentes legalmente pues, según estos, él tendría que haber actuado, justamente, dentro o a favor de una “asociación de personas” anticonstitucional y haber apoyado a esta expresamente en sus ambiciones. Que los parlamentos no constituyen tal asociación de personas sería evidente. Pero tampoco a su bancada parlamentaria se le estaría acusando de desarrollar ambiciones anticonstitucionales que él hubiese podido apoyar expresamente.

### 41

El tipo legal del artículo 8 párrafo 1 en asociación a los artículos 3 párrafo 1 numeral 1 y 4 párrafo 1 numeral 1 letra c de la Ley Federal de Protección de la Constitución carecería de claridad y de rotundidad; vulneraría, por tanto, el principio de Estado de Derecho. Además, la aplicación jurídica del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo sería arbitraria. El tribunal no consideraría en lo más mínimo la justificada interrogante de cómo alguien pudiese aportar referencias para ambiciones anticonstitucionales tan sólo en base a su pertenencia a un partido político que, como tal, no podría ser calificado, en su totalidad, de anticonstitucional sino, como mucho, aquellas asociaciones de personas que constituirían, simplemente, subsecciones o asociaciones secundarias del mismo.

### 42

En relación al periodo de su mandato regional (Parlamento del Estado Federado de Turingia)<sup>22</sup> de octubre de 1999 a octubre de 2005, reivindica sus derechos de diputado de los artículos 53 y siguientes de la Constitución de Turingia, haciendo valer, básicamente, el hecho de que las autoridades federales también estarían sujetas a la constitución regional en base al principio de legalidad.

### 43

En complementación, el recurrente en amparo presenta un peritaje del Prof. Dr. Dietrich Murswiek de marzo de 2011. En él se propone, entre otras, la idea de que debería distinguirse entre el seguimiento del comportamiento del miembro del partido o del mandatario funcional y la recopilación sistemática de información acerca del miembro partidario o del mandatario

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**22** En el sistema federal alemán, los Estados Federados cuentan con sus propias constituciones (mismas que en ningún caso pueden contradecir la Ley Fundamental).

funcional como persona. En el primer caso, sería el partido — y sólo el partido — el objeto de observación. El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo desconocería que la base jurídica consultada tan sólo autorizaría el seguimiento de asociaciones de personas y no así de personas individuales. El recurrente en amparo no sería seguido por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución en cuanto a su actividad dentro del partido sino que, la Oficina Federal, gestionaría un expediente específico acerca de su persona. Con ello, constituiría un objeto de observación individual.

## VI.

44

1. En el conflicto entre órganos federales, mediante solicitud del 20 de junio 2007, ingresada el mismo día al Tribunal Constitucional Federal, los solicitantes presentaron, primeramente, las solicitudes resultantes del encabezamiento de la sentencia.

45

Mediante el alegato ingresado el 14 de diciembre 2012, las peticiones fueron complementadas con el siguiente otrosí:

46

La petición relativa a 2 fue ampliada con el otrosí de solicitar no sólo la constatación de vulneración de derechos del solicitante a 1 sino también de otros diputados del Parlamento Federal Alemán afectados por el seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. Se solicita, no sólo la constancia de vulneración de derechos mediante la omisión de los oponentes de instruir a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución de suspender el seguimiento al solicitante a 1 sino, también, la constancia de vulneración de derechos mediante la omisión de instrucción a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución de suspender el seguimiento a "otros diputados pertenecientes al Parlamento Federal Alemán".

47

Más allá, la petición a 2 fue ampliada hacia una constancia de que la omisión de la instrucción a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución no sólo habría vulnerado el artículo 46 párrafo 1 y artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental sino, también, el artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental.

48

La petición a 3 también fue ampliada hacia una solicitud de constancia de una infracción del principio de funcionalidad del Parlamento Federal Alemán en relación a artículo 46 párrafo 1, artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental así como de los principios de constitución financiera de los artículos 104a y siguientes de la Ley Fundamental sino, ahora también, una infracción de "la competencia legislativa del Parlamento Federal Alemán del artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental".

Además, la petición a 3 fue complementada con una petición secundaria para que se determine lo siguiente:

## 50

“El Parlamento Federal Alemán, mediante aprobación de la Ley Federal de Protección de la Constitución y las leyes de modificación, en tanto posibiliten el seguimiento del solicitante a 1 y otros diputados pertenecientes a la solicitante a 2 por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, infringió el principio de funcionalidad de la solicitante a 2 en relación al artículo 46 párrafo 1, artículo 38 párrafo 1 inciso 2 y el principio de Estado de Derecho de la Ley Fundamental vulnerando con ello a la solicitante a 2 en sus derechos resultantes de estas disposiciones.”

## 51

Los solicitantes nombran al Parlamento Federal Alemán como requerido a 3 de la petición secundaria<sup>23</sup>.

## 52

2. Los solicitantes consideran sus peticiones lícitas y fundadas.

## 53

a. El plazo del artículo 64 párrafo 3 de la Ley Federal de Protección de la Constitución estaría siendo respetado. Habría comenzado a correr el 22 de diciembre de 2006. El día anterior, se le habría hecho llegar a la solicitante a 2 la respuesta a la solicitud de informe (Boletín Oficial 16/3964) de la cual se deduciría la falta de voluntad de intervención de los requeridos.

## 54

A los solicitantes tampoco se les podría negar la necesidad de protección jurídica. Especialmente la solicitante a 2 no podría ser remitida a la vía judicial administrativa dada su prioridad de resguardar los derechos constitucionales relacionados a su condición de bancada parlamentaria. La ilegalidad del seguimiento por parte de los servicios de inteligencia sería, sencillamente, una cuestión prejudicial. Lo decisivo sería el principio de fidelidad entre órganos constitucionales, imposible de ser invocado ante los tribunales administrativos.

## 55

Ambos demandantes perseguirían, en parte, derechos propios, en parte, derechos del Parlamento Federal Alemán, estos últimos en legitimación en derecho ajeno. La solicitante de 2) no asumiría derechos de sus miembros a nombre de ellos. Ella presentaría, más bien, las tres solicitudes como legitimada en derecho ajeno para el Parlamento Federal Alemán.

## 56

b. Los derechos de estatus de diputados individuales — en primer orden del solicitante de 1) — de artículo 46 párrafo 1 y de artículo 38 párrafo 1 de La Ley Fundamental estarían siendo violados.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

<sup>23</sup> El Parlamento Federal Alemán no aparece en el encabezado como requerido a 3 puesto que el Tribunal Constitucional determinará la inadmisibilidad de la petición adicional o secundaria.

El seguimiento constituiría una intervención ilegal del libre mandato. Para empezar carecería de la base jurídica necesaria. Una Ley Federal de Protección de la Constitución válida, también, para diputados y diputadas debería estar basada en evaluaciones que consideren las particularidades relacionadas al estatus jurídico de los y las parlamentarias. En el momento de promulgar la Ley Federal de Protección de la Constitución, el legislador habría descuidado esta problemática. Además, la medida sería desproporcionada. Se trataría de la creación rutinaria de expedientes acerca de diputados nacionales y, con ello, de un seguimiento permanente, ilegal en sí mismo, sin identificables puntos de conexión con un peligro real para el orden fundamental liberal-democrático.

c. El Parlamento Federal Alemán también estaría siendo vulnerado en sus derechos. La vulneración de los derechos estatuarios de los y las diputadas restringiría, al mismo tiempo, la funcionalidad del proceso parlamentario de toma de decisiones. En la democracia representativa a efectos de artículo 20 párrafo 2 de la Ley Fundamental, la función representativa estaría siendo interferida, cuando miembros de Parlamento Federal Alemán, cuyo número y nombres ni siquiera serían conocidos con precisión, se encontrasen restringidos en el ejercicio de sus labores mediante la supervisión por parte de las Oficinas para la Protección de la Constitución.

Las medidas de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, asimismo, infringieron los principios de la constitución financiera según artículos 104a y siguientes de la Ley Fundamental y vulnerarían, con ello, los derechos del Parlamento Federal Alemán. Este tendría el derecho de que el presupuesto fuese gastado de acuerdo a los lineamientos acordados por él.

Las autoridades requeridas en la acción (los requeridos) estarían obligados a intervenir en contra de las infracciones jurídicas por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución cumpliendo su deber de supervisión. Dado que el seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución sería inconstitucional, la atribución de supervisión resultaría en una obligación de los requeridos a intervenir en contra del mismo. Una obligación de impedir el seguimiento a los solicitantes se deduciría, además, del principio de lealtad entre órganos constitucionales y de respeto inter-orgánico. Este respeto ayuda a reducir el potencial conflictivo inherente al principio de la división o separación de poderes, independientemente de la fundamentación dogmática. La requerida en 2) estaría en la obligación de intervenir ya que los servicios de inteligencia en su conjunto estarían bajo su tutela, incluyendo las correspondientes tareas de coordinación.

## 61

d. Mediante alegato del 14 de diciembre de 2012 los solicitantes complementaron su diligenciamiento afirmando que la solicitante en 2) hace la petición citada en 3 también por derecho propio. Al igual que el Parlamento Federal Alemán en su conjunto, la solicitante a 2 también estaría restringida a largo plazo, como bancada parlamentaria, en su capacidad de acción y de funcionamiento en el cumplimiento de sus tareas si tuviese que dar por hecho que sus miembros, en conocimiento y con la aprobación de los requeridos, estarían sometidos a seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución.

## 62

Respecto a la petición secundaria citada en 3, los solicitantes tienen el criterio de que el objeto del litigio en el conflicto entre órganos constitucionales variase según la interpretación de la Ley Federal de Protección de la Constitución. La Ley Federal de Protección de la Constitución no constituiría una base jurídica suficiente para una actividad de seguimiento a diputados del Parlamento Federal Alemán por parte de las Oficinas para la Protección de la Constitución. No se cuestionaría el contenido y alcance de una reserva de ley, sino que la ley en cuestión no contendría reglamentación alguna sobre los hechos del caso y, por tanto, no existiría autorización para intervenir contra diputados.

## 63

Siguiendo este criterio, el objeto del litigio estaría en la vulneración de la competencia legislativa del Parlamento Federal Alemán según artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental y en la obligación constitucional de los requeridos de intervenir frente a la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. Siguiendo, en cambio, el criterio de que la Ley Federal de Protección de la Constitución contuviese una base jurídica suficiente, el objeto de litigio sería la cuestión de la compatibilidad de la ley con el artículo 38 de la Ley Fundamental. El requerido sería, en este caso, el Parlamento Federal Alemán como legislador. La solicitante en 2) estaría haciendo valer, en este sentido, derechos propios con miras a su funcionalidad como bancada parlamentaria.

## 64

En relación a la petición secundaria citada en 3, el plazo del artículo 64 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal tampoco habría fenecido. En caso de medidas normativas, el Tribunal Constitucional Federal fijaría como inicio del plazo el momento en que una norma produzca una afectación jurídica vigente. Esta afectación se habría producido en el caso de la solicitante de 2) con la toma de conocimiento del hecho de que, como bancada, estaba siendo objeto de seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, o sea con el conocimiento de la respuesta del Gobierno Federal a la solicitud de informe del 22 de diciembre 2006.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)



Los requeridos solicitan desechar las solicitudes en el proceso de conflicto entre órganos federales.

Las acciones serían improcedentes porque no concernirían a ningún litigio constitucional relacionado al conflicto entre órganos federales. Los solicitantes no litigarían en contra del seguimiento por parte de los requeridos sino en contra del seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. Esta autoridad, sin embargo, no sería un órgano constitucional. Tampoco tendría una relación jurídico-constitucional con diputados ni con el Parlamento Federal Alemán. En caso de considerar tal relación, todo litigio no constitucional podría convertirse, refiriéndose a una supuesta línea de mando institucional, en constitucional. Esto no correspondería ni al texto ni al sentido y objetivo del artículo 93 párrafo 1 No. 1 de la Ley Fundamental.

En relación a las peticiones citadas en 1 y en 2 faltaría la autorización de conducción del proceso de la solicitante de 2). Esta no podría hacer valer en forma lícita ni los derechos del solicitante de 1) ni vía legitimación procesal una afectación mediata de los derechos del Parlamento Federal Alemán a través de una vulneración de derechos de diputados individuales. Lo mismo valdría para la demanda citada en número 3.

Finalmente, la solicitante de 2) no habría considerado el principio de la subsidiariedad material. Habría que esperar la conclusión firme de los procesos contencioso-administrativos de cada uno de los diputados.

Por lo demás, no se cumpliría el plazo del artículo 64 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. El solicitante a 1 habría estado en conocimiento del seguimiento a su persona por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, a más tardar, desde la notificación que le fue remitida a solicitud suya por parte de esta autoridad. A más tardar desde la respuesta del Gobierno Federal del 22 de mayo 2006 (Boletín Oficial 16/1590 del 23 de mayo 2006, pág. 2) a la pregunta de informe sobre el tema "supervisión de miembros del Parlamento Federal Alemán por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución" (Boletín Oficial 16/1397) habría estado en conocimiento de que el Gobierno Federal consideraba legales las medidas de las instancias de Protección de la Constitución. El Gobierno Federal habría recalcado una vez más esta posición en su respuesta a otra solicitud de informe (Boletín Oficial 16/2098 del 30 de junio 2006, pág. 2). Como el Gobierno Federal habría partido de la legalidad del seguimiento existiría la evidencia de que medidas como las que el peticionario pretendía, no iban a ser tomadas. El transcurso del plazo del artículo 64 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal tampoco

se habría reactivado luego de que los accionantes presentaran una solicitud de informe adicional a modo de insistencia (Boletín Oficial 16/3763, pág. 3). La respuesta de la requerida en 2) a la solicitud de informe habría sido la esperada (Boletín Oficial 16/3964 del 22 de diciembre 2006, pág. 4).

#### 70

Tampoco habría un lícito objeto de ofensa (Angriffsgegenstand). La omisión de una medida en el conflicto entre órganos federales tan sólo tendría relevancia jurídica en caso de que no se pueda excluir una obligación constitucional para la toma de la medida omitida. En este caso, precisamente, se podría excluir tal obligación. Los controles jerárquico, jurídico y de gestión, normados en el artículo 2 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Federal de Protección de la Constitución no fundamentaría derechos subjetivos ni orgánicos a una intervención del requerido en 1).

#### 71

Si las peticiones fueran admisibles, seguirían siendo, en todo caso, infundadas. La recogida de información por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución acerca del solicitante citado en 1) habría sido legítima durante todo el período relevante.

### VIII.

#### 72

En los procesos de conflictos entre órganos federales, este Tribunal le concedió la posibilidad de expresarse al Parlamento Federal Alemán, al Consejo Federal, al Presidente, a los gobiernos de los Estados Federados así como a todos los parlamentos de los Estados Federados. Esta posibilidad no fue aprovechada por ninguna de estas instituciones.

#### 73

El Gobierno Federal expresó su postura al recurso de amparo, por última vez mediante consideraciones escritas del 8 de julio de 2013. Los demás habilitados para pronunciarse no hicieron uso de su oportunidad de expresarse.

#### 74

El Gobierno Federal tiene el criterio de que la Ley Federal de Protección de la Constitución es aplicable a diputados federales. Lo contrario sería incomprensible, dado el trasfondo de experiencias durante la República de Weimar en la que, tanto nacionalsocialistas como también comunistas habrían abusado de su actividad parlamentaria en el *Reichstag*<sup>24</sup> persiguiendo sus ambiciones anticonstitucionales sin poder ser contenidos. Algo así como un ámbito parlamentario fuera del ámbito de la protección de la Constitución sería inexistente. Sí bien la Ley Fundamental establecería diversos privilegios para parlamentarios, en especial, en los artículos 46 y siguientes de la Ley Fundamental, el campo de aplicación de estos privilegios, no obstante, sería limitado. Ninguno de ellos excluiría un seguimiento por parte de las oficinas para la Protección de la Constitución.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**24** Parlamento Imperial Alemán que funcionó a partir de 1871 y formalmente hasta 1945.

Tampoco el libre mandato fijado en el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental se opondría, fundamentalmente, a un seguimiento. El constituyente habría partido, ante el telón de fondo de la experiencia histórica, de la posibilidad de que emanen peligros en contra del orden fundamental liberal-democrático, también proveniente de diputados, de manera que el principio de una democracia capaz de defenderse a sí misma, anclado jurídicamente en la Constitución, podría justificar intervenciones judiciales al artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental. En tanto un partido cuente con diputados, la regla sería que estos, en todo caso, también ocuparían puestos de relevancia dentro del partido. Sería, por tanto, un contrasentido no poderles hacer un seguimiento.

## 76

Las normativas pertinentes, si bien estarían sujetas a interpretación, cumplirían con los estándares de la claridad y determinación normativa previstos en la Constitución. El legislador habría tomado la decisión de someter también a diputados a posibles seguimientos. Habría dispuesto disposiciones de excepción tan sólo para algunos casos específicos de seguimiento de correo y telecomunicaciones de diputados. Con eso se consolidaría, que en todos los otros casos valdrían las normas generales.

## 77

Si es que y hasta qué punto se debe considerar la protección al libre mandato del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental en la interpretación y aplicación de la Ley Federal de Protección de la Constitución no sería una cuestión que requeriría de una disposición legal específica. Sería, justamente, una cuestión de interpretación. Los diputados y diputadas no serían las únicas personas necesitadas de protección especial. Lo equivalente valdría, por ejemplo, para religiosos, abogados/abogadas, médicos/médicas, personas en ejercicio de las profesiones en el ámbito de la salud así como periodistas.

## 78

Si es que y, hasta dónde, los diputados de los parlamentos de los países Federados estarían protegidos frente a intervenciones legales federales no estaría regido por el derecho constitucional del respectivo "Land" (Estado Federado) si no en el marco constitucional establecido por los artículos 38 párrafo 1, artículo 46 y artículo 47 de la Ley Fundamental, que, de acuerdo al artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental y el principio de la lealtad federal, también se aplicaría para miembros de los parlamentos de los Estados Federados. La obligación de consideración, en todo caso, no otorgaría a los y las diputados y diputadas regionales una protección de mayor alcance que a los y las diputados/as del Parlamento Federal Alemán.

## IX.

## 79

1. Mediante escrito del 18 de abril de 2013 tanto el Gobierno Federal, en cuanto al recurso de amparo, como los requeridos, en cuanto al

conflicto entre órganos federales, han afirmado que desde fines de 2012 ya no se estaría llevando a cabo un seguimiento general del partido DIE LINKE como partido por parte de la Oficina para la Protección de la Constitución. La actividad de seguimiento estaría enfocada, desde entonces, en las denominadas estructuras y asociaciones abiertamente extremistas de este partido. Ni antes ni después se habrían o estarían empleando, en ningún momento, medios de servicios de inteligencia. El reajuste en las prácticas de seguimiento no estaría afectando la legalidad ni la constitucionalidad del seguimiento previo del partido DIE LINKE como tal con inclusión de sus representantes de rango y representantes como el recurrente en amparo. En los años de seguimiento del partido como tal, en efecto, se habrían constatado señales de ambiciones dirigidas en contra del orden fundamental liberal-democrático del partido, que habrían partido y seguirían partiendo, en su mayoría, de grupos asociados al partido. Para una estimación del potencial de peligro existente en contra del orden fundamental liberal-democrático, parecería posible llevar a cabo, en el futuro, un seguimiento únicamente de las asociaciones abiertamente extremistas del partido DIE LINKE y, en especial, su influencia sobre el partido político como tal.

#### 80

2. Los requeridos en el conflicto de competencias entre órganos federales y el recurrente en amparo en el proceso de recurso de amparo tomaron posición mediante escritos del 28 de mayo 2013 y 29 de mayo 2013 respectivamente. Afirman que un cese del seguimiento del partido DIE LINKE como tal no afectaría la pertinencia de los respectivos procesos judiciales.

#### 81

El recurrente en amparo declara que su interés en una protección jurídica no habría cesado. El Gobierno Federal no habría demostrado que su persona también estaría excluida de la actividad de seguimiento. Además, por razones de rehabilitación, sería legítimo obtener una resolución acerca de su recurso de amparo.

#### 82

Los solicitantes declaran que los requeridos no habrían declarado la suspensión también de su seguimiento. Algunos diputados de la solicitante a 2 formarían parte de las secciones cuyo seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución continuaría, según indicaciones de los requeridos. Independientemente de ello, los solicitantes tendrían un legítimo interés en obtener claridad jurídica acerca de su situación actual y futura. La suspensión de la actividad de seguimiento no describe los requisitos y limitantes para la justificación válida de un eventual reinicio del seguimiento.

#### B.<sup>25</sup>

#### 83

El recurso de amparo constitucional es admisible. En especial, el recurrente en amparo está habilitado a recurrir —habiéndolo hecho inicialmente

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**25** En este punto (literal B) inicia la valoración del Tribunal Constitucional respecto de la admisibilidad.

sólo en forma implícita, ahora también explícitamente— a sus derechos como diputado según el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental.

#### 84

De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, es verdad que un diputado no puede emprender un litigio constitucional por sus derechos de diputado con un órgano del Estado por la vía del amparo constitucional (véase STFC 32, 157 <162>; 43, 142 <148, 150>; 64, 301 <312>; 99, 19 <29>). El recurso de amparo constitucional no constituye un medio para resolver divergencias entre órganos del Estado (véase STFC 32, 157 <162>; 43, 142 <148, 150>; 64, 301 <312>; 99, 19 <29>).

#### 85

El artículo 38 de la Ley Fundamental, sin embargo, está considerado dentro del artículo 90 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal en tanto esa disposición garantiza derechos individuales de modo similar a las demás disposiciones legales de la Ley Fundamental a la que está integrada. No sólo el artículo 38 párrafo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental contiene derechos individuales, sino, bajo ciertas circunstancias, también el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental (véase STFC 108, 251 <266>). El contenido literal del artículo 93 párrafo 1 No. 4a de la Ley Fundamental no da lugar a interpretarse en sentido de que la Ley Fundamental quisiese disminuir la importancia de los derechos del diputado de artículo 38 párrafo 1 inciso 2, extrayendo esta disposición del control judicial-constitucional.

#### 86

Dada esta premisa, el recurrente en amparo puede acogerse a una vulneración alegada de sus derechos del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, una vez recorrida la vía contencioso-administrativa. En el recurso de amparo afirma una vulneración de sus derechos por el fallo del Tribunal Federal Administrativo cuestionado. Este fallo no concierne su relación con otro órgano constitucional o secciones del mismo, sino su relación con la Oficina Federal para la Protección de la Constitución como una autoridad federal suprema.

#### 87

El interés de protección jurídica del recurrente en amparo por la constatación de una vulneración de sus derechos de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental por medio del fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo cuestionado persiste sin considerar que ya en septiembre del año 2009 dejó el Parlamento Federal Alemán e independientemente de que el seguimiento a su persona se siga o no llevando a cabo en la actualidad. Una terminación del interés original de constatación de protección jurídica de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental (véase STFC 103, 44 <58 y siguiente>; 104, 220 <230 y siguiente>; 105, 239 <246>; 106, 210 <214>), por parte del recurrente en amparo, no se ha dado mediante su salida del parlamento ya que el litigio contencioso-administrativo

concernía, desde el inicio, también el periodo de tiempo comprendido entre octubre de 1999 a febrero de 2009 (véase A.IV.3.b y c).

88

El recurso de amparo constitucional también es admisible, en tanto el fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo impugnado por medio de éste concierne el periodo de tiempo del mandato en el Parlamento del Estado Federado de Turingia del recurrente en amparo, ya que no se puede excluir de antemano que el recurrente en amparo se encontrase vulnerado en su derecho de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental y artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental.

C.<sup>26</sup>

89

El recurso de amparo constitucional es justificado. El fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010 —que en cuanto a interpretación y aplicación del derecho constitucional está sometido a control irrestricto por parte del Tribunal Constitucional Federal (véase STFC 108, 282 <294 y siguiente>)— vulnera el libre mandato del recurrente en amparo de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental y en relación al periodo de tiempo del mandato regional en el Parlamento del Estado Federado de Turingia del mismo artículo en asociación al artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental<sup>27</sup>.

90

El seguimiento de un diputado por parte de las autoridades de la Protección de la Constitución constituye una intervención al libre mandato según artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental cuya justificación está sujeta a requisitos muy altos (I.). A estos requisitos no hace suficiente justicia el fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio de 2010. Desconoce, con ello, el contenido y alcance de los derechos del recurrente en amparo de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental (II.). Si, aparte, son vulnerados otros derechos del recurrente en amparo puede quedar sin resolver (III.)

I.

91

El libre mandato, según artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, garantiza el libre proceso de toma de decisiones del diputado y, con ello, una relación comunicacional libre de influencia estatal entre el diputado y los electores y las electoras (1.) así como la libertad del diputado de no ser sometido a seguimiento ejecutivo, supervisión y control (2.). Ello vale, mediante artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental, también para los miembros de las asambleas legislativas de los Estados Federados (3.). El seguimiento de un diputado por parte de la Oficina para la Protección de la Constitución así como la recolección y el almacenamiento de datos referidos a personas constituyen una intervención de estas garantías (4.). Tal

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**26** Una vez que la admisibilidad ha sido comprobada, el Tribunal comienza la justificación.

**27** Esto significa que el libre mandato para un diputado/a federal está salvaguardado directamente por el artículo 38 párrafo 1 inciso 2. Dicha disposición es también aplicable para diputados(as) de Estados Federados a través del artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental.

intervención puede, en casos singulares, justificarse como protección del orden fundamental liberal-democrático, no obstante, está sujeta a estrictas exigencias de proporcionalidad y requiere de una base jurídica que haga justicia a los fundamentos de la reserva de ley (5.).

## 92

1. El libre mandato garantiza, según artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, el libre proceso de toma de decisiones y, con ello, una relación comunicacional entre diputados y electores libre de influencia estatal.

## 93

a. La base del libre mandato es el artículo 38 párrafo 1 de la Ley Fundamental. Esta norma no sólo protege la conservación sino también el ejercicio efectivo del mandato (véase STFC 80, 188 <218>; 99, 19 <32>; 118, 277 <324>). El diputado — convocado por la confianza expresada mediante votos del electorado — es titular de un cargo público, portador de un libre mandato y, junto a la totalidad de miembros del parlamento (véase STFC 56, 396 <405>; 118, 277 <324>), representante de todo el pueblo (véase STFC 112, 118 <134>; 118, 277 <324>). Posee un estatus representativo, ejerce su mandato en independencia, libre de toda sujeción a órdenes y directrices, sometido tan sólo a su conciencia (véase STFC 40, 296 <314, 316>; 76, 256 <341>; 118, 277 <324>).

## 94

El mandamiento del proceso individual libre para la toma de decisiones del diputado según artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental se encuentra en estrecha relación con el principio de la democracia parlamentaria de artículo 20 párrafo 2 inciso 2 Ley Fundamental (véase STFC 44, 125 <138 y siguientes>). La protección al proceso de toma de decisiones de los miembros del Parlamento Federal Alemán como representantes del pueblo, intencionada por el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, supone, como condición previa, la protección de la relación comunicacional entre diputados y electores frente a influencias estatales deliberadas y medidas estatales de disuasión.

## 95

En la democracia representativa de la Ley Fundamental alemana, el proceso de toma de decisiones del pueblo y el proceso de toma de decisiones en los órganos estatales se van generando en una interrelación continua y multifacética: los programas políticos y comportamientos de los órganos estatales actúan continuamente sobre el proceso de toma de decisiones del pueblo y son, al mismo tiempo, objeto de la formación de opinión popular. Opiniones de segmentos del pueblo, frecuentemente preconcebidas y conformadas, sobre todo, en los partidos políticos, las organizaciones sociales y por medio de la comunicación masiva, actúan sobre el proceso de toma de decisiones en los órganos estatales. La actitud de gobierno y oposición, así como de las fuerzas políticas que las sustentan en el parlamento, siempre estará enfocada también en los electores. Todo ello es parte del proceso político de una democracia liberal en el entendido de la Ley Fundamental (véase STFC 44, 125 <139>)

En la dinámica entre los procesos de toma de decisiones social y estatal, el diputado posee una función transformadora (Morlok, en: Dreier, Ley Fundamental, tomo 2, 2ª edición 2006, artículo 38 Rn. 135), similar a la de los partidos políticos (véase STFC 41, 399 <416 y siguiente>): recoge y estructura las ideas y los intereses políticos que se le presentan y decide si es qué y con qué prioridad las convierte en decisiones estatales. Su tarea es acoger diversas ideas y diversos intereses políticos, conciliarlos e introducirlos en el proceso de toma de decisiones del partido, de su bancada parlamentaria y del parlamento y, viceversa, transmitir a los ciudadanos el objetivo de las decisiones políticas tomadas en el parlamento, o bien, mostrar mejores alternativas y procurar su apoyo. Es un nexo entre parlamento y ciudadanos (véase también Härth, La Libertad de Expresión y de Voto de los Diputados Parlamentarios en la República Federal de Alemania, 1983, pág. 142). Representación requiere de facilitación de corrientes informativas en ambas direcciones (Benda, ZParl 1978, pág. 510 <513>). Para mantener su flujo, una de las principales tareas del mandato consiste en guardar una estrecha relación con el partido, con las asociaciones y ciudadanos no organizados, especialmente dentro de la circunscripción electoral propia (H. Meyer, revista de ciencias jurídicas VVDStRL 33 <1975>, pág. 7 y siguientes). El artículo 38 párrafo 1 inciso 2 está basado en la imagen de un diputado que debe estar presente y activo en el parlamento en sesiones plenarias y de comisiones, en la bancada parlamentaria y en el partido en sesiones y trabajo sustantivo, así como en la circunscripción electoral y demás vida pública mediante eventos muy diversos, en particular, mediante eventos de campaña electoral y reuniones locales (véase STFC 40, 296 <312>).

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

### 97

b. El proceso comunicativo en el que el diputado no sólo transmite información sino también la recibe, es abarcado por la protección del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental. El libre mandato incluye la retroalimentación entre parlamentarios y pueblo electoral y considera la idea de que la democracia parlamentaria se basa en la confianza del pueblo (véase STFC 118, 277 <353>). Aparte de la protección específica de la comunicación confidencial del diputado mediante el derecho a excusa de testimonio/deber de abstención de testimonio de artículo 47 de la Ley Fundamental, protege, por tanto, las relaciones comunicacionales del diputado como condición previa en su propio proceso de toma de decisiones. De esa forma se garantiza que las opiniones y los intereses a ser representados e introducidos por su persona en el proceso de toma de decisiones del Parlamento Federal Alemán le lleguen a él sin distorsiones y libres de influencia estatal. La alta cantidad de diputados y diputadas se debe a que se pueda brindar la oportunidad de que las diversas ideas y los diversos intereses de la población sean introducidos al proceso de toma de decisiones parlamentario (véase Morlok, en: Dreier, Ley Fundamental, tomo 2, 2ª edición 2006, artículo. 38 Rn. 134).

### 98

En todo ello, el contenido de garantía del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental está relacionado con el actuar político general del



diputado y no sólo abarca su actividad en el ámbito parlamentario. Las esferas del diputado “como portador del mandato”, “como miembro del partido” al igual que como “persona privada” que actúa políticamente no son estrictamente separables; en este sentido, la democracia parlamentaria abarca al diputado como ser humano íntegro (véase STFC 40, 296 <313>; 118, 277 <355>).

## 99

c. La protección de las relaciones comunicacionales del diputado sirve, al mismo tiempo, a la función de representación del Parlamento Federal Alemán, anclada en el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental que corresponde al diputado junto a los demás miembros del parlamento (véase STFC 104, 310 <329 y siguiente>; 130, 318 <342>). Aunque la Ley Fundamental denomina al diputado/la diputada singular como “representante de todo el pueblo”, éste/esta puede representar al pueblo sólo en conjunto con los demás miembros del parlamento. Si el pueblo es representado, entonces, de forma adecuada por el parlamento en su conjunto, es decir, por la totalidad de sus miembros, debe asegurarse, en lo posible y lo justificable en el marco del sistema democrático-parlamentario, la participación de todos los diputados y todas las diputadas en decisiones parlamentarias (véase STFC 44, 308 <316>; ver además STFC 80, 188 <217 y siguiente>; 84, 304 <321>; 104, 310 <329 y siguiente>). El libre mandato también representa una medida preventiva para la protección de la transparencia del proceso de toma de decisiones de los órganos estatales (véase STFC 44, 125 <140>). El entorpecimiento del trabajo parlamentario de un diputado altera las relaciones de mayoría fijadas por el pueblo (STFC 104, 310 <329>). Si la relación comunicacional entre diputados y ciudadanos es interferida, se altera, consecuentemente, el proceso parlamentario de toma de decisiones y, por tanto, la función de representación democrática del parlamento.

## 100

2. El artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la ley Fundamental garantiza en este contexto la libertad de los diputados de no sufrir seguimiento ejecutivo, supervisión ni control y está, por tanto, estrechamente ligada al principio de la división de poderes de artículo 20 párrafo 2 inciso 2 de la Ley Fundamental.

## 101

a. El artículo 38 párrafo 1 inciso 2 Ley Fundamental establece una relación de control mutuo entre el Parlamento Federal Alemán y el Gobierno Federal como nexo central entre la división de poderes y el principio democrático (véase Möllers, JZ 2011, pág. 48 <50>; Gusy, ZRP 2008, pág. 36). Esta relación de control parte de los diputados elegidos; recorre, junto al hilo legitimatorio democrático, desde el Parlamento Federal Alemán hacia el Gobierno Federal, pero no así, del Gobierno Federal hacia el Parlamento<sup>28</sup>. El control y la fiscalización del gobierno y de la administración forman parte del núcleo de las tareas parlamentarias. Es decir, el sistema gubernamental parlamentario se caracteriza por esa función de control del parlamento (véase STFC 67, 100 <130>). A su vez, el parlamento no es controlado de manera equiparable por otros órganos constitucionales (véase

**28** En las elecciones generales alemanas, los electores eligen a las y los diputados. Estas y estos eligen a su vez al Gobierno en el seno del Parlamento.

acerca del control general mutuo de poderes la STFC 95, 1 <15> con más detalles). Un “control” democrático del parlamento ocurre, ante todo, por medio de los electores quienes actúan en consecuencia a su evaluación de los actos de la mayoría gobernante y de la oposición mediante el sufragio.

## 102

b. Al mismo tiempo, no es que cada diputado en particular, de antemano, esté exento de control ejecutivo. Este control es, inicialmente, un asunto interno del Parlamento Federal Alemán quien actúa en el marco de la autonomía parlamentaria. Por lo mismo, la Ley Fundamental establece para los casos regulados por ella, un requerimiento de autorización expreso para los casos de injerencia del ejecutivo a la actividad parlamentaria (véase artículo 46 párrafo 2 a 4 Ley Fundamental) erigiendo con ello obstáculos de procedimiento que no sólo sirven a la protección de cada diputado/diputada en forma individual sino, facilitado por esta protección, en primer lugar, a la conservación de la autonomía parlamentaria (véase STFC 102, 224 <235 y siguiente>; 104, 310 <332>). El parlamento, básicamente, decide aquí en responsabilidad propia si otorga la autorización o la deniega. El meollo de esta decisión política es una evaluación de intereses entre los requerimientos del parlamento y los requerimientos de bien común encargados a las demás autoridades, quedando un amplio margen de decisión para el parlamento (véase STFC 80, 188 <220>; 84, 304 <322>; 104, 310 <332>). Incluso, por ejemplo, la supervisión de un diputado relacionada con una posible actividad para el Servicio de Seguridad del Estado de la ex República Democrática Alemana se efectúa - ante el trasfondo de la autonomía parlamentaria afectada por esta acción —exclusivamente por medio del parlamento mismo, es decir, en el marco de una investigación colegiada en base a un fundamento jurídico especial de la Ley de Diputados (§ 44c párrafo 2 Ley de Diputados Nacionales; § 44b párrafo 2 Ley de Diputados Nacionales, véase STFC 94, 351; 99, 19).

## 103

3. La libertad del diputado de no ser sometido a seguimiento ejecutivo, supervisión y control es garantizada por el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental y, mediante artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental, también aplicable para los miembros de los parlamentos de los Estados Federados (a) y puede invocarse, en el presente caso, con el recurso de amparo constitucional (b).

## 104

a. La Ley Fundamental parte de la base de que los Estados Federados tienen autonomía constitucional (véase STFC 36, 342 <361>; 64, 301 <317>; 90, 60 <84>); los ámbitos constitucionales federal y de los Estados Federados se sitúan independientemente lado a lado dentro de la organización estatal federativa de la República Federal Alemana (véase STFC 103, 332 <350>; 107, 1 <10>). La importancia de las disposiciones referidas al contexto parlamentario en la Ley Fundamental y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal al respecto, se limita a dar forma a los principios del orden constitucional mediante artículo 28 párrafo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental para los Estados Federados. Las disposiciones de la Ley Fundamental sobre el estatus de los diputados federales y la posición del

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

Parlamento Federal Alemán tienen efecto constitucional para los Estados Federados, no en sus configuraciones concretas, sino, más bien, en sus principios esenciales, mismos que caracterizan en forma general al parlamentarismo alemán (STFC 102, 224 <234 y siguiente>).

### 105

En la garantía de una relación comunicacional libre de influencia estatal entre el diputado/la diputada y los y las electores así como de la libertad del diputado de no ser sometido a seguimiento ejecutivo, supervisión y control, se trata de condiciones básicas del libre mandato, enraizadas en el principio de democracia y división de poderes. Estos principios esenciales, que por el artículo 28 párrafo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental tienen que ser considerados, también, en el ámbito constitucional de los Estados Federados, pueden hacerse prevalecer mediante la vía constitucional federal, en tanto no exista otra protección judicial equivalente (véase para el caso del artículo 48 párrafo 3 de la Ley Fundamental la STFC 40, 296 <319>).

### 106

b. Sólo porque la vigencia de determinados derechos está garantizada en el marco del orden constitucional de los Estados Federados gracias al artículo 28 párrafo 1 de la Ley Fundamental, no necesariamente son accionables automáticamente ante el Tribunal Constitucional Federal (véase STFC 99, 1 <8, 11 y siguientes>). Sin embargo, en tanto las autoridades del Estado Federado, incluyendo el respectivo Tribunal Constitucional del Estado Federado, no tiene la capacidad de garantizar una protección efectiva del derecho correspondiente, la accionabilidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Esto aplica al presente caso, ya que el recurrente de amparo está atacando una decisión de un tribunal federal que no es justiciable ante instancias de un Estado Federado.

### 107

4. Si el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental garantiza, según lo expuesto, la relación comunicacional libre, sin interferencia estatal, del diputado con los y las electores y, con ello, también la libertad del diputado de no ser sometido a supervisión ejecutiva y control, se concluye que la recolección y el análisis de información de acceso público acerca del diputado, incluso sin el empleo de métodos secretos para la obtención la misma, constituyen una intervención al libre mandato (véase STFC 120, 378 <398 y siguiente>).

### 108

Además, la recolección de información sobre un diputado restringe el libre ejercicio de su mandato, puesto que la estigmatización relacionada con ello afecta que las y los electores tomen contacto con el diputado. También afecta al diputado mismo, en cuanto lo desconcentra de su actividad principal, es decir, el análisis a fondo y de contenido de sus actividades políticas propias y las de su partido y de su bancada, pudiendo con ello influenciar negativamente su relación comunicacional con los ciudadanos, amparada por el artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental. La simple posibilidad de un registro de sus contactos por parte del Estado puede desplegar un efecto intimidatorio y conducir, ya de antemano, a

interferencias de comunicación y a alienaciones de comportamiento (véase STFC 65, 1 <43>; 93, 181 <188>; 100, 313 <359>; 107, 299 <313>; 125, 260 <331>; véase acerca de la afectación al derecho de artículo 5 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental mediante la mención de un medio de prensa en el Informe Anual de la Oficina para la Protección de la Constitución, STFC 113, 63 <78>). Esta posibilidad de un efecto intimidatorio constituye una afectación al ámbito de protección del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental (véase STFC 124, 161 <195>; adicionalmente Tribunal Constitucional Federal 40, 287 <292 y siguiente>).

#### 109

El seguimiento a un diputado por parte de las oficinas para la Protección de la Constitución, finalmente, también constituye una intervención a la libertad del mandato parlamentario porque, con ello, se invierte la relación de control entre poder legislativo y poder ejecutivo prevista en la Ley Fundamental. Ello constituye una restricción del estatus legal del diputado, sin que dependiese de ello una influencia de hecho en el proceso parlamentario de toma de decisiones (véase también Möllers, Revista para Juristas - Juristenzeitung 2011, pág. 48 <50>).

#### 110

5. La intervención al libre mandato que constituye el seguimiento de un diputado por medio de las oficinas para la Protección de la Constitución y la recolección y el almacenamiento de datos relacionados a ella puede estar justificado, en casos determinados y en el interés de proteger el orden fundamental liberal-democrático (a), está sujeto, sin embargo, a estrictas exigencias de proporcionalidad (b) y requiere de un fundamento jurídico que haga justicia a las exigencias de la reserva de ley (c).

#### 111

a.

i. La libertad del mandato no está garantizada ilimitadamente. Puede ser limitada por otros bienes jurídicos de rango constitucional. Bienes jurídicos en este sentido son, particularmente, la función representativa y capacidad de funcionamiento del parlamento (véase STFC 80, 188 <219>; 84, 304 <321>; 96, 264 <279>; 99, 19 <32>; 112, 118 <140>; 118, 277 <324>; 130, 318 <348>).

#### 112

ii. La protección del orden fundamental liberal-democrático puede ser un motivo para la limitación lícita de bienes protegidos. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se reconoce que una limitación de libertades para la protección del orden fundamental liberal-democrático puede ser lícita porque la Ley Fundamental prevé mecanismos activos de defensa de la democracia (véase STFC 5, 85 <137 y siguientes>; 13, 46 <49 y siguiente>; 28, 36 <48 y siguiente>; 30, 1 <19 y siguientes>). Enemigos de la constitución no deben tener licencia para menoscabar o destruir el orden constitucional o la conservación del Estado, invocando libertades concedidas por la Ley Fundamental (véase artículo 9 párrafo 2, Art. 18, artículo 21 Ley Fundamental).

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

### 113

En principio, la recolección de documentación que tiene por finalidad la protección de la constitución es expresamente lícita según la Ley Fundamental, regulando esta para tal fin la competencia legislativa y posibilitando la creación de autoridades que asuman esta tarea (artículo 73 No. 10b en relación a artículo 70 párrafo 1 de la Ley Fundamental artículo 87 párrafo 1 inciso 2 Ley Fundamental; véase Tribunal Constitucional Federal 30, 1 <19 y siguientes>).

### 114

Intervenciones a bienes jurídicos protegidos por la constitución por parte de las oficinas para la Protección de la Constitución, no obstante, sólo son sujetos de ser justificables en la medida en que las autoridades del servicio interno de información estén sujetas a la Constitución y a las leyes y esa sujeción a la Constitución y a las leyes es sometida a control parlamentario y judicial (véase *Gusy, Derechos fundamentales y protección de la constitución*, 2011, pág. IX y pág. 11). En este sentido, el principio de la democracia capaz de defenderse a sí misma no debe malinterpretarse como autorización general para intervenir. Si una intervención podrá o no ser justificada a fin de proteger el orden fundamental liberal-democrático deberá ser clarificado, más bien, en cada caso particular por medio de la interpretación de las disposiciones constitucionales concretas “dignas de ser defendidas”.

### 115

iii. En caso de que un diputado abusara de su autoridad luchando en contra del orden fundamental liberal-democrático existe –dadas las condiciones correspondientes– la posibilidad de un proceso de prohibición del partido que representa de acuerdo al artículo 21 párrafo 2 de la Ley Fundamental (véase también STFC 70, 324 <384>) o de un proceso de acuerdo al artículo 18 de la Ley Fundamental. Qué lo segundo es un procedimiento posible en contra de un diputado, confirma el artículo 46 párrafo 3 de la Ley Fundamental que prevé esta posibilidad explícitamente previa autorización del Parlamento Federal Alemán.

### 116

En tanto se trate de asegurar la protección del orden fundamental liberal-democrático mediante el seguimiento de diputados por parte de oficinas de Protección de la Constitución se trata, sin embargo, de un impacto del poder ejecutivo sobre partes del poder legislativo que toca al proceso de toma de decisiones democrático representativo. Para su justificación deben valer, al menos, exigencias similarmente estrictas como para intervenciones graves a los derechos de los diputados llevados a cabo por el parlamento mismo.

### 117

El peligro de que la “democracia capaz de defenderse a sí misma” se “vuelque contra sí misma” (véase STFC 30, 33 <45 y siguiente>) es particularmente alto en relación al seguimiento de diputados electos por parte de las

oficinas de Protección de la Constitución. Esto se debe a que, en este caso, no se trata solamente de una toma de influencia en el proceso social de toma de decisiones sino, de una influencia del proceso de toma de decisiones del órgano representativo electo por el pueblo y a quien la democracia, en la Ley Fundamental, le ha encomendado las decisiones trascendentales.

#### 118

b. La afectación del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, consistente en el seguimiento de un diputado por parte de las autoridades de Protección de la Constitución está sujeto, por tanto, a estrictas exigencias de proporcionalidad<sup>29</sup>.

#### 119

El principio de proporcionalidad exige que, tan sólo, debe preverse mediante ley y disponerse, en casos particulares, lo estrictamente necesario para la protección de un bien jurídico reconocido constitucionalmente — aquí: del orden fundamental liberal-democrático<sup>30</sup> (véase STFC 7, 377 <397 y siguientes>; 30, 1 <20>). La restricción del libre mandato no deberá ir más allá de lo necesario (véase STFC 130, 318 <353>). Además, desde una perspectiva general, la gravedad de la afectación del derecho no debe extralimitarse en relación al peso de los argumentos que la justifiquen (véase STFC 90, 145 <173>; 92, 277 <327>; 109, 279 <349 y siguientes>; 115, 320 <345>; 125, 260 <368>; 126, 112 <152 y siguiente>).

#### 120

En ese sentido, el seguimiento de un diputado por parte de las oficinas de Protección de la Constitución sólo es lícito, si el seguimiento es necesario y si la ponderación, en el caso singular, muestre que el interés por la protección del orden fundamental liberal-democrático prime por sobre los derechos del diputado involucrado. En caso de que la ponderación resulte en que la continuación del seguimiento del diputado no fuese un requerimiento para la protección del orden liberal-democrático, el principio de necesidad obliga a poner fin inmediato al seguimiento (véase STFC 113, 63 <84>).

#### 121

Una preponderancia del interés por la protección del orden fundamental liberal-democrático entra en consideración, especialmente, cuando existan indicios de que el diputado abuse de su mandato para luchar contra el orden fundamental liberal-democrático o bien combata a esta de forma activa y agresiva.

#### 122

Por lo demás, la relevancia está en una cuidadosa evaluación de todas las circunstancias y los intereses tocados. En el marco de ellos es que deberá efectuarse una evaluación global del peso de la intervención; del grado de peligro para el orden fundamental liberal-democrático generado, supuestamente, por el diputado y del peso de la información para la protección del orden fundamental liberal-democrático cuya obtención se espera mediante el seguimiento. En ello, la relación del diputado con su partido, constitu-

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**29** Al haberse constatado la afectación de un derecho fundamental, se pasan a revisar distintos argumentos de justificación de la afectación. En caso de que otras justificaciones no aplicasen, en el texto de la decisión final sólo aparecen los más relevantes y, en este caso, el test de proporcionalidad.

**30** Es decir, el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad en el choque de dos bienes o derechos previstos en la Ley Fundamental: por un lado, el libre mandato del parlamentario y; por otro lado, el orden fundamental liberal-democrático a través del seguimiento realizado por las agencias de seguridad.

cionalmente, no se exime de toda consideración ya que, por un lado, el diputado posee un estatus independiente y, constitucionalmente, originario en relación a su partido político y su bancada parlamentaria (véase STFC 2, 143 <164>; 4, 144 <149>; 95, 335 <349>; 112, 118 <134 y siguiente>; 118, 277 <328 y siguiente>; jurisprudencia constante), al mismo tiempo, se mueve en una relación tensional particular entre su mandato libre y equitativo y su alineación a la bancada. Esta relación tensional se funda en su doble posición como representante del pueblo en su conjunto y, a la vez, como exponente de una organización político-partidaria concreta, lo que se vé reflejado en los artículos 21 y artículo 38 de la Ley Fundamental (véase STFC 2, 1 <72 y siguiente>; 95, 335 <349>; 112, 118 <134 y siguiente>; 118, 277 <328 y siguiente>).

### 123

La pertenencia partidaria del diputado puede ser, por lo tanto, un aspecto de la evaluación general. El artículo 21 de la Ley Fundamental asigna a los partidos políticos un rol esencial en el proceso político de toma de decisiones del pueblo dentro del orden constitucional de la Ley Fundamental (véase STFC 1, 208 <225>; 11, 239 <243>; 12, 276 <280>; 13, 54 <82>; 18, 34 <37>; 20, 56 <101>; 107, 339 <358>; jurisprudencia constante). En esa lógica y en principio, un compromiso político-partidario que se apoye, a su vez, en el fundamento del orden fundamental liberal-democrático, fortalece este orden. Tomado de forma aislada, la sola pertenencia a un partido puede, posiblemente, justificar únicamente un seguimiento temporal que sirva a la clarificación de las funciones del diputado, de su relevancia y posición dentro del partido, de su relación con corrientes anticonstitucionales así como a la evaluación de la relevancia de estas dentro del partido y para los actos del diputado. En este sentido, es de importancia trascendental para la evaluación de la supuesta amenaza para el orden fundamental liberal-democrático generado por el diputado, la constatación si es que y, dado el caso, en qué dimensión, el comportamiento político del diputado estaría influenciado por agrupaciones y corrientes intrapartidarias dirigidas contra el orden fundamental liberal-democrático.

### 124

Más allá de ello, la recolección de información acerca del respectivo diputado, debe guardar proporcionalidad en el empleo de sus medios. No deben formar parte del levantamiento y de la recolección de información, según artículo 46 párrafo 1 de la Ley Fundamental, especialmente, las declaraciones de un diputado hechas en el parlamento, o bien, en alguna de sus comisiones. Según artículo 46 párrafo 1 inciso 1 de la Ley Fundamental, un diputado, de ninguna manera, debe ser perseguido jurídica o administrativamente ni ser convocado a "rendir cuentas" fuera del Parlamento Federal Alemán por su votación o sus declaraciones hechas en el Parlamento Federal Alemán o en una de sus comisiones. La norma ha de entenderse en un sentido amplio, por su texto, su sentido y objetivo, de asegurar la capacidad laboral y de funcionamiento del parlamento y de proteger al diputado (véase STFC 104, 310 <332 y siguiente>). La protección del artículo 46 párrafo 1 de la Ley Fundamental se extiende con ello también a medidas de las oficinas de Protección de la Constitución (véase también Magiera, en: Comentario de Bonn a la Ley Fundamental, tomo. 8, artículo. 46 N°. 69 <fe-



brero 2011>; H.-P. Schneider, en: AK-GG, 3º edición 2001, artículo 46 N°. 8 <agosto 2002>; Trute, en: von Münch/Kunig, Ley Fundamental, tomo. 1, 6º edición 2012, artículo 46 N°. 17; Brenner, en: homenaje para Peter Badura, 2004, pág. 25 <40>). La objeción, dirigida en contra de una interpretación extensa de esta disposición, de que el seguimiento por parte de las oficinas de Protección de la Constitución no tendría carácter de sanción por no implicar consecuencias inmediatas (véase Löwer, en: Ministerio del Interior, Protección de la Constitución. Evaluación actual y perspectivas, 1998, pág. 240 <259>), no logra convencer. La inmediatez de las consecuencias no es un elemento indispensable para constatar la afectación de un bien protegido por la constitución (véase arriba C.I.4.).

## 125

c. Una restricción del libre mandato por medio del seguimiento de diputados requiere, además, de un fundamento jurídico que haga justicia a los requerimientos de determinación y claridad, propios del Estado de Derecho.

## 126

Bien puede quedar abierto, si este requerimiento surge directamente del encargo legislativo en el artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental, dada la referencia de éste a todo el párrafo 1 de la disposición, por lo que el legislador definirá “los pormenores”, no sólo en relación al derecho de sufragio sino, también, respecto al estatus de diputado. De todos modos, la necesidad constitucional de una reglamentación mediante ley parlamentaria, es consecuencia de la reserva de ley, tal como fue configurada por medio de la doctrina de esencialidad del Tribunal Constitucional Federal. El principio de Estado de Derecho y el mandamiento democrático obligan al legislador a crear él mismo las disposiciones decisivas para la implementación de la Ley Fundamental (véase STFC 49, 89 <129>; 61, 260 <275>; 73, 280 <294, 296>; 82, 209 <224 y siguiente, 227>; 83, 130 <142>; 108, 282 <311>; 120, 378 <407>; 128, 282 <317>). Las condiciones para la admisibilidad de la afectación de derecho deben definirse y reglamentarse con la suficiente claridad y determinación (véase STFC 128, 282 <317>). El legislador deberá definir sus normas con tanta determinación como sea posible de acuerdo a las características de las circunstancias concretas a reglamentarse bajo consideración del objetivo de la norma (véase STFC 49, 168 <181>; 59, 104 <114>; 78, 205 <212>; 103, 332 <384>; 128, 282 <317>). Los afectados por la norma deberán poder identificar las condiciones jurídicas y poder orientar su comportamiento en ellas (véase STFC 103, 332 <384>; 113, 348 <375>; 128, 282 <317>) y la administración ejecutiva debe encontrar parámetros de acción orientadores y restrictivos para sus acciones en la norma (véase STFC 110, 33 <54>; 113, 348 <375>; 128, 282 <317 y siguiente>).

## 127

Una disposición no sólo está indeterminada porque requiere de interpretación (véase STFC 45, 400 <420>; 117, 71 <111>; 128, 282 <317>; jurisprudencia constante). El requerimiento de determinación se cumple, siempre que los problemas de interpretación puedan ser resueltos mediante métodos jurídicos convencionales (véase STFC 17, 67 <82>; 83, 130 <145>; 127, 335 <356>). Es, en primera instancia, tarea de los órganos que aplican

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)



la ley, clarificar ambigüedades (véase STFC 31, 255 <264>; 127, 335 <356>) y resolver posibles dificultades de interpretación por medio de métodos jurídicos convencionales (véase STFC 83, 130 <145>; 127, 335 <356>).

## 128

Estos principios rigen también para las disposiciones generales acerca del ejercicio del mandato por medio de los y las diputados y diputadas electas del Parlamento Federal Alemán y para la determinación de la relación del libre mandato de los y las diputados y diputadas electas, por un lado, y de la protección del orden fundamental liberal-democrático, por otro. La consiguiente ponderación que deberá realizarse entre los intereses del parlamento y del diputado electo, por un lado, así como del ejecutivo actuando de acuerdo a la “democracia capaz de defenderse a sí misma”, por otro, la “síntesis entre ‘democracia capaz de defenderse a sí misma’ y la idea de un estado de derecho parlamentario-democrático fundado en una tolerancia mutua” (Stern, *El Derecho de Estado de la República Federal de Alemania*, tomo I, 2° ed. 1984, pág. 207 y siguiente) requieren, también en el caso de seguimiento a diputados por parte de las oficinas de Protección de la Constitución, de una decisión del legislador. El parlamento mismo deberá resolver por su cuenta la decisión, si permitirá o no el seguimiento a uno de sus miembros —dentro del marco de lo constitucionalmente lícito— y bajo qué condiciones habría de llevarse a cabo tal actividad.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

## II.

### 129

1. El fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo del 21 de julio 2010 (Sentencia Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275) no hace suficiente justicia a estos parámetros. Desconoce, con ello, contenido y alcance del libre mandato del accionante en amparo de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental. El seguimiento del accionante en amparo por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, incluyendo la recolección y el almacenamiento de la información relativa a su persona obtenida durante esta actividad, vulnera su derecho de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental ya que las condiciones para una justificación de la afectación al libre ejercicio del mandato no están dadas.

### 130

El seguimiento del accionante por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución constituye, de acuerdo a los parámetros presentes (véase arriba C.1.4), una afectación al libre ejercicio de su mandato. Esta Sala parte, en ello, de la constatación de los tribunales de primera y segunda instancia, de que el levantamiento de información se estaría llevando a cabo sin el empleo de medios y medidas de inteligencia. Mientras el accionante en amparo censura el supuesto empleo de métodos de inteligencia por parte de las autoridades de Protección de la Constitución, no obstante, no pudo comprobar infracciones inconstitucionales de los tribunales de primera y segunda instancia en la constatación de esto como hecho.

### 131

La recolección de información significa una afectación, sin que para ello sea de relevancia si el poder ejecutivo tuviese el objetivo de inferir un determinado comportamiento parlamentario en el accionante en amparo o si el comportamiento del accionante efectivamente es influenciado por el seguimiento.

### 132

2. Esta afectación del libre mandato del recurrente en amparo no es justificada. Las disposiciones relevantes de la Ley Federal de Protección de la Constitución sí brindan una base jurídica suficientemente determinante que se ajusta a los requerimientos de la reserva de ley (a). Sin embargo, el seguimiento al accionante en amparo inclusive la recolección y el almacenamiento de la información obtenida, no se ajusta al principio de la proporcionalidad (b).

### 133

a. Los artículos 8 párrafo 1 inciso 1, 3 párrafo 1 numeral 1 y 4 párrafo 1 inciso 1 letra c Ley Federal de Protección de la Constitución, creados en el año 1990 con la Ley de Cooperación del Gobierno Federal con los Estados Federados en Asuntos de Protección de la Constitución y sobre la Oficina de Protección de la Constitución<sup>31</sup>, constituyen una base jurídica para el seguimiento al recurrente en amparo que se ajusta a la reserva de ley, aunque en ella no se haga referencia explícita a los derechos de los diputados de artículo 38 párrafo 1 inciso 2.

### 134

El legislador mismo, aprobando estas normativas, tomó la decisión esencial de que miembros del Parlamento Federal Alemán puedan ser sometidos a seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución. Al mismo tiempo, decidió también sobre las condiciones esenciales de un seguimiento de esta naturaleza, en sentido de hacer valer, para el seguimiento de diputados/diputadas, las mismas condiciones tipificadas que para el seguimiento de personas particulares. En la promulgación de la Ley Federal de Protección de la Constitución, en el año 1990, fue de conocimiento público que también había seguimiento a diputados/diputadas (véase tan sólo el Boletín Oficial del Parlamento Federal Alemán 10/6584 del 27 de noviembre 1986, pág. 126 y siguientes, con un amplio listado de diputados regionales y nacionales sometidos a seguimiento). Ante este trasfondo, no existen indicios de que diputados/diputadas deban ser exceptuados de las disposiciones creadas mediante la Ley Federal de Protección de la Constitución.

### 135

El legislador, de una manera extensa, hizo justicia a la protección especial de diputados, incluyendo el mandato legal en el artículo 8 párrafo 5 de la Ley Federal de Protección de la Constitución, de que el seguimiento debe ser proporcional. De acuerdo a ello, la autoridad federal ha de elegir de diversas medidas adecuadas aquella que cause, previsiblemente, la menor restricción al afectado. Una medida no deberá conllevar una desventaja que esté visiblemente desproporcionada en relación al éxito pretendido. La

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

**31** Esta Ley (de 1990) tiene un nombre extenso y un nombre completo. Ambos aparecen en este párrafo.

norma de autorización en el artículo 8 de la Ley Federal de Protección de la Constitución posibilita y exige, por tanto, la consideración de todos los asuntos involucrados y también del hecho que la actividad de la persona seguida es objeto de la protección especial de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental. Como los diputados /diputadas, según instrucción de artículo 30 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental no están, de antemano, exentos de un seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución dependerá de las circunstancias concretas del caso singular, para cuya evaluación se deberán tomar en consideración los aspectos mencionados arriba (C.I.5.b).

### 136

b. El seguimiento al recurrente en amparo inclusive la recolección y el almacenamiento de la información obtenida, a lo largo de varios años, no hace justicia al principio de proporcionalidad. En una evaluación general de todas las circunstancias, las mínimas revelaciones adicionales para la investigación de una imagen general del partido político, supuestas por el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, quedan fuera de relación respecto a la gravedad de la intervención al libre mandato del recurrente en amparo.

### 137

En el procedimiento de las primeras instancias acerca de la sospecha de ambiciones anticonstitucionales, se dieron indicios de hecho tan sólo en relación a fracciones partidarias singulares, como ser, la plataforma comunista, el foro marxista y la reconocida organización juvenil Juventud Izquierdista [solid] (véase Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia, fallo del 13 de febrero 2009 –16 A 845/08–, juris, Rn. 67 y siguientes, véase también Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <290 y siguientes, apartado 41 y siguientes y, particularmente, apartado 45, al igual que pág. 303, apartado 63>).

### 138

Al mismo tiempo, se ha constatado expresamente que el recurrente en amparo, en forma individual, no es sospechoso de tener ambiciones anticonstitucionales (véase Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia, fallo del 13 de febrero 2009 –16 A 845/08–, juris, apartado 104; véase también Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <303, apartado 67 y siguiente>). Es verdad que el recurrente en amparo ocupaba cargos importantes dentro del partido; entre ellos, se encuentra la integración a la dirección del partido desde octubre del 2004, la jefatura de campaña para elecciones federales hasta el año 2008 y la asunción de la tarea como responsable de reestructuración partidaria en el marco de la fusión del partido Linkspartei.PDS con el partido WASG (Alternativa Electoral para Justicia Social/Wahlalternative für Soziale Gerechtigkeit). Además fue, en la décimo-sexta legislatura del Parlamento Federal Alemán, presidente suplente de la bancada parlamentaria DIE LINKE (véase Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia, fallo del 13 de febrero 2009 –16 A 845/08–, juris, apartado 6 y siguiente). El Tribunal Supremo regional valoró estos hechos en sentido de que el recurrente en amparo sería un “funcionario partidario de alto ran-

go” (Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia *ibid*, apartado 163); en el fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo se habla de la actividad del recurrente en amparo como de un “miembro destacado del partido” (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <302, apartado 64>) así como de que el recurrente en amparo jugase un “rol de liderazgo” dentro del partido (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <303 y siguiente, apartado 68>).

### 139

No obstante, el recurrente en amparo no forma parte ni de los miembros ni de los partidarios de las fracciones mencionadas dentro del partido. El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, en su decisión correspondiente, pormenoriza al respecto, que el recurrente en amparo no pertenecería a ningún agrupamiento dentro del partido, acerca del cual existiese la sospecha de ambiciones anticonstitucionales. Por lo demás, tampoco existiría indicio alguno de que participara o hubiese participado de actividades dirigidas en contra del orden fundamental liberal-democrático (Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia, apartado 104, 163).

### 140

No existen, por tanto, indicios de que el comportamiento político del recurrente en amparo como parlamentario hubiese estado influenciado por las agrupaciones relacionadas a ideologías dirigidas en contra del orden fundamental liberal-democrático. En consecuencia, el recurrente en amparo no contribuye en forma relevante en una puesta en peligro del orden fundamental liberal-democrático, ni siquiera considerando su relación con el partido político DIE LINKE y las corrientes existentes en él. Por lo demás, el comportamiento del recurrente en amparo podría, en todo caso, justificar su seguimiento —especialmente, en cuanto a la cuestión acerca de si lucha o no activamente en contra de las fuerzas radicales dentro del partido— si estas fuerzas tuviesen una influencia determinante dentro del mismo. Nada de esto fue constatado en el proceso de relevamiento de hechos en las primeras instancias.

### 141

Según los parámetros mencionados arriba, la suposición del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de que la actividad del recurrente en amparo se prestaría, a pesar de todo, objetivamente para fomentar las ambiciones anticonstitucionales, no es jurídicamente sostenible; igualmente, podrían constituir un peligro para el orden liberal-democrático, personas asentadas en el orden liberal-democrático que, sin embargo, siendo analizado objetivamente algunas actividades, fomentasen, por medio de ella, ambiciones anticonstitucionales sin identificarlas como tales, o bien, sin reconocer tal actividad como un motivo suficiente para abandonar una asociación de personas a la que se hayan unido por otros motivos (véase Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <304, 69>). El fallo del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo desconoce, por tanto, que, según la valoración de artículo 21 de la Ley Fundamental —que asigna a los partidos políticos un rol esencial en el proceso político de toma de decisiones del pueblo dentro del orden constitucional democrático de la Ley

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

Fundamental (véase STFC 1, 208 <225>; 11, 239 <243>; 12, 276 <280>; 13, 54 <82>; 18, 34 <37>; 20, 56 <101>; 107, 339 <358>; jurisprudencia constante) —un involucramiento político-partidario enraizado, a su vez, en el terreno del orden liberal-democrático de la Ley Fundamental, fortalece a esta misma. Esto vale también, y con mayor razón, cuando tiene lugar en un partido en el que fuerzas y corrientes divergentes se disputan la influencia en el mismo.

#### 142

Considerando lo anteriormente expuesto, la ganancia, supuesta por parte del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo, de mínimas revelaciones para la investigación de un cuadro global acerca del partido político (véase Sentencia Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275, 311, - 88) se presenta como secundaria en relación a la gravedad de la intervención de artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, al libre mandato del recurrente en amparo.

#### 143

El Tribunal Federal Contencioso-Administrativo ignora, además, que incluso los medios empleados por la Oficina Federal para la Protección de la Constitución son desproporcionados en tanto se refieren al comportamiento del recurrente en amparo dentro del ámbito parlamentario, protegido en forma especial por el artículo 46 párrafo 1 de la Ley Fundamental. Es verdad que el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo determinó, por un lado, que la Oficina Federal para la Protección de la Constitución habría “excluido el ámbito nuclear de la actividad parlamentaria” del recurrente en amparo, “a saber, su comportamiento de voto así como sus declaraciones en el parlamento y sus comisiones” (véase Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 137, 275 <313, apartado. 92>). Al mismo tiempo, sin embargo, se detalla que, entre otras cosas, se habría realizado una recolección y evaluación de boletines parlamentarios (véase Sentencia Tribunal Federal Administrativo 37, 275 <312, apartado 91>, igualmente el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo de Renania del Norte - Westfalia en el fallo del 13 de febrero 2009 –16 A 845/08–, juris, Rn. 135). La ponderación necesaria en este sentido no se llevó a cabo.

### III.

#### 144

Puede quedar abierto, si el fallo recurrido del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo vulnera los derechos fundamentales y otros derechos, censurados como vulnerados por parte del recurrente en amparo, tales como el derecho al libre despliegue de la personalidad de artículo 2 párrafo 1 Ley Fundamental en asociación a la prohibición de la arbitrariedad (artículo 3 párrafo 1 Ley Fundamental) y el Principio de Estado de Derecho (artículo 20 párrafo 3, artículo 28 párrafo 1 Ley Fundamental), el derecho a la autodeterminación informacional de artículo 2 párrafo 1 en asociación con artículo 1 párrafo 1 Ley Fundamental así como el derecho a la participación equitativa en elecciones parlamentarias o si estos derechos no pueden ser considerados afectados porque se encuentran en una relación de mutua exclusividad respecto a los derechos de diputados consolidados en el artículo

38 párrafo 1 inciso 2 Ley Fundamental, (véase recientemente Sentencia Tribunal Federal Contencioso-Administrativo 99, 19 <29>; 118, 277 <320>). Ya la vulneración del artículo 38 párrafo inciso 2 de la Ley Fundamental conduce a la anulación de la decisión apelada (véase STFC 128, 126 <268>).

## D.

### 145

Las acciones en los conflictos entre órganos federales según artículo 93 párrafo 1 numeral 1 Ley Fundamental en asociación con los artículos 13 numeral 5, 63 y siguientes Ley del Tribunal Constitucional Federal no son admisibles y pueden ser rechazadas mediante resolución, de acuerdo al artículo 24 inciso 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal.

### 146

La decisión ha de tomar como base las acciones presentadas en su versión original con escrito del 20 de junio 2007 ingresadas al Tribunal Constitucional Federal el mismo día. Los otrosíes a 2 y 3 realizados mediante escrito del 14 de diciembre 2012 no fueron supeditados dentro del plazo del artículo 64 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (I.). En esta versión decisiva del escrito de demanda, las solicitudes no son lícitas ya que no son admisibles y/o el solicitante respectivo, no está habilitado para realizar la solicitud (II.). Los otrosíes solicitados a 3 mediante escrito el 14 de diciembre 2012 tampoco son lícitos ya que no respetan el plazo según artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal (III.).

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

## I.

### 147

La decisión ha de tomar como base el escrito de demanda en su versión original. Los otrosíes solicitados a 2 y 3 mediante escrito el 14 de diciembre 2012 fueron supeditados en el Tribunal Constitucional Federal el 17 de diciembre 2012 y, por lo tanto, fuera del plazo del artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal. El plazo normado en el artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal se aplica a los otrosíes a 2 y 3 (1.). Este plazo venció el 21 de junio 2007 (2.).

### 148

1. El plazo del artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal se aplica a las modificaciones a 2 y a 3 pues, se trata aquí de ampliaciones del objeto de la demanda no abarcados por su versión original.

### 149

a. El objeto de la demanda en el conflicto entre órganos federales es delimitado por el comportamiento cuestionado del requerido y por las normativas de la Ley Fundamental, mismas que habrían sido infringidas por esta medida o su omisión, artículo 64 párrafo 2 Ley del Tribunal Constitucional Federal. Aunque el Tribunal Constitucional Federal no está sujeto al texto de una solicitud o demanda, la verificación por parte de este tribunal queda delimitada al objeto de descrito en la solicitud (véase STFC 2, 347

<367 y siguiente>; 68, 1 <68>; 129, 356 <364 y siguiente>). El artículo 64 párrafo 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal es una normativa ineludible de procedimiento (STFC 2, 143 <172>; 68, 1 <63>). Una variación posterior en el objeto de la acción puede estar impedida, en consecuencia, por el plazo previsto en el artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal (STFC 68, 1 <63>).

#### 150

b. En el caso de los otrosíes a 2 y a 3 se trata de ampliaciones al objeto de la acción que no están abarcados por la solicitud original.

#### 151

En el caso de las solicitudes a 2 existe una ampliación del objeto de la acción porque los solicitantes pretenden, con ello, la constatación de la infracción jurídica de titulares jurídicos adicionales independientes, a saber, de diputados “adicionales”. La complementación de las normas jurídicas consideradas como vulneradas con un escrito adicional independiente —a saber, artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental— también se extralimita al marco fijado por la acción precedente. Lo mismo vale para la constatación de una infracción contra la “competencia legislativa del Parlamento Federal Alemán de artículo 38 párrafo 3 de la Ley Fundamental”, pretendida, igualmente, mediante las solicitudes a 3. Tal como los solicitantes expusieron, mediante escrito, en otrosíes del 14 de diciembre 2012, presentando la solicitud a 3, también por (entretanto) derecho propio, ello constituye una ampliación del objeto de la demanda pidiendo la constatación de una vulneración jurídica de una bancada parlamentaria y, con ello, de un portador de derechos constitucionales independiente adicional.

#### 152

2. El plazo decisivo según artículo 64 párrafo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal se inició el día que siguió al 21 de diciembre 2006 —momento del envío de la respuesta a la petición de Informe Escrito (Boletín Oficial 16/3964) a la solicitante a 2— venciendo seis meses después, es decir, el 21 de junio 2007.

#### 153

El plazo inicia en el momento en el que una medida es capaz de originar una afectación jurídica actual en el respectivo solicitante (véase STFC 118, 277 <321>). En caso de que se trate de una omisión, el plazo inicia, consecuentemente, recién en el momento de constatar con suficiente certeza una infracción correspondiente o si la requerida se niega en forma abierta a tomar las medidas que el solicitante considere necesarias para la conservación de los derechos derivados de su estatus constitucional (STFC 92, 80 <89>; 103, 164 <170 y siguiente>; 107, 286 <297>; 114, 107 <118>; 129, 356 <371>; 131, 152 <191>).

#### 154

Esta condición se cumplió, en el caso presente, el 21 de diciembre 2006, momento del envío de la respuesta a la petición de Informe Escrito (Boletín Oficial 16/3964) a la solicitante a 2. En esta petición se incluyó una

pregunta expresamente por una eventual instrucción del Gobierno Federal a la Oficina de Defensa de la Constitución, pero el Gobierno Federal en su respuesta, rechazó tal instrucción.

#### 155

Un inicio anterior del plazo no se justifica en las respuestas de la requerida a 2. a las preguntas en la petición de Informe Escrito de la solicitante a 2. Ni por las respuestas a las preguntas de la bancada parlamentaria ALIANZA 90/LOS VERDES (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), hechas con anterioridad. A las preguntas y respuestas correspondientes les faltaba precisión en su formulación, por lo que no fueron aptas para iniciar el plazo para las afectaciones del contenido en cuestión.

#### 156

Si, por tanto, el plazo según artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal venció el 21 de junio 2007, ciertamente, el escrito de la acción ingresó aún a tiempo el 20 de junio 2007. Los otrosíes a 2 y 3 en el escrito del 14 de diciembre 2012, no obstante, fueron supeditados demasiado tarde.

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

## II.

#### 157

En la versión decisiva de la acción, las solicitudes no son admisibles por no ser procedentes (1.) y/o los solicitantes no están habilitados para ello (2.).

#### 158

1. La petición a 1, por tanto, es improcedente a partir del hecho de que por medio de ella no se ataca una medida jurídicamente relevante ni su omisión (véase para este requerimiento STFC 57, 1 <5>; 68, 1 <74 y siguiente>; 80, 188 <209>; 96, 264 <277>; 97, 408 <414>; 103, 81 <86>).

#### 159

2. Las peticiones a 2 y 3 no son admisibles ya que los solicitantes, por diversos motivos, respectivamente, no están habilitados para interponer la acción.

#### 160

a. Según artículo 64 párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal, una petición es admisible cuando no puede excluirse de antemano que el requerido haya vulnerado o puesto en peligro inminente algún derecho del solicitante, producto de una relación jurídica constitucional entre los involucrados, por medio de la medida jurídicamente relevante o su omisión (véase STFC 94, 351 <362 y siguiente>; 99, 19 <28>; 104, 310 <325>; 108, 251 <271 y siguiente>; 118, 277 <317>). El conflicto de competencias entre órganos federales está configurado como litigio contradictorio entre partes. Sirve de manera decisiva a la delimitación mutua de competencias de órganos constitucionales o de sus unidades en una relación jurídica constitucional, no así al control, disociado de ello, de la constitucionalidad objetiva de la actuación determinada del órgano (véase STFC 68, 1 <69 y siguientes>;



73, 1 <29 y siguiente>; 80, 188 <212>; 104, 151 <193 y siguiente>; 118, 244 <257>; 126, 55 <67 y siguiente>). Si no es posible deducir, de la normativa puesta en vigencia, derechos o competencias propias que podrían ser vulnerados por la medida o su omisión, se carece de legitimación activa para hacer la petición (véase STFC 93, 195 <204>).

#### 161

El conflicto entre órganos federales también requiere, según artículo 23 párrafo 1 inciso 2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, una descripción de la alegada vulneración jurídica, que vaya más allá de la simple designación de las condiciones de admisibilidad del artículo 64 párrafo 1 y párrafo 2 Ley del Tribunal Constitucional Federal (véase STFC 24, 252 <258>). La vulneración de los derechos constitucionales, en el sentido arriba expuesto, debe derivarse, como posible consecuencia jurídica, de la exposición de hechos del solicitante (STFC 57, 1 <5>; 60, 374 <381>; 82, 322 <336>; jurisprudencia constante). Es necesario pero, también, suficiente si esta hubiese sido presentada de manera general pero concluyente y que estos hechos parecieran posibles (STFC 93, 195 <203>; 102, 224 <232>).

#### 162

En este sentido, los solicitantes carecen, respectivamente, de la legitimación activa para la solicitud a 2: en el caso del solicitante a 1, las condiciones jurídico-constitucionales para el derecho a solicitar intervención de los oponentes, no están delineadas (i). La solicitante a 2, además, no tiene legitimación activa por invocar la vulneración de derechos ajenos, y no así propios (ii).

#### 163

i. El solicitante a 1 carece de legitimación activa para la petición a 2 ya que la posibilidad de una vulneración a sus derechos por medio del rechazo de los requeridos de intervenir en contra del seguimiento por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, no está suficientemente delineada. Para estar habilitado tendría que haber descrito los hechos que brindan las condiciones, justificadas jurídico y constitucionalmente, para el derecho a una intervención. Esto no está en la solicitud.

#### 164

Es verdad que el solicitante a 1 ha señalado la posibilidad de una vulneración de sus derechos del artículo 38 párrafo 1 inciso 2 por parte de la Oficina Federal para la Protección de la Constitución (véase al respecto arriba C.I.). Existe también un amplio mandato de supervisión jerárquica, jurídica y técnica del requerido a 1 hacia la Oficina de Defensa de la Constitución, de acuerdo al principio de supervisión ministerial consagrado en artículo 65 inciso 2 de la Ley Fundamental y reflejado en el artículo 2 párrafo 1 Ley Federal de Protección a la Constitución, que abarca, incluso, la posibilidad de la auto-entrada. Infracciones jurídicas de una autoridad de segundo nivel no pueden atribuirse sin más como "propias" a una autoridad supervisora. Además, las normativas jurídicas de supervisión no siempre poseen un contenido jurídico subjetivo a favor del individuo sino que sirven, regularmente, al interés público en la legalidad y legitimación democrática de la admi-

nistración (véase en correlación a la supervisión STFC, resolución del 1 de septiembre 1976 – VII B 101.75 –, NJW 1977, pág. 118 y siguiente; Gröpl, en: Maunz/Dürig, Ley Fundamental, artículo 90 Rn. 69 <marzo 2007>; Ibler, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, Ley Fundamental, 6° ed. 2010, artículo 90 Rn. 62; Schoch, Jura 2006, pág. 188 <196>). Incluso la supervisión ministerial constituye un caso de supervisión de una autoridad pública. Por medio de ella, el ministro puede dirigir el mantenimiento del orden jerárquico dentro de la administración y cumplir así su responsabilidad frente al parlamento (artículo 65 inciso 2 Ley Fundamental), (véase Schiedermaier, Autocontrol en la administración, en: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Fundamentos del derecho administrativo, tomo III, 2009, § 48, apartado 23).

### 165

Ante este trasfondo, la solicitud hubiese requerido una justificación más detallada en cuanto a que la supervisión ministerial estaría orientada también a la protección de intereses individuales del solicitante a 1, según artículo 65 inciso 2 de la Ley Fundamental. Estos requisitos de contenido de solicitudes no se cumplen aquí.

### 166

El solicitante a 1, tan sólo, señala de manera general la especificidad de la protección jurídica limitada contra la Oficina Federal para la Protección de la Constitución, deduciendo su subordinación a un ministro responsable directamente del principio democrático y de Estado de Derecho, sin exponer en detalle, por qué habría de derivarse de ello un derecho subjetivo al ejercicio de supervisión.

### 167

Adicionalmente, el solicitante a 1 se remite al principio constitucional no escrito de la fidelidad al órgano constitucional. Puede quedar abierto, si el principio de lealtad al órgano constitucional es capaz de obligar a una intervención. Pues, en todo caso, el solicitante a 1. no ha probado, de manera exhaustiva, la presencia de condiciones específicas para tal reivindicación. Fundamentándonos en las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional Federal para justificar la obligación, derivada del principio de fidelidad al Gobierno Federal, de las autoridades regionales supervisoras a intervenir en una comunidad, las obligaciones para la acción de otro órgano constitucional sólo podrían ser originadas por una alteración “sensible, grave del orden jurídico fundamental” y la incapacidad del órgano constitucional afectado para eliminar esta alteración por su cuenta (véase STFC 8, 122 <138 y siguientes>).

### 168

Ya es dudoso que la vulneración de derechos de un diputado individual fuera capaz de originar una alteración de tal gravedad, considerando que, en la perspectiva del solicitante a 1, en el caso presente, no se concretizó el peligro generalizado de abuso de seguimiento de inteligencia con la finalidad de ejercer influencia en diputados a favor del gobierno. En todo caso, el solicitante a 1, en vista de que estaba abierta la vía contencioso-administrativa así como, seguidamente, el recurso de amparo a fin de generar el

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

mismo la finalización del seguimiento, no ha probado de manera exhaustiva las condiciones específicas para la activación del principio de lealtad al órgano constitucional. Con ello carece del interés de protección jurídica, inherente a su estatus de diputado, para el conflicto de competencias entre órganos federales (véase STFC 123, 267 <337>).

#### 169

ii. La solicitante a 2. no está habilitada para hacer la petición a 2, mediante la cual se invoca una vulneración de derechos del solicitante a 1 de artículo 46 párrafo 1 y artículo 38 párrafo 1 inciso 2 de la Ley Fundamental, porque la petición no invoca sus derechos propios, sino ajenos, a saber, los del solicitante a 1.

#### 170

Más allá del caso particular, normado jurídicamente en artículo 64 párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal, sólo entraría en consideración una alegación de derechos propios a nombre propio (véase STFC 13, 54 <84>; 90, 286 <343>; 123, 267 <337>). La alegación de derechos de un diputado particular por medio del Parlamento Federal Alemán o de una bancada, no está prevista. Tampoco hay necesidad de ello, puesto que los diputados pueden hacer valer este derecho ellos mismos, dentro del conflicto entre órganos federales, incluso si ya no forman parte del Parlamento Federal Alemán (STFC 4, 144 <152>; 102, 224 <231>).

#### 171

**b. Las solicitudes (principales) a 3 —mediante las cuales se solicita la constatación de una vulneración de derechos del Parlamento Federal Alemán— también fracasan por la respectiva falta de legitimación activa de los solicitantes para realizar la acción.**

#### 172

i. El solicitante a 1. no está habilitado para hacer la petición por no hacer valer una infracción jurídica propia. Para un diputado individual no es posible (artículo 64 párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal) hacer valer derechos del Parlamento Federal Alemán en su propio nombre (véase STFC 117, 359 <367>; 123, 267 <337>).

#### 173

ii. La solicitante a 2., tampoco está habilitada para la solicitud (principal) a 3. En relación a la vulneración de los principios de la constitución financiera de los artículos 104a y siguientes de la Ley Fundamental, no existe legitimación para la petición porque, en la solicitud no se trata de derechos del Parlamento Federal Alemán sino del derecho constitucional objetivo (1). La funcionalidad del Parlamento Federal Alemán, alegada como vulnerada por la solicitante a 2 es un derecho que puede ser alegado como vulnerado por ella. Sin embargo, la posibilidad de una vulneración de este derecho, no está suficientemente probada, dado que se fundamenta únicamente una restricción de derechos individuales de diputados (2). Finalmente, del principio de lealtad entre órganos constitucionales tampoco deriva una habilitación de la solicitante a 2 para presentar la petición (principal) a 3 (3).

**174**

01. De cara a la vulneración invocada de los principios de la constitución financiera de los artículos 104a y siguientes Ley Fundamental, no existe una legitimación de la solicitante a 2 para presentar la petición porque la constitución financiera no forma parte de los derechos orgánicos del Parlamento Federal Alemán.

**175**

El conflicto entre órganos federales no tiene como objetivo una supervisión judicial o constitucional general, tal y como ya se ha dicho más arriba (STFC 103, 81 <88 y siguiente>; 118, 277 <319>; 126, 55 <67 y siguiente>). Se deben entender como derechos en sentido del artículo 64 párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, tan sólo aquellos, transmitidos al solicitante para la exclusiva asunción propia o para garantizar su participación en algún espacio deliberativo o cuya consideración es requerida para garantizar la implementación de sus atribuciones y la validez de sus actos (véase STFC 68, 1 <73>; 126, 55 <72 y siguiente>).

**176**

En tanto la solicitante a 2 invoca una vulneración de los artículos 104a y siguientes Ley Fundamental se refiere a una alegada vulneración del mandamiento de una gestión ahorrativa y eficiente con los recursos del Estado; en cambio, no alega que los límites de las autorizaciones jurídico-presupuestarias hayan sido excedidos de otra manera. Con ello no logra justificar una legitimación para la petición, puesto que, su argumentación estaría orientada a un control administrativo-gubernamental desacoplado de sus derechos o de los del Parlamento Federal Alemán y tal control no tiene cabida en un conflicto entre órganos federales (véase arriba D.II.2.a). Porque si se aceptaría esa fundamentación sería posible atacar, más allá de incumplimientos de normas, un comportamiento ineficiente de autoridades federales por provocar un gasto presupuestario ineficiente.

**177**

02. La invocada vulneración de la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán tampoco justifica una habilitación de la solicitante a 2 para tal petición. Es verdad que la garantía para la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán en el marco del conflicto entre órganos federales es invocable en principio, incluso por una bancada individual (a). No obstante, una vulneración no está presentada con la mera invocación de la vulneración de derechos de diputados individuales. Es necesario, más bien, presentar una restricción en la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán en su calidad institucional. La presentación de la solicitante a 2 no hace justicia a estos requerimientos (b).

**178**

(a) La funcionalidad del Parlamento Federal Alemán constituye un bien jurídico de rango constitucional (véase STFC 51, 222 <236>; 95,

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

408 <418>; 99, 19 <32>; 112, 118 <140>; 118, 277 <324>; 130, 318 <348 y siguientes>) al que éste puede acogerse en el conflicto entre órganos federales. Lo equivalente vale para una bancada autorizada a invocar los derechos del Parlamento Federal Alemán en el conflicto entre órganos federales (artículo 64 Abs. 1 BVerfGG). Como ya se ha pormenorizado, el seguimiento de un miembro del Parlamento Federal Alemán por autoridades de la Oficina de Protección de la Constitución concierne a la función de representación democrática del Parlamento Federal Alemán (véase C.I.1.d) y su autonomía parlamentaria (véase C.I.2). Por tanto, existe una conexión entre el estatus constitucional de cada diputado en particular y la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán en su conjunto, que asume sus tareas y potestades mediante el conjunto de sus miembros (véase STFC 80, 188 <217 y siguiente>; 104, 310 <330>; 130, 318 <342 y siguientes>). Aunque la Ley Fundamental designe a cada diputado como representante “del pueblo en su conjunto”, sólo representa al pueblo conjuntamente con los demás miembros del parlamento (véase STFC 44, 308 <316>; 56, 396 <405>; 80, 188 <218>; 130, 318 <342 y siguientes>).

#### 179

(b) La solicitante a 2 no presentó hechos que induzcan a concluir la posibilidad de una vulneración de la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán.

#### 180

La acepción del término “funcionalidad” se deduce del respectivo contexto. Si bien un buen número de argumentos sugieren que la garantía de la funcionalidad del Parlamento Federal Alemán no sólo brinda una protección contra la disfuncionalidad (véase para ello STFC 1, 208 <247 y siguiente>; 6, 84 <92, 93 y siguientes>; 51, 222 <236 y siguiente>; 82, 322 <338>; 95, 408 <420>), sino que debe entenderse como mandamiento de optimización a la luz del balance cuidadoso entre bienes constitucionales en disputa (véase Lerche, revista jurídica especializada BayVBl 1991, pág. 517 <522>; Schwarz, Revista jurídica especializada BayVBl 1998, pág. 710 <711 y siguiente>; véase también STFC 120, 82 <113>; 129, 300 <321; 323>). Para legitimar una petición es suficiente, por tanto, el enunciado de la posibilidad de una restricción severa de la funcionalidad (véase STFC 129, 300 <321; 323>).

#### 181

Tal restricción de la funcionalidad, sin embargo, no está presentada con hechos. Aunque el enunciado de una restricción de funcionalidad sea suficiente y no haya necesidad de argumentar la disfuncionalidad completa, no toda vulneración de derechos de un diputado constituye, sin más, una vulneración de los derechos del Parlamento Federal Alemán. De otro modo, el resultado sería la posibilidad de interponer acciones que corresponderían a una legitimación en derecho ajena del Parlamento Federal Alemán —algo que ni la Ley Fundamental ni la Ley del Tribunal Constitucional conocen (véase también lo expues-

to en D.II.2.b) ii) acerca de la ausencia de legitimación procesal de la solicitante a 2 para los derechos del solicitante a 1. Al mismo tiempo, una bancada parlamentaria que puede invocar, en legitimación en derecho ajeno según artículo 64 párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal, los derechos del Parlamento Federal Alemán, estaría habilitada para presentar demandas de cada uno de sus miembros ante el Tribunal Constitucional Federal, en caso de que haya conexión con el estatus de diputado. No hay necesidad para semejante ampliación de la legitimación a la petición. En particular, no se crea un vacío legal para la protección jurídica ya que cada diputado es muy dueño de presentar, él mismo, acciones en defensa de sus derechos.

### 182

En consecuencia de todo lo expuesto, la solicitante a 2 debió haber presentado hechos que sustenten una restricción de la funcionalidad más allá de la vulneración de los derechos del solicitante a 1. Su referencia general al seguimiento de otros diputados no confiere al supuesto de una disfuncionalidad del Parlamento Federal Alemán ninguna consistencia adicional porque la legitimidad del seguimiento de un diputado depende de las respectivas circunstancias (véase arriba C.I.4.), mismas que no fueron presentadas en detalle.

### 183

03. Tampoco se deduce una legitimación de la solicitante a 2 del principio de lealtad entre órganos constitucionales. De acuerdo a lo dicho anteriormente, se carece de un enunciado de vulneración de los derechos del Parlamento Federal Alemán, por lo que no hay una conexión para alegar la afectación del principio de lealtad entre órganos constitucionales. Este principio, por sí sólo, no es capaz de justificar algún derecho; al contrario requiere, para poder desplegar sus efectos, de una relación jurídica (constitucional) preexistente (véase correspondientemente para el principio de lealtad federal, STFC 103, 81 <88>; 104, 238 <248>). El principio tiene, en este sentido, carácter accesorio, pudiendo configurar una relación jurídica existente, pero no fundamentarla.

## III.

### 184

Los otrosíes a 3, son inadmisibles porque no respetan el plazo del artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal, dentro del cual una demanda orgánica debe ser presentada. Los solicitantes atacan directamente a la Ley Federal de Protección de la Constitución. Por ello, está en disputa una medida en el sentido del artículo 64 párrafo 1 Ley del Tribunal Constitucional Federal y, en consecuencia el plazo de seis meses del artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal (véase STFC 1, 208 <220>; 82, 322 <335>; 114, 107 <116>; jurisprudencia constante) inicia con la publicación de la ley. Mediante esta, la ley es considerada como ampliamente divulgada (véase STFC 13, 1 <10>; 24, 252 <258>; 27, 294 <297>; 64, 301 <316>; 67, 65 <70>; 92, 80 <87>; 103, 164 <169>; 114, 107 <116>). La Ley Federal de Protección de la Constitución fue publicada en el Boletín

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

Oficial del Gobierno Federal del 29 de diciembre de 1990 (BGBl I 1990 pág. 2954 <2970>), de manera que el plazo del artículo 64 párrafo 3 Ley del Tribunal Constitucional Federal venció ya en el año 1991. Con nada se argumenta o afirma que las modificaciones a la ley, realizadas desde entonces, hubiesen perjudicado a los solicitantes por vez primera o de manera incrementada (véase STFC 111, 382 <411>; 114, 107 <117>).

**E.**

**185**

La decisión acerca de los costos en la acción del recurso de amparo constitucional se deduce del artículo 34a párrafos 2 y 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

Firman:

Voßkuhle Lübke-Wolff Gerhardt  
Landau Huber Hermanns  
Müller Kessal-Wulf

Sentencia  
del Tribunal  
Constitucional  
Federal (BVerfGE)  
2 BvR 2436/10 y  
2 BvE 6/08 (2013)

---

# TRADUCCIONES OFICIALES DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sobre el uso de una cruz o crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de enseñanza obligatoria (1995)

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



# Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sobre el uso de una cruz o crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de enseñanza obligatoria (1995)

1. La colocación de una cruz o de un crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de enseñanza obligatoria que no sea una escuela confesional vulnera el Art. 4.1, de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz - GG).

2. El artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera (Schulordnung für die Volksschulen in Bayern, abreviado Volksschulordnung - VSO) viola el Art. 4.1 de la Ley Fundamental, siendo nulo.

## Resolución de la Sala Primera de 16 de mayo de 1995- 1 BvR 1087/91 -

En el procedimiento seguido en virtud de recurso de amparo interpuesto por 1) el Sr. S., 2) la Sra. S., 3) la menor S., 4) el menor S., 5) el menor S., estando representados los recurrentes número 3) a 5) por los recurrentes 1) y 2)

[...]

### FALLO:

1. El artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera de 21 de junio de 1983 (boletín bávaro de leyes y reglamentos GVBl, pág. 597) viola el artículo 4.1 de la Ley Fundamental alemana, siendo nulo.
2. La resolución del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof) de 3 de junio de 1991 - 7 CE 91.1014 - y la resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo bávaro de Ratisbona (Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg) de 1 de marzo de 1991 - RO 1 E 91.167 - violan los derechos fundamentales de los recurrentes 1) y 2) derivados del artículo 4.1 de la Ley Fundamental en conexión con el artículo 6.2, frase 1, así como los derechos fundamentales de los recurrentes 3) a 5) derivados del artículo 4.1. La resolución del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo viola además los derechos fundamentales de los recurrentes derivados del artículo 19.4 de la Ley Fundamental. Estas resoluciones quedan sin

*efecto. Se reenvían los autos al Tribunal Superior Contencioso-Administrativo.*

*3. El Estado Federado de Baviera ha de reintegrar a los recurrentes los gastos necesarios incurridos por ellos.*

## FUNDAMENTOS:

### A.

El recurso de amparo se refiere a la colocación de cruces o crucifijos en salas escolares.

### I.

1. Conforme al artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera de 21 de junio de 1983 (GVBl, pág. 597), se ha de colocar una cruz en todas las aulas de escuelas primarias públicas. Esta norma es un reglamento promulgado por el Ministerio de Enseñanza y Cultura de Baviera, facultado para ello en virtud de la Ley bávara de Educación y Enseñanza (*Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen - BayEUG*) y de la Ley alemana de Enseñanza Primaria (*Volksschulgesetz - VoSchG*) – esta última entretanto derogada. El artículo 13.1 del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera dice así:

*La escuela apoyará a los educadores en la educación religiosa de los niños. Oración escolar, misa escolar y práctica devota escolar son posibilidades para prestar ese apoyo. En todas las aulas se ha de colocar una cruz. Los profesores y los alumnos están obligados a respetar los sentimientos religiosos de todos.*

2. Los recurrentes 3) a 5) son hijos, menores de edad, sujetos a la enseñanza escolar obligatoria, de los recurrentes 1) y 2). Estos últimos son seguidores de la ideología antroposófica según la doctrina de Rudolf Steiner y educan a sus hijos en este sentido. Desde la escolarización de la hija mayor, la recurrente número 3), se han venido oponiendo a que en las salas escolares a las que acuden sus hijos se colocasen primero crucifijos y, más tarde, a veces cruces sin cuerpo. Alegan que a través de estos símbolos, en especial mediante la representación de un “cuerpo masculino moribundo” se está influyendo en sus hijos en favor del cristianismo; esto va en contra de sus concepciones educativas, y en especial, de su ideología.

3. En la época de la escolarización de la recurrente número 3) a finales del verano de 1986 se hallaba colocada en su aula un crucifijo, de una altura total de 80 cm con un cuerpo de 60 cm de altura, directamente en el campo de visión de la pizarra. Los recurrentes 1) y 2) exigieron que se retirase el crucifijo, negándose a enviar a la recurrente número 3) a la escuela mientras estuviera expuesta a contemplar tal imagen. El conflicto se dirimió en principio con la sustitución de ese crucifijo por una cruz más pequeña sin cuerpo sobre la puerta. Sin embargo, las disputas de los recurrentes 1) y 2) con la administración escolar surgieron de nuevo con la escolarización de sus otros hijos, así como con los cambios de clase —y finalmente de escue-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sobre el uso de una cruz o crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de enseñanza obligatoria (1995)

la— de la recurrente número 3), porque en las salas escolares en cuestión se hallaban colocados crucifijos. Adoptando la medida de no enviar a sus hijos a clase, en parte durante largos períodos de tiempo, los recurrentes 1) y 2) lograron repetidamente llegar de nuevo a una solución de compromiso para las aulas fijas en general para un cierto curso escolar (pequeña cruz sin cuerpo colocada lateralmente sobre la puerta), pero no para las demás salas de clase donde se impartan asignaturas determinadas. La administración de la escuela no confirmaba por lo demás a los recurrentes 1) y 2) que el compromiso se mantendría con cada cambio de clase.

4. Temporalmente los tres hijos acudieron a una escuela Waldorf (de carácter antroposófico); sin embargo, por falta de los medios financieros necesarios, esto constituyó sólo un intento pasajero de solucionar el conflicto.

5. En febrero de 1991, los recurrentes 1) y 2) presentaron una demanda ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, en nombre propio y de sus hijos, contra el Estado Federado de Baviera, a fin de que se retirasen las cruces en todas las salas de escuelas públicas a las que estuvieran acudiendo o fueran a acudir sus hijos en el marco de su formación escolar. Al mismo tiempo solicitaron que se decretase una medida cautelar de retirada de los crucifijos hasta la conclusión del procedimiento iniciado con esa demanda.

6. a. El Tribunal Contencioso-Administrativo desestimó la solicitud de medida cautelar. Argumentó que con la colocación de cruces en salas escolares no se lesionaban ni el derecho de educación de los padres ni los derechos fundamentales de los hijos. El artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera no determina que se haya de emplear la cruz como medio de enseñanza ni convertirla en objeto de la enseñanza escolar general. Indicando que sirve únicamente a los fines del apoyo constitucional sin reservas a los padres en la educación religiosa de sus hijos. Añadiendo que no se transgrede el marco de relaciones ideológico-religiosas constitucionalmente admisible en el sistema escolar. El principio de no identificación no exige respeto igual en el sistema escolar —a diferencia del área puramente mundana— porque en el área educativa las concepciones ideológicas de siempre tienen relevancia. La tensión entre libertad religiosa en sentido positivo y negativo se ha de solventar considerando el mandato de tolerancia según el principio de concordancia. Conforme a esto, los recurrentes no pueden exigir que se conceda a su libertad confesional negativa la prioridad absoluta frente a la libertad confesional positiva de aquellos alumnos que sean educados en una confesión religiosa y quieran profesarla. Más bien podría esperarse de los recurrentes tolerancia y respeto frente a las convicciones religiosas de otros, cuando practiquen su religión en la escuela (*para más detalle, véase Tribunal Contencioso-Administrativo de Ratisbona VG Regensburg, revista BayVBl 1991, pág. 345*).

c. El Tribunal Superior Contencioso-Administrativo desestima el recurso interpuesto contra dicho rechazo de medidas cautelares. Según este tribunal, falta ya para empezar la circunstancia que fundamenta una

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

medida cautelar. Entiende que no es admisible anticipar el enjuiciamiento del fin perseguido con la causa principal, porque con una espera no se genera a los recurrentes ningún perjuicio desmedido e irreparable. Los hijos acuden desde 1986 a escuelas públicas. Desde entonces se han venido oponiendo sus padres a la colocación de cruces, pero hasta febrero de 1991 no habían interpuesto demanda. Además, la autoridad escolar se ha venido mostrando en cierta manera dispuesta a un compromiso. Bajo estas circunstancias, se puede exigir a los recurrentes 1) y 2) que busquen una solución transitoria aceptable para ellos, colaborando con la escuela en un marco de confianza lo más amplio posible. La contemplación de una cruz o de un crucifijo supone en comparación una carga insignificante; con la representación de esa imagen también se hallan confrontados los niños en otras partes.

Además, no se ha acreditado la pretensión objeto de la medida cautelar; no se puede contar con tener éxito en la causa principal. Es cierto que ello afecta al área de protección de la libertad de creencias; sin embargo, topa con sus límites, derivados del derecho estatal de organización del sistema escolar y de los derechos fundamentales de aquellos alumnos y padres que mantienen un parecer contrario. Ciertamente, con la representación de una cruz como alegoría de la pasión y de la hegemonía de Cristo se confronta a los recurrentes con una imagen religiosa del mundo. No obstante, la cruz no es expresión de la profesión de una creencia confesional, sino objeto esencial de la tradición cristiana occidental y del patrimonio común de este círculo cultural. El citado tribunal opina que es exigible a personas no cristianas o de otra orientación ideológica, desde el mandato de tolerancia que también rige para ellas, que acepten la cruz en el marco del debido respeto ante la ideología de otros. La mera existencia de una representación de la cruz no exige ni una identificación con las ideas o creencias que encarna ni cualquier otro comportamiento activo orientado en ese sentido. La escuela no actúa de forma evangelizadora ni restringe la apertura hacia otros valores religiosos o ideológicos. La escuela forma a los niños a través de la clase y no de representaciones de imágenes como el tradicional símbolo de la cruz. Con este símbolo no se eleva una pretensión de carácter absoluto ni se fomenta una determinada confesión cristiana; como tampoco se discrimina a los recurrentes. A criterio del Tribunal, la colocación de cruces en salas escolares tampoco tiene poder para menoscabar la educación paterna independiente de la escuela. En el presente caso se añade además el hecho de que los recurrentes 1) y 2) no han rechazado la figura de Jesucristo como tal, sino que se han opuesto sólo a lo que ellos consideran una acentuación unilateral y perjudicial del eccehomo. También por esta razón, este tribunal entiende que el perjuicio para los recurrentes es en proporción insignificante; no se ha acreditado el hecho de que los recurrentes 3) a 5) sufran daños morales por la contemplación de una representación de la cruz en salas escolares. No se fuerza de forma ineludible a que los niños tengan constantemente durante la clase la representación de la cruz ante sus ojos y hayan de contemplarla (para más detalle, véase la jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera BayVGh, revista NVwZ 1991, pág. 1099).

c. La causa principal se halla pendiente en la segunda instancia de que se resuelva la apelación, tras la desestimación de la demanda por el Tribunal Contencioso-Administrativo.

## II.

El recurso de amparo se dirige directamente contra las resoluciones recaídas en el procedimiento de medidas cautelares e, indirectamente, contra el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera. Los recurrentes alegan una violación de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 4.1, 6.2, 2. 1 y 19.4 de la Ley Fundamental.

1. Alegan que la dotación de salas escolares con cruces y crucifijos contraviene la obligación del Estado de neutralidad ideológico-religiosa. La cruz es el símbolo destacado y la representación característica de la religión cristiana; es, desde siempre, el símbolo síntesis de creencias cristianas específicas, concretamente de la pasión y de la hegemonía de Cristo. Con la colocación de cruces en locales estatales, en opinión de los recurrentes, el Estado proclama su vínculo con la doctrina cristiana. Al mismo tiempo que favorece un influjo sutil de los alumnos en favor de la confesión cristiana, como consecuencia de la imposición de enseñanza escolar obligatoria, al forzarlos a aceptar diariamente, durante años y de forma ineludible una cruz o un crucifijo, en contra de sus propias convicciones religiosas o ideológicas o las de sus padres. Indican que precisamente los niños y los jóvenes son fácilmente influenciados; su capacidad de presentar oposición y de formarse su propio juicio crítico es mucho más reducida que en los adultos. Y afirman que ese perjuicio no está justificado ni por el derecho estatal de organización del sistema escolar recogido en el artículo 7.1 de la Ley Fundamental ni por la libertad religiosa positiva de otros alumnos o sus padres derivada del artículo 4.1 de la Ley Fundamental. Los recurrentes entienden que la postura contraria a la suya, como la reflejada en las resoluciones impugnadas, se basa en una tergiversación del significado del derecho fundamental de la libertad de religión. Señalan que este da a cada ciudadano un derecho de defensa frente al Estado; sirviendo el artículo 4.1 de la Ley Fundamental precisamente a la protección de las minorías. Por eso, consideran que es incompatible afirmar que la exposición de símbolos de la religión mayoritaria en salas escolares estatales forme parte de la libertad religiosa positiva de una mayoría de la población. Las resoluciones impugnadas, al deducir del artículo 4 de la Ley Fundamental constituyen un derecho de la mayoría frente a la minoría, según el cual la minoría ha de tolerar y respetar en locales públicos actos oficiales y atributos religiosos en favor de la mayoría, como práctica positiva de la religión de esta última, tergiversan la protección brindada por el artículo 4 de la Ley Fundamental, convirtiéndola en lo contrario.

2. Los recurrentes señalan que en tanto que de la sentencia de la Corte Constitucional Federal alemana sobre oración escolar se deriva otra cosa, no se puede compartir ese parecer. Por lo demás, según las decisiones recientes de los tribunales no constitucionales, la obligación de neutralidad de la escuela resulta infringida ya cuando un maestro concreto

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

lleve durante la clase prendas de vestir que permitan deducir claramente su convicción religiosa (prohibición de llevar la típica ropa de “Bhagwan”, véase sentencia del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo *Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG, revista NVwZ 1988, pág. 937; sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera, BayVGH, revista BayVBl 1985, pág. 721; sentencia del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Hamburgo *OVG Hamburg*, revista NVwZ 1986, pág. 406). El hecho de que las autoridades escolares hagan colgar crucifijos o cruces en todas las salas de clase de escuelas primarias–elementales (*Grundschulen*) y superiores (*Hauptschulen*) conlleva un efecto publicitario incomparablemente más poderoso y masivo, así como una influencia religiosa intensa. Pues ahí no se trata de un acto individual de práctica de la religión, a través del cual una persona concreta pone de manifiesto su mera pertenencia a una determinada comunidad, sino de publicidad e influencia religiosa emanada de una autoridad estatal.

3. Los recurrentes afirman que se han violado los derechos fundamentales de los padres derivados de los artículos 6.2 y 4.1 de la Ley Fundamental, al tener estos que exponer a sus hijos a un influjo religioso o ideológico opuesto a sus concepciones educativas.

4. Asimismo indican que se ha violado el artículo 2.1 de la Ley Fundamental porque por fuerza estatal se les ha impuesto un perjuicio que no viene justificado en las normas constitucionales.

5. Añaden que la resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo vulnera, en su opinión, además, el derecho fundamental a la garantía de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental, en la medida en que niega la concurrencia de circunstancia que fundamenta la medida cautelar, esto es, la urgencia de su pretensión. El estado actual supone una violación diaria y grave de los derechos fundamentales porque mediante el símbolo de la cruz se ejerce un efecto profundo y duradero sobre el desarrollo moral de niños sujetos a la enseñanza escolar obligatoria, fáciles de influenciar. Si las consecuencias sufridas ya hasta ahora para el desarrollo de los niños son difíciles de corregir, la remisión al resultado de la causa principal supone una negación absoluta de la tutela judicial. Los recurrentes alegan que, en todo caso, no se les puede culpar de no haber presentado demanda hasta 1991. Y que en particular, en interés de los niños, intentaron una y otra vez alcanzar extrajudicialmente un acuerdo amistoso con los órganos escolares, los cuales lo han venido demorando sin embargo durante años. Señalan que estos esfuerzos no pueden volverse ahora contra ellos en el sentido de que el asunto carezca de urgencia porque hayan esperado demasiado tiempo.

6. Por lo demás, la colocación de cruces en escuelas públicas quebranta también la libertad religiosa garantizada en el artículo 9.1 de la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales e infringe el artículo 2, frase 2 del Protocolo Adicional de la Convención de 20 de marzo de 1952. En este punto los recurrentes invocan una sentencia del Tribunal Federal Suizo (*Schweizerisches Bundesgericht*) de 26 de septiembre de 1990 (revista EuGRZ 1991, pág. 89), en

la que este tribunal afirma la existencia de una violación de las normas de la Convención y de las disposiciones del mismo contenido recogidas en la Constitución Federal suiza.

### III.

1. El Presidente de Baviera, tomando postura por el Gobierno bávaro, considera infundado el recurso de amparo. Señala que el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera es resultado del mandato recogido en el artículo 135.2 de la Constitución bávara, declarado constitucional por la Corte Constitucional Federal Alemana (recopilación oficial de resoluciones de la Corte Constitucional Federal Alemana BVerfGE 41, 65), de que los alumnos de las escuelas primarias bávaras han de ser instruidos y educados según los principios de las confesiones cristianas. Como tales se han de entender los valores y normas que, influidas de forma fundamental por el cristianismo, se hayan convertido asimismo ampliamente en patrimonio del círculo cultural occidental. Con la colocación de cruces escolares, la escuela primaria bávara educa precisamente según estos principios, sin que esto constituya una injerencia en cuestiones teológicas que esté en contradicción con el principio de neutralidad ideológico-religiosa del Estado. El hecho de que otros alumnos se sientan aludidos en su libertad de confesión positiva, no afecta a los derechos de los recurrentes. No tiene lugar en la clase en general una publicidad evangelizadora a través de la cruz. Como tampoco se menoscaban los derechos de los recurrentes cuando llegada la hora de la clase de religión o de la oración escolar, la cruz del aula se desprende de su carácter de símbolo general y se convierte en un símbolo específico de una creencia. Pues los recurrentes no tienen que participar en la clase de religión y pueden evitar la oración escolar en una forma aceptable. El derecho de imponer su propia ideología tiene sus límites en la libertad religiosa positiva de otros y en el mandato de tolerancia derivado de la misma. En Baviera, la necesaria sintonización de ambos derechos de educación autónomos, por una parte, del Estado según el artículo 7.1 de la Ley Fundamental, y por otra, de los padres según el artículo 6.2 de la Ley Fundamental, ha tenido lugar de un modo especialmente significativo, por el hecho de que el pueblo de este Estado Federado ha votado por mayoría mediante referéndum a favor del perfil de escuela común a ambas confesiones cristianas imperantes (de carácter católico-protestante) recogida en el artículo 135 de la Constitución bávara. Por esta razón, la protección de la concepción religiosa de una minoría reivindicada por los recurrentes no se puede valorar sin considerar el tipo de escuela dotada de rango constitucional mediante ese voto. El preámbulo de la Ley Fundamental alemana habla de la responsabilidad ante Dios. Según el panorama general prejurídico, los legisladores constitucionales habrían tenido ante sus ojos, en este contexto, un concepto cristiano occidental de Dios. Para terminar, el Presidente de Baviera señala que la cruz escolar no va más allá de esta declaración, pero que concretiza por otro lado precisamente la responsabilidad que el mismo legislador constitucional de la Ley Fundamental sintió en su momento por su parte.

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)



2. En cuanto al punto de vista de la iglesia católica, la Secretaría de la Conferencia Episcopal alemana ha presentado una opinión del "Instituto de Derecho Canónico Estatal de las Diócesis de Alemania" (*Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands*). Dicha opinión mantiene que, en escuelas públicas comunes a ambas confesiones, son admisibles referencias religiosas como las que son objeto de queja aquí. Por el hecho de la colocación de una cruz de pared en un aula escolar el Estado no se identifica en modo alguno con la religión cristiana. Ni la cruz es un medio didáctico para la clase ni el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera exige conexión alguna entre el contenido de clase y la cruz. Según esta opinión, la norma está más bien en relación con la directriz, exenta de objeciones desde el punto de vista jurídico constitucional, de que la escuela apoye a los padres en la educación religiosa de sus hijos y la fomente; la obligación de neutralidad del Estado implica sólo que la escuela no sea una escuela evangelizadora y que no se le permita reivindicar el carácter obligatorio de creencias cristianas. Frente a esto, la postura de los recurrentes supone una defensa de la escuela laica o sin religión, a la que se ha de despojar de toda referencia religiosa. En este contexto, se olvida que el artículo 4 de la Ley Fundamental protege la forma de exteriorización tanto positiva como negativa de la libertad de religión en igual medida frente a menoscabos de origen estatal. Para acudir a la escuela de enseñanza obligatoria han sido relevantes desde siempre concepciones ideológicas o religiosas. Pero desde el punto de vista fáctico es imposible tener en cuenta en la escuela todas las concepciones ideológico-religiosas y deseos educativos. La escuela no tiene que constreñirse a enseñar de un modo totalmente neutral; su educación se extiende también a la transmisión de valores inmateriales. Estos pueden transmitirse de forma apelativa, recurriendo a formas de expresión y símbolos históricamente tangibles y usuales. La libertad religiosa negativa de los recurrentes queda limitada aquí por la libertad religiosa positiva de aquellos padres que deseaban una educación cristiana de sus hijos y por el derecho estatal de organización del sistema escolar. El Estado secular de la Ley Fundamental se somete al mandato de no identificación, pero poniendo empeño por otro lado en una neutralidad positiva y abierta. En relación estrecha con ello, el mandato de tolerancia constituye así otra determinación objetiva de contenido del artículo 4 de la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales enfrentados se han de conciliar buscando una concordancia práctica. Según esto, los recurrentes bien podrían exigir que en una escuela que funcione bajo el régimen del artículo 135, frase 2, de la Constitución bávara tampoco se excluyesen de la vida escolar otras religiones e ideologías y que se acogiese su visión del mundo con tolerancia, en el sentido de respeto y consideración. Sin embargo no pueden reivindicar que, en perjuicio de otros alumnos educados en una confesión religiosa y que quieran profesarla, se conceda preferencia absoluta a la libertad confesional negativa, no dejándose espacio así para el ejercicio de la libertad confesional positiva. Es cierto que a través de la representación de la cruz como símbolo de la creencia cristiana supraconfesional se ha confrontado a los recurrentes con una visión religiosa del mundo en que se afirma la fuerza acuñadora de la creencia cristiana. Sin embargo, con ello no se ven inmersos en un conflicto ideológico-religioso inaceptable desde el punto de vista jurídico constitu-



cional. No se ven forzados diariamente a manifestar su actitud de rechazo, sino que, por el contrario, les queda la posibilidad de una mera actitud pasiva de hacer caso omiso.

3. El “Consejo Eclesiástico de la Iglesia Luterana del Estado Federado de Baviera” (*Landeskirchenrat der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern*) se remite a un informe pericial del “Instituto Canónico de la Iglesia Protestante en Alemania” (*Kirchenrechtliches Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland*). En él se expone de forma resumida que el Estado, con arreglo al artículo 7.1 de la Ley Fundamental, tiene encomendada, junto a los padres, una labor educativa autónoma y con los mismos derechos. Desde el punto de vista jurídico constitucional no hay nada que objetar en contra de la escuela común a ambas confesiones cristianas según el artículo 135 de la Constitución bávara, mientras esta no sea una escuela de carácter evangelizador y no reivindique el carácter obligatorio de credos cristianos. Según esta opinión, la cruz en aula es un símbolo de los principios comunes a las confesiones cristianas, según los cuales se ha instruido y educado a los alumnos en las escuelas primarias. El emblema de la cruz no es expresión de la profesión de una confesión concreta y, mucho menos aún, expresión de un Estado cristiano. Según este criterio, la cara negativa de la libertad de religión no tiene prioridad sobre la cara positiva de este derecho fundamental. La neutralidad del Estado en el marco de la labor escolar encomendada se manifiesta en que el espíritu de tolerancia y consideración hacia los otros permita llevar a cabo en la escuela la libertad religiosa positiva y negativa de los alumnos y de los padres. Si al recitar en común la oración escolar de una forma razonable no se menoscaba la libertad religiosa negativa de los disidentes, todavía menos puede verse afectada esta por dotar a una sala escolar de una cruz. Desde la perspectiva de esta institución, a diferencia de la oración escolar, el emblema de la cruz no reta a los distintos alumnos a tomar una decisión de participación o no participación.

4. Además, la asociación registrada denominada “Unión Humanística” (*Humanistische Union e.V.*), la “Federación para la Libertad de Espíritu de Augsburgo” (*Bund für Geistesfreiheit Augsburg*) y la “Comunidad religiosa libre del Estado Federado de Hessen” (*Freireligiöse Landesgemeinschaft Hessen*) se han pronunciado respecto al presente procedimiento, presentando entre otras cosas informes periciales de diferentes autores que apoyan la postura de los recurrentes.

## **B.**

Se admite el recurso de amparo.

Los recurrentes han agotado la vía jurídica (art. 90.2, frase 1, de la Ley alemana de la Corte Constitucional Federal *Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*). La resolución del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo constituye la decisión de la última instancia con la que se concluye el procedimiento de protección judicial provisional. No obstante, en tales casos de admisibilidad de un recurso de amparo puede oponerse el principio de subsidiariedad, cuando se aleguen contravenciones constitucionales que no se refieran específicamente al procedimiento de medidas cautelares,

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

sino que arrojen cuestiones que se planteen exactamente igual también en la causa principal, de modo que esta última pueda remediar el agravio constitucional afirmado (véase BVerfGE 77, 381 <401>; 80, 40 <45>). Por otro lado, no puede remitirse al recurrente a la causa principal cuando reclama la lesión de derechos fundamentales por la decisión misma del procedimiento de medidas cautelares o cuando la decisión no dependa de ningún otro tipo de aclaración de hecho o de derecho simple, no constitucional, y se den los presupuestos necesarios bajo los cuales, conforme al artículo 90.2, frase 2, de la Ley de la Corte Constitucional Federal pueda prescindirse del requisito de agotamiento de la vía jurídica (véase BVerfGE 79, 275 <279>).

Aquí se dan los presupuestos necesarios. En tanto que los recurrentes reclaman una violación del artículo 19.4 de la Ley Fundamental por la negación de la protección judicial provisional, llevan a cabo una reivindicación de derechos fundamentales referida especialmente al procedimiento de medidas cautelares. Respecto a las otras reivindicaciones (jurídico materiales) de derechos fundamentales no se requiere ninguna otra aclaración de hecho o de derecho simple. En particular, los tribunales no constitucionales han analizado ampliamente las cuestiones jurídicas relevantes en las decisiones impugnadas. No es de esperar ningún producto adicional como resultado de la causa principal. Además, dados el avanzado estadio temporal y la continuación de la formación escolar, no es razonablemente exigible que se remita a los recurrentes a la conclusión de la causa principal.

No es relevante para la admisibilidad del recurso de amparo el hecho de si los niños recurrentes todavía acuden a la escuela primaria (véase BVerfGE 41, 29 <43>).

### C.

El recurso de amparo resulta fundado. En tanto que el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo ha negado la existencia de pretensión que pueda ser causa para la adopción de medidas cautelares, su decisión infringe el artículo 19.4 de la Ley Fundamental (I.). La negación de un derecho a medidas cautelares no es compatible con los artículos 4.1 y 6.2, frase 1 de la Ley Fundamental (II.).

### I.

1. El artículo 19.4 de la Ley Fundamental abre la vía jurídica contra cualquier supuesta lesión de derechos subjetivos por una actuación del poder público. Lo que se garantiza no es sólo el derecho formal de acudir a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela judicial (véase BVerfGE 35, 263 <274>; 35, 382 <401 y s.> con citas adicionales). Tutela jurídica efectiva implica también protección prestada dentro de un período de tiempo adecuado. De esto se deduce, que la tutela judicial prestada por los tribunales, concretamente en el procedimiento de medidas cautelares, tiene que anticiparse en la medida de lo posible a la producción de hechos consumados, que luego ya no puedan retrotraerse cuando una medida resulte contraria a derecho tras su revisión judicial (definitiva) (véase BVerfGE

37, 150 <153>; 65, 1 <70>). De esto resultan exigencias para los tribunales en cuanto a la interpretación y aplicación de las correspondientes disposiciones legales sobre protección con medidas cautelares (véase BVerfGE 49, 220 <226>; 77, 275 <284>). Así, los tribunales no constitucionales, por ejemplo, en la interpretación y aplicación del artículo 123 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), están sujetos a otorgar protección judicial provisional cuando, en caso contrario, amenace al solicitante una lesión considerable, no meramente marginal, de sus derechos, que no pueda ser eliminada con la decisión en la causa principal, salvo que a esto se opongan excepcionalmente motivos de especial gravedad (véase BVerfGE 79, 69 <74 y s.>).

2. La resolución del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo no satisface estas exigencias. Dicha resolución niega la concurrencia de la causa necesaria para el dictamen de la medida cautelar pretendida; esto es, la urgencia del asunto, porque los recurrentes tardaron años en acudir a los tribunales y durante este tiempo habían aceptado la colocación de cruces en lugar de los crucifijos inicialmente existentes. Entendiendo, que es asunto de los recurrentes el haber seguido buscando con la administración escolar una solución transitoria aceptable en este sentido.

Con esta argumentación el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo no hace justicia al desarrollo efectivo de los hechos ni al significado de la pretensión de los recurrentes. De hecho los recurrentes han planteado su pretensión desde la escolarización de su hijo mayor ante todas las instancias de la administración escolar —desde la local hasta la ministerial. El hecho de que esperasen originariamente un acuerdo extrajudicial y que con ello transcurriese el tiempo, no les puede suponer un perjuicio; un comportamiento tal dirigido en primer lugar a evitar litigios corresponde más bien al de una parte sensata. A esto se añade que los recurrentes habían prestado su consentimiento a un compromiso, el cual sin embargo fue cuestionado repetidamente por la administración escolar con cada cambio de aula o de escuela. La administración escolar nunca hizo una concesión definitiva en este sentido.

Por esta razón, la postura del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de que los recurrentes habrían tenido que seguir intentando alcanzar un compromiso, no se corresponde con la obligación de otorgar tutela judicial efectiva. Más bien era el deber del Tribunal sondear si la administración escolar estaba dispuesta a hacer posible que se prescindiese de una medida cautelar, confirmando la línea de solución de compromiso.

Al responder a la cuestión de si concurría una circunstancia que fundamentase la imposición de medidas cautelares, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo no ha considerado tampoco suficientemente que se trataba de una regulación provisional en el marco de una relación escolar, es decir de hechos de la vida, en los que dado ya el avance temporal hacia la conclusión de la formación escolar (la recurrente número 3) tiene entretanto 16 años) resulta especialmente urgente la prestación de tutela judicial. Precisamente litigios en asuntos escolares se dirimen a menudo solamente en el marco de una protección judicial provisional, porque la

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

pretensión con frecuencia ya no puede imponerse en la causa principal por razón del transcurso del tiempo. Los tribunales no constitucionales no pueden eludir responder a la necesidad de tutela judicial efectiva estableciendo requisitos exorbitantes para apreciar la concurrencia de una circunstancia que fundamente la adopción de medidas.

## II.

Las decisiones impugnadas violan además los derechos fundamentales de los recurrentes 1) y 2) derivados del artículo 4.1 de la Ley Fundamental en conexión con el artículo 6.2, frase 1, de la misma, y los de los recurrentes 3) a 5) derivados del 4.1 de la Ley Fundamental. Se basan en el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, que es por su parte incompatible con la Ley Fundamental y nulo.

1. El artículo 4.1 de la Ley Fundamental protege la libertad de creencias. La decisión a favor o en contra de una creencia es, según esto, asunto que incumbe al individuo concreto y no al Estado. El Estado no le puede imponer ni prohibir una creencia. Sin embargo, la libertad de creencias no incluye solamente la libertad de tener una creencia, sino también la libertad de vivir y actuar según las propias convicciones (véase BVerfGE 32, 98 <106>). En particular, la libertad de creencias garantiza la participación en actos de culto que imponga una creencia o sean expresión de la misma. Y viceversa, la libertad de apartarse de actos de culto de una creencia no compartida. Esa libertad se refiere asimismo a símbolos a través de los cuales se hace representar una creencia o una religión. El artículo 4.1 de la Ley Fundamental deja la decisión al individuo concreto, de qué símbolos reconoce y venera y cuáles rechaza. Es cierto que en una sociedad con espacio para diversas convicciones, el individuo no tiene derecho a quedar dispensado de actos de culto, símbolos religiosos y profesiones de fe ajenas. Sin embargo, hay que distinguir esto de una situación creada por el Estado en la que el individuo quede expuesto, sin posibilidades de evasión, a la influencia de una creencia determinada, los actos de manifestación y los símbolos de representación de la misma. A estos efectos, el artículo 4.1 de la Ley Fundamental despliega su efecto garantizador de libertad precisamente en áreas de la vida que no se han dejado a merced de la autoorganización social, sino al cuidado del Estado (véase BVerfGE 41, 29 <49>). Esto se refleja también en el artículo 140 de Ley Fundamental en conexión con el artículo 136.4 de la Constitución de la República de Weimar, que prohíbe expresamente obligar a alguien a participar en prácticas religiosas.

No obstante, el artículo 4.1 de la Ley Fundamental no se limita a prohibir al Estado una injerencia en las convicciones, actos de fe y representaciones de las mismas pertenecientes a un individuo concreto o a comunidades religiosas. Le impone más bien además la obligación de garantizar un espacio de acción en el cual pueda desarrollarse la personalidad en materia ideológico-religiosa (véase BVerfGE 41, 29 <49>), y de protegerla frente a los ataques u obstáculos interpuestos por seguidores de otras direcciones ideológicas o de grupos religiosos rivales. Sin embargo, el artículo 4.1 de la Ley Fundamental no concede en principio al individuo y a las comunidades religiosas ningún derecho a expresar sus convicciones con el apoyo

del Estado. La libertad de creencias del artículo 4.1 de la Ley Fundamental implica, por el contrario, el principio de neutralidad estatal frente a las diversas religiones y credos. El Estado en que conviven seguidores de convicciones religiosas o ideológicas diferentes o incluso contrarias, sólo puede garantizar la coexistencia pacífica manteniendo él mismo la neutralidad en cuestiones de creencias. Por eso, no puede poner en peligro por iniciativa propia la paz religiosa en una sociedad. Este mandato encuentra su base de apoyo no sólo en el artículo 4.1 de la Ley Fundamental, sino también en los artículos 3.3, 33.1 y 140 de la misma, en conexión con los artículos 136.1, 136.4 y 137.1 de la Constitución de la República de Weimar. Estos prohíben la introducción de formas jurídicas de iglesia estatal y la concesión de privilegios a determinados credos, así como la exclusión de personas de otros credos (véase BVerfGE 19, 206 <216>; 24, 236 <246>; 33, 23 <28>; jurisprudencia reiterada). Ello no depende del número de seguidores ni de la relevancia social de los mismos (véase BVerfGE 32, 98 <106>). El Estado ha de procurar más bien un trato igualitario de las diversas religiones y creencias (véase BVerfGE 19, 1 <8>; 19, 206 <216>; 24, 236 <246>). Esto se aplica también a los aspectos en que el Estado colabore con ellas o las fomente, no pudiendo conllevar esto una identificación con determinadas comunidades religiosas (véase BVerfGE 30, 415 <422>).

En concordancia con el artículo 6.2, frase 1 de la Ley Fundamental, que garantiza a los padres el cuidado y la educación de sus hijos como derecho natural, el artículo 4.1 de la Ley Fundamental abarca también el derecho a la educación de los niños desde el punto de vista religioso e ideológico. Incumbe a los padres transmitir a sus hijos aquellas convicciones en cuestiones de creencias e ideología que consideren correctas (véase BVerfGE 41, 29 <44, 47 y s.>). Ello se corresponde con el derecho de mantener alejados a los niños de convicciones que a los padres les parezcan incorrectas o perjudiciales.

2. El artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, así como las decisiones impugnadas que se apoyan en esa norma, atentan contra ese derecho fundamental.

a. El artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera prescribe la colocación de cruces en todas las aulas de escuelas bávaras de enseñanza primaria. El concepto de cruz incluye, según la interpretación de los tribunales del procedimiento de partida, cruces con y sin cuerpo. En la revisión de la norma se han de incluir por tanto ambas acepciones. Es cierto que los recurrentes, según el tenor literal de su solicitud de protección judicial provisional, han pretendido solamente la retirada de crucifijos. Sin embargo, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo ha supuesto expresamente que ello también podría referirse a cruces sin cuerpo, rechazando la solicitud también en cuanto a este significado más amplio.

La existencia de cruces en salas de clase, vista en el contexto conjunto de la imposición general de enseñanza escolar obligatoria, tiene como consecuencia que los alumnos durante la clase, debido a una decisión estatal y sin posibilidad de evasión, se vean confrontados con este símbolo, siendo

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

obligados a aprender “bajo la cruz”. En esto se diferencia la colocación de cruces en aulas de la frecuente confrontación en la vida diaria con símbolos religiosos de los más diversos credos. Por un lado, en dicha confrontación diaria, la iniciativa no parte del Estado, sino que es un resultado de la propagación de diferentes convicciones y comunidades religiosas en la sociedad. Por otro lado, no posee el mismo grado de imposibilidad de evasión. El individuo, ciertamente, no puede prevenir el toparse con símbolos o manifestaciones religiosas en imágenes callejeras, en los transportes públicos o al entrar en edificios. Sin embargo, por regla general se trata de un encuentro pasajero, e incluso, en caso de una confrontación más larga, esta no se basa en una obligación de cumplimiento forzoso que se pueda imponer en caso necesario mediante sanciones.

Según la duración e intensidad, el efecto de las cruces en salas de clase es todavía mayor que aquél de las cruces en salas judiciales. Y sin embargo, la Corte Constitucional Federal ha considerado una injerencia en la libertad de creencias el hecho de que una parte litigante judía se viese obligada, en contra de las propias convicciones religiosas o ideológicas, a procesar en presencia de la cruz, la cual veía como una identificación del Estado con la fe cristiana (véase BVerfGE 35, 366 <375>).

La inevitabilidad del encuentro con la cruz en salas escolares no se elimina tampoco con el permiso de creación de escuelas privadas recogido en el artículo 7.4 de la Ley Fundamental. Por un lado, precisamente la creación de escuelas privadas de enseñanza primaria queda sometida en el artículo 7.5 de la Ley Fundamental a requisitos especialmente estrictos. Por otro lado, dado que estas escuelas se financian por regla general con fondos para enseñanza escolar que han de aportar los padres, a una gran parte de la población le falta la posibilidad de optar por tales escuelas. Así sucede también en el caso de los recurrentes.

b. La cruz es símbolo de una convicción religiosa determinada y no una mera expresión de la cultura occidental de inspiración cristiana.

A lo largo de los siglos se han introducido, ciertamente, numerosas tradiciones cristianas en las bases culturales generales de la sociedad, a las que tampoco pueden sustraerse los detractores del cristianismo y críticos de su legado histórico. Pero estas tradiciones hay que diferenciarlas de los contenidos de fe o credos específicos de la religión cristiana o de una confesión determinada incluida su representación ritual y simbólica. Una profesión estatal de esos credos a la que se exponga también a terceros en sus contactos con el Estado, afecta a la libertad de religión. De esta premisa ha partido la Corte Constitucional Federal ya en la decisión sobre la constitucionalidad de las llamadas escuelas simultáneas de carácter cristiano en el sentido tradicional imperante en la zona de Baden, cuando constató que la afirmación admisible del cristianismo se refiere en primer lugar al reconocimiento del factor cultural y educativo caracterizador, tal y como se ha ido conformando en la historia occidental, y no por el contrario al reconocimiento de las verdades de la fe cristiana. Sólo con una limitación de esta índole está legitimada esta afirmación del cristianismo también frente a los no cristianos por el efecto permanente de los acontecimientos históricos

(véase BVerfGE 41, 29 <52>).

La cruz sigue siendo uno de los símbolos de fe específicos del cristianismo. Es precisamente su símbolo de fe por excelencia. Constituye una alegoría de la redención del hombre del pecado original, consumada con el sacrificio de la muerte de Cristo, y al mismo tiempo también de la victoria de Cristo sobre Satanás y sobre la muerte, así como de su dominio sobre la tierra, una alegoría del sufrimiento y del triunfo a la vez (véase el vocablo cruz "Kreuz" en la enciclopedia: Höfer/Rahner <editorial>, *Lexikon für Theologie und Kirche*, segunda edición, 1961, tomo 6, columna 605 y ss.; Fahlbusch, entre otros <editorial>, *Evangelisches Kirchenlexikon*, tercera edición, 1989, tomo 2, columna 1462 y ss.). Para los cristianos creyentes es, por consiguiente, en muchas formas objeto de veneración y devoción. El dotar un edificio o una sala con una cruz se ha interpretado hasta ahora como un reconocimiento adicional de la fe cristiana por parte de su propietario o poseedor. Para los no cristianos o para los ateos la cruz se convierte, precisamente por el significado que el cristianismo le ha conferido y que ha tenido en la historia, en expresión alegórica de determinadas convicciones y símbolo de su propagación evangelizadora. Constituiría una profanación de la cruz contraria a la idiosincrasia del cristianismo y de las iglesias cristianas el pretender contemplarla, a la manera de las decisiones impugnadas, como mera expresión de la tradición occidental o signo de culto sin una referencia religiosa específica. La referencia religiosa de la cruz se deduce claramente también del contexto del artículo 13.1 del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera.

c. No se puede negar a la cruz el efecto que produce sobre los alumnos, como hacen las decisiones impugnadas.

Bien es cierto que la colocación de cruces en aulas no supone una coerción para identificarse con ella o para observar determinados rendimientos de honores y formas de conducta. Tampoco se deduce de eso que la clase en las asignaturas profanas esté influida por la cruz o se oriente en las verdades de fe y exigencias de comportamiento simbolizados por ella. Pero ahí no se agotan las posibilidades de influencia de la cruz. La educación escolar no sirve sólo a los fines del aprendizaje de técnicas culturales básicas y al desarrollo de capacidades cognitivas. Ha de conducir también al desarrollo de las disposiciones emocionales y afectivas de los alumnos. El acontecer escolar está orientado a fomentar ampliamente el desarrollo de su personalidad y en especial también a influir en su comportamiento social. En este contexto cobra significado la cruz en el aula. Tiene carácter apelativo y acredita las creencias simbolizadas por ella como modelos dignos de seguir. Esto ocurre además frente a personas que por razón de su juventud aún no han consolidado sus ideas, debiendo alcanzar todavía capacidad de crítica y formación de sus propios puntos de vista, siendo, por consiguiente, aún fácilmente influenciables mentalmente (véase BVerfGE 52, 223 <249>).

Las decisiones impugnadas tampoco niegan completamente el carácter apelativo de la cruz. Es cierto que niegan un significado específicamente cristiano frente a alumnos de otro modo de pensar. Sin embargo, los alumnos cristianos ven en ella una expresión esencial de su convicción religiosa.

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)



De forma similar, el Presidente de Baviera considera que la cruz tiene en la clase general sólo un valor de símbolo inespecífico, mientras que durante la oración escolar y la clase de religión se transforma en un símbolo religioso.

3. El derecho fundamental de la libertad de creencias está garantizado sin reserva alguna. Esto no significa, sin embargo, que no sea susceptible de ningún tipo de restricciones. Sin embargo, estas han de derivarse de la Constitución misma. El legislador no está facultado para imponer limitaciones que no emanen de la Constitución misma. Pero aquí no se dan motivos constitucionales que puedan justificar esa injerencia.

a. Del artículo 7.1. de la Ley Fundamental no resulta una justificación tal.

No obstante, el artículo 7.1. de la Ley Fundamental encomienda al Estado una labor educativa (véase BVerfGE 34, 165 <181>). No tiene solamente la función de organización del sistema escolar y creación propia de escuelas, sino que puede establecer también objetivos educativos y cursos de formación. En este contexto es independiente de los padres (véase BVerfGE 34, 165 <182>; 47, 46 <71 y s.>). Por esta razón no sólo es posible que educación escolar y familiar entren en conflicto. Es más bien también inevitable que, en la escuela, las diferentes convicciones religiosas e ideológicas de los alumnos y sus padres choquen intensamente unas contra otras.

Este conflicto entre los distintos titulares de un derecho fundamental garantizado sin reservas, así como el conflicto entre este derecho fundamental y otros bienes protegidos constitucionalmente, ha de dirimirse bajo el principio de la concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las dos posiciones jurídicas enfrentadas ni se afirme al máximo, sino que se concilien todas de la forma más respetuosa posible (véase BVerfGE 28, 243 <260 y s.>; 41, 29 <50>; 52, 223 <247, 251>).

Tal conciliación no exige del Estado que prescinda completamente de referencias ideológico-religiosas al cumplir la labor educativa encomendada en el artículo 7.1. de la Ley Fundamental. Tampoco un Estado que garantice plenamente la libertad de creencias y se obligue con ello él mismo a una neutralidad ideológico-religiosa, puede despojarse de las convicciones de valores y actitudes transmitidas culturalmente y arraigadas históricamente, sobre las que se basa la cohesión social y de las que depende también el cumplimiento de sus propias labores. La fe cristiana y las iglesias cristianas han tenido, independientemente de cómo quiera valorarse hoy su herencia, una destacada fuerza intimidadora de carácter. Las tradiciones de pensamiento, experiencias perceptivas y modelos de conducta no pueden serle indiferentes al Estado. Esto rige también en especial medida para la escuela en que los fundamentos culturales de la sociedad sobre todo se transmiten y renuevan. Aparte de esto, el Estado, que obliga a los padres a enviar a sus hijos a la escuela estatal, debe tener en cuenta la libertad de religión de aquellos padres que desean una educación de tinte religioso. La Ley Fundamental ha reconocido esto al admitir en su artículo 7.5 escuelas estatales con determinada orientación religiosa o ideológica, al establecer como asignatura ordinaria la clase de religión (art. 7.3 de la Ley Fundamental) y



al dejar además espacio para un ejercicio activo de la convicción religiosa (véase BVerfGE 41, 29 <49>; 52, 223 <240 y s.>).

No obstante, en una sociedad pluralista es imposible tener en cuenta absolutamente todas las concepciones educativas a la hora de configurar la escuela pública obligatoria. En especial, resulta problemático hacer realidad dentro de una misma institución las dos versiones, negativa y positiva, de la libertad de religión. De lo que se deduce que el individuo, en el marco escolar, no puede invocar de modo ilimitado el artículo 4.1 de Ley Fundamental.

Compete al legislador del Estado Federado solventar la inevitable tensión entre la libertad religiosa negativa y positiva en atención al mandato de tolerancia, habiendo de buscar, en el proceso público de formación de la voluntad, un compromiso aceptable para todos. En su regulación, puede orientarse en que, por un lado, el artículo 7 de la Ley Fundamental admite en materia escolar influencias ideológico-religiosas, y por otro lado, en que el artículo 4 de la Ley Fundamental ordena excluir en la medida de lo posible coerciones ideológico-religiosas a la hora de decidirse por un tipo de escuela determinado. Ambas normas se han de contemplar conjuntamente, armonizándolas en la interpretación, pues sólo la concordancia de los bienes jurídicos protegidos en ambos artículos es conforme a la Ley Fundamental —véase BVerfGE 41, 29 <50 y s.>).

Partiendo de ahí, la Corte Constitucional Federal ha llegado a la conclusión de que al legislador del Estado Federado no le está vedada por antonomasia la introducción de referencias cristianas a la hora de configurar la escuela pública primaria, aunque haya padres (titulares del derecho a la educación) que no tengan otra opción que llevar a sus hijos a una escuela así, a pesar de no desear una educación religiosa. Requisito para ello es, sin embargo, que con ello esté vinculado solamente el mínimo indispensable de elementos coercitivos. Eso significa, en particular, que la escuela no puede concebir su función en materia ideológico-religiosa como evangelizadora y que no puede reivindicar el carácter obligatorio de contenidos del credo cristiano. La afirmación del cristianismo se refiere así al reconocimiento de un factor influenciador de la cultura y la formación, pero no a determinadas verdades de fe. Precisamente también pertenece al cristianismo entendido como factor cultural la idea de la tolerancia respecto a personas de otro modo de pensar. Su confrontación con una imagen del mundo de tinte cristiano no implica en todo caso un desprecio discriminatorio de ideologías no cristianas, cuando no se trata de la propagación de la fe, sino del afán de realización de la personalidad autónoma en el aspecto ideológico-religioso conforme a la decisión fundamental recogida en el artículo 4 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 41, 29 <51 y s.>; 41, 65 <85 y s.>). La Corte Constitucional Federal ha declarado por esta razón que la regulación sobre la escuela común a ambas confesiones cristianas del artículo 135, frase 2, de la Constitución bávara, es compatible con la Ley Fundamental sólo en virtud de una interpretación conforme al espíritu de la misma (véase BVerfGE 41, 65 <66 y 79 y ss.>), y ha subrayado, en relación con la escuela simultánea de carácter cristiano en el sentido tradicional imperante en la zona de Baden, que no se trata de una escuela biconfesional

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

(véase BVerfGE 41, 29 <62>).

Según esto, la colocación de cruces en aulas sobrepasa los límites fijados a las orientaciones ideológico-religiosas de las escuelas. Como ya se ha constatado, no se puede despojar a la cruz de su referencia específica a las creencias cristianas y reducirla a un signo general de tradición cultural occidental. Simboliza el núcleo esencial de las convicciones cristianas, que si bien han modelado en particular el mundo occidental de forma múltiple, de ningún modo son compartidas por todos los miembros de la sociedad, sino rechazadas por muchos en ejercicio de su derecho fundamental contenido en el artículo 4.1 de la Ley Fundamental. Su colocación en una escuela estatal de enseñanza obligatoria es por ello incompatible con el artículo 4.1 de la Ley Fundamental, salvo que se trate de escuelas confesionales cristianas.

b. La colocación de cruces no queda justificada tampoco por la libertad de creencias positiva de los padres y alumnos de credo cristiano. La libertad de creencias positiva corresponde a todos los padres y alumnos por igual y no sólo a los cristianos. El conflicto así surgido no se puede resolver aplicando el principio de mayoría, pues precisamente el derecho fundamental de la libertad de creencias persigue en especial medida la protección de minorías. Además de esto, el artículo 4.1 de la Ley Fundamental no confiere a los titulares de derechos fundamentales un derecho ilimitado a ejercer sus convicciones religiosas en el marco de las instituciones estatales. En tanto que la escuela, en consonancia con la Constitución, albergue espacio para ello —como ocurre en clase de religión, con la oración escolar y otros actos religiosos— han de estar estos caracterizados por el principio de voluntariedad, dejando a las personas de pensamiento distinto posibilidades razonables y no discriminatorias de eludirlos. Este no es el caso de la colocación de cruces en aulas, a cuya presencia y exigencia no pueden sustraerse las personas de otro modo de pensar. Finalmente, no sería compatible con el mandato de concordancia práctica reprimir completamente los sentimientos de las personas de pensamiento distinto, para que los alumnos de fe cristiana puedan estudiar, fuera de la clase de religión y de las prácticas devotas voluntarias, también las asignaturas profanas bajo el símbolo de su fe.

#### D.

Con arreglo a esto, la norma del artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, en que se basa el litigio, es incompatible con los derechos fundamentales mencionados y se ha de declarar nula. Las decisiones del procedimiento de protección judicial provisional quedan sin efecto. Dado que la causa principal está pendiente entretanto en el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera, se reenvían los autos a dicho tribunal (art. 95.2 de la Ley de la Corte Constitucional Federal). La imposición del reembolso de costos y gastos se basa en el artículo 34 a. 2 de la Ley de la Corte Constitucional Federal.

(fdo.) Henschel  
Seidl Grimm  
Söllner Kühling Seibert  
Jaeger Haas

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

Opinión discrepante de los magistrados Seidl y Söllner y de la magistrada  
Haas

en cuanto a la resolución de la Sala Primera de 16 de mayo de 1995

- 1 BvR 1087/91 -

No compartimos el criterio de la mayoría de la Sala de que el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, según el cual se ha de colocar una cruz en todas las aulas, atente contra la Ley Fundamental. Las decisiones judiciales impugnadas con el recurso de amparo no violan los derechos fundamentales de los recurrentes derivados del artículo 4.1 de la Ley Fundamental y de dicho artículo 4.1 en conexión con el artículo 6.2, frase 1, de la Ley Fundamental.

I.

1. Según el artículo 7.1 de la Ley Fundamental toda el sistema escolar está sometido a la supervisión del Estado. La creación y el funcionamiento de escuelas primarias, tal y como resulta del artículo 7.5 de la Ley Fundamental, que somete la admisión de escuelas privadas de enseñanza primaria a requisitos especialmente estrictos, es en principio incumbencia del Estado mismo. El Estado tiene en esta medida su propia función educativa y con ella también la facultad de establecer objetivos educativos (véase BVerfGE 52, 223 <236>).

No obstante, dentro del Estado, la Ley Fundamental asigna la competencia en materia de Derecho escolar exclusivamente a los Estados Federados (*Länder*). El Derecho escolar no figura en las relaciones de competencias contenidas en el artículo 73 y siguientes de la Ley Fundamental. Por tanto, la federación no tiene en esta materia ninguna competencia legislativa (art. 70 y ss. de la Ley Fundamental) ni administrativa (art. 30 de la Ley Fundamental) – a diferencia de lo que ocurría en el sistema constitucional de la República de Weimar, que, en materia escolar, conforme al artículo 10, número 2, de su Constitución confería al Reich el derecho a la legislación de principios generales. La historia del nacimiento del artículo 7 de la Ley Fundamental muestra que su espíritu era dotar de una autonomía amplia a los Estados Federados en relación con el carácter ideológico-religioso de las escuelas públicas. Aquí se impuso el principio federalista. Solicitudes que pretendían que se implantase un derecho amplio de los padres (“derecho confesional de los padres”) y se garantizase en la Ley Fundamental la institución de las escuelas confesionales, fueron rechazadas ya en los debates previos sobre el artículo 7 de la Ley Fundamental. Se subrayó repetidamente que no se puede mermar la competencia de los Estados Federados en asuntos de política escolar (véase a estos efectos detalladamente BVerfGE 6, 309 <356> con citas adicionales; además, BVerfGE 41, 29 <45>).

2. El enjuiciamiento constitucional de las cuestiones arrojadas en el recurso de amparo ha de partir, según esto, de las circunstancias imperantes en el Estado Federado de Baviera, y no tomar como punto de partida circunstancias que puedan darse en otros Estados Federados de la República Federal Alemana.

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

La Constitución del Estado Federado de Baviera de 2 de diciembre de 1946 contiene en su apartado sobre escuela y formación la siguiente disposición sobre los objetivos de formación a seguir en todas las escuelas:

*Art. 131*

*(1) ...*

*(2) Objetivos supremos de formación son la veneración de Dios, respeto ante la convicción religiosa y la dignidad del ser humano, autocontrol, sentido de la responsabilidad y disposición a asumirla, espíritu servicial y abierto para lo verdadero, bueno y bello, y consciencia de la responsabilidad frente a la Naturaleza y el Medio Ambiente.*

*(3 - 4) ...*

Mientras que el objetivo de formación “responsabilidad frente a la Naturaleza y el Medio Ambiente” no se introdujo hasta la quinta Ley de Modificación de la Constitución del Estado Federado de Baviera de 20 de junio de 1984 (Boletín bávaro de leyes y reglamentos GVBl, pág. 223), los demás objetivos de formación han figurado sin variación desde la entrada en vigor de la Constitución bávara.

En materia de enseñanza primaria, el artículo 135 de la Constitución bávara preveía inicialmente escuelas confesionales (de una confesión) o escuelas comunes a ambas confesiones (cristianas imperantes), concediendo preferencia a la escuela confesional. Por razón del desarrollo de la política escolar (véase a estos efectos BVerfGE 41, 65 <79 y ss.>) se modificó esta disposición constitucional vía referéndum mediante la Ley de Modificación del artículo 135 de la Constitución del Estado Federado de Baviera de 22 de julio de 1968 (GVBl, pág. 235). Desde entonces dice como sigue:

*Art. 135*

*Las escuelas públicas de enseñanza primaria son escuelas comunes para todos los niños sujetos a enseñanza primaria obligatoria. En ellas se instruirá y educará a los alumnos según los principios de las confesiones cristianas. La Ley de Enseñanza Primaria lo regulará en detalle.*

En el artículo 135, frase 2, de la Constitución bávara en su nueva versión no se ha de entender el cristianismo en un sentido confesional. Los principios de las confesiones cristianas en el sentido de esta norma engloban más bien los valores que son comunes a las confesiones cristianas y las normas éticas que se derivan de ellos (véase BVerfGE 41, 65 <84>). Se trata de valores y normas que, influidas de forma relevante por el cristianismo, se han convertido ampliamente en patrimonio común del círculo cultural occidental. En aplicación de estos principios, los alumnos han de ser dirigidos hacia los objetivos de formación descritos en el artículo 131.2 de la Constitución bávara. Por el contrario no consta en la Constitución bávara un objetivo educativo caracterizado específicamente por contenidos del credo cristiano (véase BVerfG, loc.cit., pág. 84 y s.). La afirmación del cristianismo no se refiere a contenidos de la fe cristiana, sino al reconocimiento de un factor de influencia

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) sobre el uso de una cruz o crucifijo en las salas de clase de una escuela pública de enseñanza obligatoria (1995)

cultural y formativa, y con ello, también está justificado frente a los no cristianos por la historia del círculo cultural occidental (véase BVerfGE 41, 29 <64>).

Con arreglo a estas reflexiones no existe ninguna objeción constitucional contra el tipo de escuela denominada escuela común a ambas confesiones cristianas basada en el artículo 135, frase 2, de la Constitución bávara (véase BVerfGE 41, 65 <79 y ss.>).

3. Corresponde a los Estados Federados como titulares de la competencia en materia de enseñanza primaria, conforme al artículo 7.1 y 7.5 de la Ley Fundamental, dictar las disposiciones necesarias sobre organización de escuelas primarias. En este contexto, se concede al respectivo legislador del Estado Federado un amplio margen de configuración. La regulación del artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, según la cual se ha de colocar una cruz en todas las aulas, no rebasa los límites de ese margen de configuración. Dado que el legislador del Estado Federado puede introducir, de una forma que no presenta objeciones desde el punto de vista constitucional, el tipo de escuela denominada escuela común a ambas confesiones cristianas, no se le puede prohibir simbolizar mediante la cruz en las salas de clase las concepciones de valores que caracterizan a este tipo de escuela.

a. La norma del artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera es parte de la configuración organizativa de la escuela común a ambas confesiones cristianas. Por medio de la cruz en el aula se ponen de forma alegórica ante los ojos de maestros y alumnos las normas éticas y los valores supraconfesionales cristiano-occidentales a transmitir en este tipo de escuela. Al decretarse esta norma el legislador del Estado Federado pudo tener en cuenta el hecho de que la mayoría de los ciudadanos viviendo en su territorio pertenecían a la Iglesia cristiana (véase BVerfGE 41, 29 <50 y s., 60>). Además, pudo suponer que la colocación de una cruz en un aula sería acogida positivamente o al menos respetada también por una gran parte de personas no pertenecientes a una iglesia, por razón de su carácter de símbolo de normas éticas y valores cristiano-occidentales supraconfesionales. Prueba fundamental de ello es que las disposiciones de la Constitución bávara sobre la escuela común a ambas confesiones cristianas han encontrado la aprobación de la mayoría de la población (véase BVerfGE 41, 65 <67>).

b. El Estado, que con la imposición de enseñanza escolar obligatoria realiza una injerencia profunda en la educación de los niños a través del hogar paterno, depende ampliamente de la aceptación por los padres del sistema escolar organizado por él. No le está vedado por ello mantener lo máximo posible la coincidencia de escuela y hogar paterno en cuanto a ideologías (véase BVerfGE 41, 29 <60>; 41, 65 <87>). A ello puede contribuir también la colocación de cruces en salas de clase, lo cual se corresponde en Baviera por lo demás con una larga tradición, que solamente chocó con oposición en la época del nacionalsocialismo.

4. Mediante la colocación de cruces en salas de clase no se lesiona la obligación del Estado de neutralidad ideológico-religiosa. Bajo la vigencia

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

de la Ley Fundamental no se puede entender el mandato de neutralidad ideológico-religiosa estatal como un compromiso de indiferencia o laicismo por parte del Estado. Mediante la remisión en el artículo 140 de la Ley Fundamental a los artículos sobre la Iglesia de la Constitución de la República de Weimar, se constituye un mandato de neutralidad en el sentido de una colaboración del Estado con las iglesias y comunidades religiosas, que también incluye el fomento de las mismas por parte del Estado.

En las decisiones sobre la admisibilidad constitucional de las escuelas comunes a ambas confesiones cristianas, la Corte Constitucional Federal ha expresado en relación con el mandato de neutralidad que la escuela, en la medida en que pueda tener influencia en las decisiones de creencia y conciencia de los niños sólo puede contener el mínimo de elementos coercitivos. Además, no puede ser una escuela evangelizadora ni reivindicar el carácter obligatorio de contenidos de creencias cristianas; ha de estar abierta también a otros contenidos y valores ideológicos y religiosos (véase BVerfGE 41, 29 <51>; 41, 65 <78>).

La regulación del artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera, considerada inconstitucional por la mayoría de la Sala cumple todos esos requisitos: la mera existencia de una cruz en el aula no obliga a los alumnos a observar modos de conducta especiales y no convierte a la escuela en una acción evangelizadora. La cruz no altera tampoco el carácter de la escuela común a ambas confesiones cristianas, sino que, como un símbolo común a las confesiones cristianas es especialmente apropiada para servir de alegoría de los contenidos formativos constitucionalmente admisibles de ese tipo de escuela. La colocación de una cruz en un aula no excluye la consideración de otros contenidos y valores ideológico-religiosos en la clase. La configuración de la enseñanza en clase está sometida además al mandato del artículo 136.1 de la Constitución bávara, según el cual en todas las escuelas han de respetarse los sentimientos religiosos de todos.

## II.

En contra del criterio de la mayoría de la Sala, no se viola la libertad de religión de los recurrentes por la existencia de cruces en las salas de clase (artículo 4.1 Ley Fundamental y artículo 4.1 en conexión con el artículo 6.2, frase 1, de la Ley Fundamental).

1. Con la imposición de la enseñanza escolar obligatoria y la asunción de la responsabilidad en cuanto a la enseñanza primaria, el Estado ha tomado plenamente bajo su custodia un área de la vida fundamental para la educación de la juventud. Esto tiene como consecuencia que el Estado tenga que dejar espacio ahí para el desarrollo de las libertades. Si bien estas pueden resultar restringidas en atención al fin legítimo de la institución (aquí la escuela), no pueden ser suprimidas. La escuela pública, sometida a configuración estatal en cuanto a organización y también ampliamente en cuanto al contenido, es un área de la vida en la que se conjugan actuación estatal y libertad ciudadana. En un área tal, el Estado, mediante la puesta a disposición de símbolos alegóricos de valores, que se correspondan con la

práctica extendida en el Estado Federado en cuestión, puede crear también un marco organizativo, en el que sea factible el desarrollo al mismo tiempo de las convicciones religiosas existentes en una gran parte de los alumnos y sus padres (véase Tribunal Superior Contencioso-Administrativo del Estado Federado de Renania del Norte-Westfalia, revista NVwZ 1994, pág. 597). Por el contrario, la dotación de salas judiciales con cruces, que puede lesionar el derecho fundamental de las partes en un proceso derivado del artículo 4.1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 35, 366), recae en el área de funciones estatales originarias y queda sometida por ello a otras relaciones jurídico constitucionales distintas a las relativas a la colocación de cruces en salas de clase de escuelas estatales (véase en detalle *Böckenförde*, Revista de Derecho Canónico Protestante *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, tomo 20 <1975>, pág. 119 <127 y s., 134>).

La libertad de confesión del artículo 4.1 de la Ley Fundamental se ve todavía más reforzada y ensalzada mediante la garantía del ejercicio pacífico de la religión recogido en el artículo 4.2 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 24, 236 <245 y s.>), lo que no es contemplado en absoluto por la mayoría de la Sala. Las disposiciones del artículo 4.1 y 4.2 de la Ley Fundamental garantizan conjuntamente al individuo un espacio para el ejercicio activo de su convicción religiosa. Si según esto, desde el punto de vista constitucional, no hay nada que objetar a una oración escolar voluntaria y supraconfesional (véase BVerfGE 52, 223), lo mismo rige igualmente para la cruz en el aula. Con ello el Estado deja espacio a la libertad de confesión positiva en un área en la que él ha asumido totalmente la función de velar por ella y en la que actitudes religiosas e ideológicas han sido relevantes desde siempre (véase BVerfGE 41, 29 <49>; 52, 223 <241>).

2. No hay así una injerencia en la libertad religiosa de los recurrentes.

a. Los recurrentes no apelan a la libertad de ejercicio del culto religioso según el artículo 4.2. de la Ley Fundamental. Tampoco alegan una violación de su libertad positiva de confesión derivada del artículo 4.1 de la Ley Fundamental, sino solamente una violación de su libertad negativa de religión —igualmente protegida en el artículo 4.1 de la Ley Fundamental. Pues no exigen la colocación de un símbolo de su propia ideología en el aula junto a la cruz o en su lugar, sino la retirada de crucifijos, por considerarlos símbolos de una convicción religiosa no compartida por ellos y que no quieren tolerar. En la resolución de 5 de noviembre de 1991 (BVerfGE 85, 94), con la que se desestimó la solicitud de los recurrentes a que se decretasen medidas cautelares, la Sala había formulado la cuestión jurídico-constitucional —más acertadamente que ahora en el fallo principal— como sigue: *“si, y bajo qué circunstancias, el empleo de símbolos religiosos en una escuela afecta a la libertad negativa de religión, y en qué medida se ha de aceptar por la minoría, porque esta ha de tener en cuenta la libertad religiosa positiva de la mayoría”* (BVerfG, loc.cit., pág. 96).

No obstante, no se trata de un problema de la proporción de mayoría y minoría, sino de que en el área de la imposición de la enseñanza escolar obligatoria estatal, se han de conjugar en general la libertad religiosa positiva y negativa de padres y alumnos. Solventar esta tensión inevitable

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)



entre libertad religiosa negativa y positiva en el ámbito escolar compete al legislador democrático del Estado Federado, que, en el proceso público de formación de la voluntad ha de buscar un compromiso aceptable para todos considerando los diversos pareceres (véase BVerfGE 41, 29 <50>; 52, 223 <247>). En este contexto, la libertad religiosa negativa no constituye un derecho fundamental superior que desbanque a las expresiones positivas de la libertad de religión en caso de encuentro frente a frente. El derecho de la libertad religiosa no es un derecho para inhibir la religión. La necesaria conciliación entre ambas manifestaciones de la libertad religiosa ha de llevarse a cabo por la vía de la tolerancia (véase Schlaich, en: *Kirche und Staat in der neueren Entwicklung*, 1980, pág. 427 <439>; Starck, in: v. Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, art. 4.1, 4.2, núm. marg. 17 con citas adicionales).

b. El legislador del Estado Federado ha hecho justicia a estos principios con el artículo 13.1, frase 3, del Reglamento de Enseñanza para Escuelas Primarias de Baviera. No puede apreciarse una contravención constitucional en la obligada armonización con los intereses de no creyentes y personas de otras convicciones.

i. A la hora de evaluar y valorar estos intereses no se puede, como hace la mayoría de la Sala, tomar como base en general el criterio teológico cristiano del significado y sentido de la cruz. Lo decisivo es más bien qué efecto produce la contemplación de la cruz en los distintos alumnos concretos, en especial, qué sentimientos puede desencadenar la cruz en los alumnos de otro modo de pensar (véase a este respecto también BVerfGE 35, 366 <375 y s.>). Puede ser que en un alumno de creencia cristiana con la contemplación de la cruz en el aula se despierten aquellas ideas que se describen por la mayoría de la Sala como sentido de la cruz (bajo C II 2 b de los fundamentos). Por el contrario, no se puede presuponer que ocurra esto con un alumno no creyente. Desde su punto de vista la cruz en el aula no puede tener el significado de un símbolo de contenidos de la fe cristiana, sino solamente el de una alegoría de la fijación de objetivos de la escuela común a ambas confesiones cristianas, concretamente la transmisión de los valores de la cultura occidental de tinte cristiano, y junto a esto además el de un símbolo de una convicción religiosa no compartida, rechazada y a lo mejor combatida por él.

ii. A la vista de este sentido, que la cruz en el aula tiene para alumnos no cristianos, estos y sus padres han de aceptar la existencia de las cruces. A ello les obliga el mandato de tolerancia. Ello no les supone una carga inaceptable.

El perjuicio psíquico y la carga mental que han de tolerar los alumnos no cristianos por la forzosa percepción de la cruz en la clase tiene solamente un peso reducido en proporción. No se sobrepasa el mínimo de elementos coercitivos que han de aceptar en este contexto los alumnos y sus padres (véase BVerfGE 41, 29 <51>). No se obliga a los alumnos a observar modos de conducta especiales o a realizar ejercicios religiosos ante la cruz. No son forzados —a diferencia de lo que sucede con la oración escolar (véase BVerfGE 52, 223 <245 y ss.>)— a manifestar su convicción ideológico-reli-



giosa discrepante a través de la no participación. Por esta razón, no existe para ellos desde el principio peligro de discriminación.

Desde el punto de vista jurídico constitucional, con la cruz en el aula tampoco se influye de manera inadmisibles en los alumnos en sentido evangelizador (véase BVerfGE 41, 29 <51>). La cruz en el aula no tiene una influencia directa sobre los contenidos didácticos ni sobre los objetivos educativos en el sentido de una propagación de contenidos de fe cristiana. Por lo demás, se ha de partir en ese punto de las circunstancias especiales reinantes en Baviera. El alumno se halla confrontado allí a la imagen de la cruz en muchas otras áreas de la vida —también fuera del ámbito estrictamente religioso. A modo ilustrativo mencionemos las cruces que se encuentran tan a menudo en los caminos, las numerosas cruces en edificios profanos (como hospitales y residencias de ancianos, pero también hoteles y restaurantes), y finalmente también las cruces existentes en viviendas particulares. Bajo tales circunstancias, la cruz en el aula se mantiene en el marco de lo habitual; no se le imprime un carácter evangelizador.

### III.

Por todo lo expuesto, el legislador del Estado Federado, con la colocación de cruces en las aulas de escuelas primarias ha hecho uso, de forma admisible, de la facultad de configuración que le corresponde en cuanto a la organización del sistema de enseñanza primaria que le corresponde, sin rebasar los límites de su margen de configuración. Desde este ángulo, no hay nada que objetar constitucionalmente a las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa impugnadas.

(fdo.) Seidl  
Söllner Haas

### Opinión discrepante de la magistrada Haas

en cuanto a la resolución de la Sala Primera de 16 de mayo de 1995

- 1 BvR 1087/91 -

Por mi parte, además, no comparto ni la fundamentación de la mayoría de la Sala respecto a la admisibilidad del recurso de amparo ni lo expuesto por ella con referencia a la circunstancia que fundamente decretar medidas cautelares.

1. Puede haber dudas en cuanto a la admisibilidad del recurso de amparo, en su caso, por el hecho de que probablemente entretanto haya desaparecido el agravio sufrido por los recurrentes, pongamos por caso, por un cambio de escuela de los recurrentes 3) a 5) o por la retirada de los crucifijos que aún quedaban en salas de clase —único punto a que se refería la solicitud de los recurrentes en el procedimiento de medidas cautelares. No obstante, este punto no requiere decisión aquí. Sin embargo, la admisibilidad del recurso de amparo aquí no se puede afirmar por los mismos motivos que en caso de la desaparición del agravio en la causa principal (véase BVerfGE 41, 29 <43>). Pues la suposición de la persistencia del interés de los

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

recurrentes en la acción declarativa no tiene en cuenta suficientemente las particularidades del procedimiento de medidas cautelares, cuyo significado se agota en la regulación de un estado únicamente provisional. De cualquier modo, no es necesario seguir profundizando en esta cuestión considerando la postura jurídica defendida aquí, según la cual el recurso de amparo es infundado.

2. Así, tampoco hay nada que objetar constitucionalmente a la decisión del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera impugnada, cuando se niega la concurrencia de circunstancia que fundamente la imposición de medidas cautelares; en especial, no se vulnera el artículo 19.4 de la Ley Fundamental. Los tribunales contencioso-administrativos conceden protección judicial provisional con medidas cautelares, entre otros supuestos, conforme al artículo 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El artículo 19.4 de la Ley Fundamental exige también en los procedimientos que se refieran a la realización de un acto, en todo caso la concesión de protección judicial provisional cuando, de lo contrario, se produjesen perjuicios graves, desmedidos e inevitables de otro modo, que no pudieran ser eliminados posteriormente mediante la decisión en la causa principal (véase BVerfGE 46, 166 <179>; 51, 268 <284>).

De esta premisa ha partido también el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera. Al comprobar la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de una circunstancia que fundamente la adopción de medidas cautelares, el Tribunal Superior destaca acertadamente, teniendo en cuenta el mandato constitucional de concesión de la tutela judicial efectiva, la cuestión de si en caso de no adopción de medidas cautelares se inferiría a los recurrentes un perjuicio desmedido e irreparable.

En el marco de la comprobación de este perjuicio, el Tribunal Superior ha analizado —sin que haya nada que objetársele desde el punto de vista constitucional— la urgencia y el significado de la pretensión de los recurrentes. Por esta razón, parece más que dudoso el hecho de que las reflexiones del Tribunal Superior sobre el transcurso del tiempo, resumidas en una sola frase, pueden considerarse de forma aislada y hacer la apreciación de que el tribunal haya negado la urgencia de la petición. Lo expuesto sobre la duración del estado objeto de queja ha de contemplarse y entenderse más bien en su contexto global. Sin embargo, como parte del enjuiciamiento del perjuicio que hace el Tribunal Superior, la duración del estado tiene sobre todo significado de indicio de la gravedad del daño. Constitucionalmente no hay nada que objetar a la apreciación del Tribunal Superior de que la aceptación de un determinado estado por un período de duración de aproximadamente cinco años pueda tener influencia en la calificación de un perjuicio como no desmedido. En todo caso, no es descabellado juzgar si un perjuicio no es desmedido para los afectados atendiendo a cómo era su situación en el pasado y cómo la han manejado. El hecho de que el perjuicio inferido a los recurrentes con la contemplación de un crucifijo se haya convertido en desmedido sólo como consecuencia del paso del tiempo, no se deduce de las apreciaciones del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, que

no han sido atacadas por los recurrentes. Los recurrentes tampoco han aducido que el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo haya dejado fuera de consideración alegaciones suyas a este respecto. Aparte de esto, el Tribunal Superior ha apreciado jurídicamente otros aspectos en el marco de la evaluación del perjuicio. A este respecto ha considerado que a los recurrentes 1) y 2), en caso de no decretarse la regulación provisional pretendida, todavía les queda suficiente margen de actuación para una educación conforme a su responsabilidad como padres y que la contemplación de un crucifijo en las salas de clase sólo supone para los recurrentes 3) a 5) comparativamente una carga reducida, porque están expuestos a esa imagen también en otros lugares. Desde el punto de vista jurídico constitucional, no se le puede objetar nada al Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera, cuando ha llegado así al convencimiento de que no se infiere a los recurrentes un perjuicio desmedido e irreparable al no decretarse una regulación provisional. Por lo demás, la Sala que conoce de este asunto compartió manifiestamente tal apreciación del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo de Baviera al rechazar ella la imposición de una medida cautelar solicitada por los respectivos recurrentes, porque al evaluar las consecuencias no se llegó a constatar que tuvieran mayor peso los perjuicios sufridos por los recurrentes (véase BVerfGE 85, 94 <96 y s.>). En este contexto, la Sala conocedora del asunto tuvo que considerar que, teniendo presente los largos años de duración de los juicios de garantías constitucionales, los recurrentes tendrían que soportar el estado objeto de queja todavía varios años.

En vista de esta valoración de la gravedad del perjuicio como leve, el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo tampoco precisaba seguir analizando si la imposición de medidas cautelares era eventualmente necesaria por razón de que los recurrentes no hubieran podido preservarse de otra forma de los perjuicios desmedidos e irreparables que les pudiesen afectar (véase BVerfGE 46, 166 <179 y s.>). Desde el punto de vista jurídico constitucional no hay nada que objetar a la suposición del tribunal de que, ante el trasfondo de la disposición al compromiso mostrada por la administración, también se podrían alcanzar en el futuro soluciones extrajudiciales de compromiso como las existentes actualmente.

El principio de garantía de la tutela judicial efectiva tampoco obliga al Tribunal Superior a “sondear” posibilidades de un convenio como solución intermedia, para poder “prescindir” de las medidas cautelares. Ya es cuestionable el hecho de si la naturaleza del principio de garantía de la tutela judicial efectiva se corresponde con la tramitación de un procedimiento que tenga como meta hacer que una decisión del tribunal no sea imprescindible. Así, ya en el ámbito del Derecho simple, no constitucional, no se requiere la tramitación procesal de convenios en el procedimiento de medidas cautelares, debido a que es potestad discrecional del tribunal el decidir qué regulación en concreto corresponde a la petición de protección judicial (jurisprudencia y doctrina predominante, véanse citas en Kopp, VwGO, 1994, § 123, núm. marg. 17), siempre y cuando concurren los presupuestos necesarios para decretar medidas cautelares. Ahora bien, si el tribunal opinase que no concurren los requisitos necesarios para decretar medidas cautelares —como sucede aquí— el asunto está entonces visto para fallo y la solicitud se ha de

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

desestimar, no procediendo, por lo menos desde el punto de vista de la garantía de tutela judicial efectiva, intentar en todo caso, a través de la tramitación de convenios judiciales, que se llegue a un acuerdo entre las partes con un resultado que no se hubiese podido alcanzar por la vía jurídica incoada.

Haas

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) sobre el  
uso de una cruz o  
crucifijo en las salas de  
clase de una escuela  
pública de enseñanza  
obligatoria (1995)

---

# Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexua- les: uniones civiles de personas del mismo sexo (2002)

- 1. Requisito para la admisión excepcional de la modificación de un acuerdo legislativo es su evidente falta de corrección. Esta puede resultar no sólo del texto mismo de la norma, sino en especial también de la consideración del contexto y de los materiales de la ley.*
- 2. Si el Gobierno Federal Alemán o el Bundestag fraccionasen una materia en diversas leyes, para excluir que el Bundesrat impida ciertas regulaciones, que consideradas individualmente no se hallen bajo la reserva de su aprobación, no se puede impugnar esto como inconstitucional.*
- 3. La introducción de la institución jurídica de la unión civil registrada para parejas del mismo sexo no lesiona el artículo 6.1 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz). La protección especial del matrimonio contemplada en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental no impide al legislador prever para la unión civil de parejas del mismo sexo los mismos o similares derechos y obligaciones que para el matrimonio. La institución del matrimonio no se ve amenazada con pérdidas, debido a una institución dirigida a personas que no pueden contraer matrimonio entre sí.*
- 4. No lesiona el artículo 3.1, de Ley Fundamental, el hecho de que las uniones civiles no matrimoniales de personas de distinto sexo y comunidades de solidaridad entre parientes no les esté permitido el acceso a la forma jurídica de la unión civil registrada.*

**Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2002**

**en virtud de la vista oral de 9 de abril de 2002**

**1 BvF 1/01**

**1 BvF 2/01**

En el procedimiento de control de la constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*), de 16 de

febrero de 2001 (Boletín Oficial Federal Alemán BGBl I, pág. 266), modificada por el artículo 25 del Código Alemán de Asuntos Sociales (*Sozialgesetzbuch*) —libro noveno— (SGB IX) Rehabilitación y participación de personas con minusvalías, de 19 de junio de 2001 (BGBl I, pág. 1046), por el artículo 10, número 7 de la “Ley alemana de reestructuración, simplificación y reforma de la normativa sobre arrendamiento” (*Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts*), de 19 de junio de 2001 (BGBl I, pág. 1149), así como por el artículo 11 de la “Ley alemana para mejorar la protección civil ante actos de violencia y persecuciones, así como para facilitar la cesión de la vivienda conyugal en caso de separación” (*Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung*), de 11 de diciembre de 2001 (BGBl I, pág. 3513), I. Solicitantes: 1. el Gobierno de Sajonia, representado por el Presidente del Estado Federado ..., 2. el Gobierno de Turingia, representado por el Presidente del Estado Federado ..., Apoderados: 1. Catedrático Prof. Dr. Thomas Würtenberger ..., 2. Catedrático Prof. Dr. Johann Braun ... 1 BvF 1/01 , II. Solicitante: el Gobierno de Baviera, representado por el Presidente del Estado Federado ..., Apoderado: Catedrático Prof. Dr. Peter Badura ... 1 BvF 2/01

#### FALLO:

*“La Ley alemana para acabar con la discriminación de las parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo”, de 16 de febrero de 2001 (BGBl I, pág. 266), en la versión de 11 de diciembre de 2001 (BGBl I, pág. 3513), respeta la Ley Fundamental.*

#### FUNDAMENTOS:

##### A.

Los recursos de inconstitucionalidad cuestionan la compatibilidad con la Ley Fundamental de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de las parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo”, de 16 de febrero de 2001 (BGBl I, pág. 266; en lo sucesivo, LPartDisBG), que entró en vigor el 1 de agosto de 2001.

##### I.

El fin de esa ley es abolir la discriminación de las parejas del mismo sexo y ofrecerles la posibilidad de dar un marco jurídico a su unión. A estos efectos, con la unión civil registrada se crea, para parejas del mismo sexo establecidas con carácter estable, una institución de Derecho de Familia con numerosos efectos jurídicos.

1. En el año 2000 convivían como mínimo 47.000 parejas del mismo sexo en la República Federal de Alemania (véase *Eggen, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften*, parte segunda, en: *Baden Württemberg in Wort und Zahl 12/2001*, pág. 579 y ss.). Tras un estudio del año 2000 realizado por Buba y Vaskovics por encargo del Ministerio Federal Alemán

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

de Justicia, las parejas de personas del mismo sexo no se diferenciaban de forma esencial de las parejas heterosexuales en sus expectativas sobre la vida en común, su carácter estable, su disposición a la solidaridad y el apoyo mutuos. Más de la mitad de las personas encuestadas que convivían en pareja con personas del mismo sexo expresaron el deseo de vivir en el marco de una unión jurídicamente vinculante (Buba/Vaskovics, *Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare*, estudio sobre el trato desventajoso de personas y parejas de orientación homosexual por encargo del Ministerio Federal Alemán de Justicia, 2000, pág. 75 y ss., 117 y ss.). A las parejas de personas del mismo sexo no les está permitido contraer matrimonio.

2. Las primeras iniciativas parlamentarias para una regulación legal de las uniones homosexuales en la República Federal de Alemania se remontan a la undécima legislatura del *Bundestag* (véase propuesta de decisión del grupo parlamentario de los Verdes de 18 de mayo de 1990, Boletín oficial del *Bundestag* BTDrucks 11/7197). En 1994 el Parlamento Europeo instó a los Estados miembros de la Unión Europea, a evitar el trato discriminatorio de personas de orientación homosexual en sus respectivas leyes y ordenamiento administrativo nacionales, y dirigió un llamamiento a la Comisión para facilitar a las personas de orientación homosexual el acceso al matrimonio o a regulaciones jurídicas análogas (véase Diario Oficial de las Comunidades C 61, de 28 de febrero de 1994, pág. 40 y s.; BTDrucks 12/7069 pág. 4). Entretanto existen en varios países europeos regulaciones de las parejas de personas del mismo sexo (véase estudio del instituto *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, editado por Basedow, et al., *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, 2000). Abarca desde las parejas en los países escandinavos, equiparadas al matrimonio en sus efectos, hasta el Pacte Civil de Solidarité (PACS) en Francia con su posibilidad de registro de parejas de hecho de personas del mismo o de distinto sexo, con menos consecuencias jurídicas que un matrimonio y más fácil de disolver. Mientras en los Países Bajos las parejas de personas del mismo sexo entretanto tienen acceso al matrimonio.

En julio de 2000, los grupos parlamentarios del Partido Socialdemócrata SPD y de la coalición BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (LOS VERDES) presentaron la proposición de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (BTDrucks 14/3751) para su tramitación en procedimiento legislativo. El grupo parlamentario del partido liberal FDP presentó asimismo una proposición de ley (BTDrucks 14/1259). Tras la primera lectura de ambas proposiciones, remisión a las comisiones y realización del trámite de audiencia de expertos, la Comisión de Asuntos Jurídicos competente del *Bundestag* recomendó el 8 de noviembre de 2000 el rechazo de la proposición de ley del FDP y la aceptación de la proposición de ley de los grupos parlamentarios del Gobierno, si bien en una versión fragmentada en dos leyes: por un lado, la "Ley para acabar con la discriminación de las parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (LPartDisBG), con la regulación de la unión civil registrada de las parejas de personas del mismo sexo y los efectos jurídicos fundamentales derivados de la misma, y por otro lado, la "Ley com-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

plementaria de la ley de uniones civiles de personas del mismo sexo y de otras leyes" (*Gesetz zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze*, abreviada, *Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz LPartGErgG*), con regulaciones de desarrollo, en especial procedimentales (BTDrucks 14/4545 con anexos). Esto respondía a la intención de los grupos parlamentarios del Gobierno de dividir la proposición de ley originaria en dos leyes, una sometida a la aprobación obligatoria del *Bundesrat* y otra exenta de la misma. Como consecuencia de ello, en la proposición de la LPartDisBG debía prescindirse de nombrar una autoridad competente para la inscripción de la unión civil de personas del mismo sexo (véanse documentos de las comisiones: AusschussDrucks 14/508 [Comisión de Asuntos de Familia, Tercera Edad, Mujeres y Jóvenes] y 14/944 [Comisión en Asuntos de Trabajo y Orden Social]). Ello contó con la aprobación mayoritaria de las comisiones deliberantes y así se expresó en el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de 9 de noviembre de 2000 (BTDrucks 14/4550). No obstante, en el texto de proposición de la ley LPartDisBG anejo a la recomendación de acuerdo de la Comisión de Asuntos Jurídicos, no se hallaban todas las regulaciones modificadas en la forma correspondiente. En esa versión se aprobó la LPartDisBG por el *Bundestag* (acta del pleno: Plenarprotokoll 14/131, pág. 12629 D) y pasó sin modificación alguna por el *Bundesrat*, que no convocó a la Comisión conjunta ni constató la necesidad de aprobación obligatoria de esa ley por el *Bundesrat* (*Bundesrat*, acta del pleno: Plenarprotokoll, 757a sesión, pág. 551 C, D).

Al indicar el Ministerio Federal Alemán de Justicia dos puntos a su entender claramente incorrectos en los párrafos 3 y 4 del epígrafe 1, § 3, de la LPartDisBG, los Presidentes del *Bundestag* y del *Bundesrat* autorizaron una enmienda de las disposiciones tachadas de incorrectas. La sanción y proclamación de la ley de 16 de febrero de 2001 (BGBl I pág. 266) se produjeron entonces en la versión enmendada. Las solicitudes de interdicto provisorio contra la entrada en vigor de la ley presentadas por los Gobiernos de Baviera y Sajonia no tuvieron éxito ante la Corte Constitucional Federal (véase sentencia de 18 de julio de 2001 1 BvQ 23/01 y 1 BvQ 26/01, revista NJW 2001, pág. 2457).

Entretanto en todos los Estados Federados alemanes existe normativa de desarrollo de la ley LPartDisBG con disposiciones sobre la competencia en asuntos de unión civil de personas del mismo sexo y las correspondientes regulaciones procedimentales.

La Ley complementaria de la ley sobre unión civil de personas del mismo sexo (*Lebenspartnerschaftsgesetzergänzungsgesetz*), en cambio, si bien ha sido aprobada por el *Bundestag*, no lo ha sido hasta ahora por el *Bundesrat* (BTDrucks 14/4875). La Comisión conjunta convocada por el *Bundestag* no ha adoptado todavía ningún acuerdo (BTDrucks 14/4878).

3. La ley atacada por los recursos de inconstitucionalidad regula la constitución y la finalización de una unión civil registrada para parejas homosexuales. Esta unión civil se constituye mediante la conclusión de un contrato entre dos personas del mismo sexo, habiéndose de realizar las

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



declaraciones necesarias al efecto ante la autoridad competente para ello (epígrafe 1, § 1.1). Otro requisito para la constitución de esta unión civil es una declaración por ambas partes sobre su régimen económico (epígrafe 1, § 1.1, frase 4). Dicha unión civil finalizará por sentencia disolutoria a instancia de una o de ambas partes (epígrafe 1, § 15).

Las partes de esta unión civil están obligadas a prestarse asistencia, protección y apoyo entre sí, así como a configurar la vida en común. Cada una de las partes asume la responsabilidad por la otra (epígrafe 1, § 2). No se requiere una comunidad sexual. Los efectos jurídicos de la unión civil de personas del mismo sexo se derivan en parte de los efectos jurídicos del matrimonio, si bien divergen también de los mismos. Así, las partes de la unión civil de personas del mismo sexo se obligan a prestarse alimentos mutuamente. Esto se aplica también, con ciertas modificaciones, a las partes de tal unión civil que vivan separadas y tras la disolución de dicha unión civil (epígrafe 1, § 5, §12 y §16). Las partes de la unión civil de personas del mismo sexo han de determinar el régimen económico por el que ha de regirse su unión, pudiendo elegir entre el régimen general de compensación (*Ausgleichsgemeinschaft*) o un contrato concreto que regule el régimen económico (epígrafe 1, § 6 y §7). Pueden fijar un apellido común para ambas partes (epígrafe 1, § 3). La parte o antigua parte de una unión civil de personas del mismo sexo que sea padre o madre y que haya convivido con el hijo en el hogar durante largo tiempo, tendrá derecho a comunicaciones y visitas (epígrafe 2, número 12, § 1685.2 del Código Civil Alemán BGB). Cada parte de tal unión civil se considera pariente del otro (epígrafe 1, § 11). Se ha introducido un derecho sucesorio legal de la parte de dicha unión civil, que equivale al derecho del cónyuge (epígrafe 1, § 10). También en materia de Derecho de Seguridad Social se producen efectos jurídicos al contraerse tal unión civil (epígrafe 3, § 52, §54 y §56). Así por ejemplo, dentro del seguro de enfermedad obligatorio se incluye a las partes de la unión civil en el seguro familiar (epígrafe 3, § 52, número 4). En el Derecho de extranjería se extienden análogamente a las uniones civiles homosexuales los preceptos sobre acceso al permiso de residencia de miembros familiares aplicables a los matrimonios (epígrafe 3, § 11). En caso de que una de las partes de tal unión civil sea progenitor con la guarda y custodia exclusiva, la ley LPartDisBG reconoce además, previo consentimiento de dicho progenitor, la facultad de la otra parte de dicha unión civil a participar en las decisiones sobre los asuntos de la vida diaria del hijo, el "derecho de guarda y custodia limitada" —"*kleines Sorgerecht*" (epígrafe 1, § 9).

La ley impugnada y la ley complementaria pendiente de aprobación no prevén compensación alguna de derechos o expectativas de pensiones de jubilación entre las partes de la unión civil homosexual para el caso de disolución de la misma ni regulaciones sobre pensión en caso de muerte. Asimismo se excluye una adopción común de menores. Si bien la ley complementaria contiene normas en materia fiscal y de auxilio social, no así la ley LPartDisBG.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

## II.

Los solicitantes de los recursos de inconstitucionalidad alegan con ellos la incompatibilidad de esa ley, en general y en cuanto a disposiciones concretas de la misma, con la Ley Fundamental.

1. Según ellos, la ley es ya inconstitucional desde el punto de vista formal.

a. Con el fraccionamiento arbitrario de la proposición de ley original se ha eludido el derecho de aprobación del *Bundesrat*. El fraccionamiento convierte a la ley en un cuerpo incompleto y conduce a su inejecutoriedad. Añaden que, desde el punto de vista material, normas jurídicas que formaban un todo, se han desmembrado, separando unas de otras de forma abusiva. Esto afecta en su opinión a la obligación de alimentos entre las partes de la unión civil (homosexual) recogida en epígrafe 1, § 5, de la ley LPartDisBG, que, debido al desmembramiento normativo, carece de la correspondiente deducción fiscal. De la unidad requerida de ambas áreas normativas se deriva no sólo la inconstitucionalidad de este precepto, sino también la necesidad de su aprobación por el *Bundesrat*. Además, señalan que las disposiciones materiales no se pueden separar de las formales. La ley LPartDisBG precisa de ejecución por el funcionario del Registro Civil, pues persigue con sus regulaciones jurídicas materiales una configuración procedimental muy concreta. Consideran que con ello se impone a los Estados Federados Alemanes (*Länder*) una amplia determinación en la configuración del Derecho en materia de procedimiento. Por otro lado, se ven limitados en sus leyes de desarrollo por razón del artículo 74.1, número 2, de la Ley Fundamental. Aparte de ello, entienden que la Ley alemana sobre el estado civil (*Personenstandsgesetz*) regula de forma excluyente el Derecho relativo al estado civil, y que la ley LPartDisBG no deja acceso expresamente a las regulaciones por parte de los Estados Federados. Además, señalan que en la ley complementaria (LPartGErgG) figura que, conforme al artículo 72.2 de la Ley Fundamental, se requiere una regulación uniforme para todo el territorio federal alemán. Apuntando que, si se afirmase, en contra de la opinión de los recurrentes, que se trata de una competencia de regulación de los Estados Federados para normativas de desarrollo, la ley lesionaría también por esta razón el artículo 84.1 de la Ley Fundamental, porque exige de los Estados Federados, en virtud de sus regulaciones jurídicas materiales, la creación de un Derecho procedimental uniforme, a pesar de que esto no se les pueda exigir constitucionalmente.

La desmembración de una ley en una parte de aprobación obligatoria por el *Bundesrat* y otra de no necesaria aprobación en el curso de un procedimiento legislativo conduce, según los recurrentes, a dejar sin efecto el requisito de aprobación obligatoria de las leyes por el *Bundesrat*. En el desarrollo posterior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, una ley federal requiere aprobación obligatoria por el *Bundesrat* cuando, aún limitándose a cuestiones jurídicas materiales, estas, debido a su poder de determinación, no dejen ningún margen de actuación a los Estados Federados para la configuración autónoma del procedimiento administrativo. En opinión de los recurrentes, este es el caso de la ley impugnada.

b. Añaden que la ley contiene todavía regulaciones que hubieran requerido la aprobación obligatoria del *Bundesrat*. Esto afecta a la nueva regulación del artículo 17a de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBGB; desde el 1 de enero de 2002, artículo 17b, EGBGB; modificado por el artículo 10 de la ley de 11 de diciembre de 2001, BGBl I, pág. 3513), que con su remisión al artículo 10.2 de la misma ley (EGBGB) determina una competencia del funcionario del Registro Civil y por ello es de aprobación obligatoria, puesto que confiere al funcionario del Registro Civil, jurídica y cualitativamente, una nueva actividad administrativa. Los recurrentes consideran que las nuevas regulaciones del Derecho de extranjería respecto al acceso al permiso de residencia de personas que formen parte de una unión civil homosexual confieren ahora a los preceptos procedimentales, aunque no hayan sido expresamente modificados, otro significado y trascendencia esenciales y conducen a otra actividad cualitativa de las autoridades competentes en materia de extranjería. Mientras que estas hasta ahora tenían que aplicar el artículo 6 de la Ley Fundamental en el marco de su examen de la proporcionalidad a la hora de conceder permisos de residencia, en las solicitudes presentadas por partes de una unión civil homosexual se trata sólo de la protección del derecho afianzado de libre desarrollo de la personalidad conforme al artículo 2.1, en conexión con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental.

c. Finalmente, los recurrentes apuntan que la ley no podría ser enmendada modificando las versiones de los acuerdos adoptados por el *Bundestag* y el *Bundesrat*. El hecho de que el epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4, de la ley LPartDisBG en la versión adoptada por el *Bundestag* haya establecido todavía la competencia del funcionario del Registro Civil para la recepción de las declaraciones en materia jurídica de apellido, no constituye un descuido de redacción. Del informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos resulta que en la ley únicamente no se debe nombrar a la autoridad competente para la inscripción de la unión civil entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4, de la ley LPartDisBG no contempla ni la inscripción de tal unión civil ni la determinación de un apellido, sino la tramitación de la finalización de dichas uniones civiles. Señalan que a estos efectos es justo hacer las declaraciones de finalización de tal unión civil ante el funcionario del Registro Civil, puesto que tras la finalización de la misma es de aplicación otra vez la Ley sobre estado civil de la Federación. Esta disposición fue objeto de debate, siendo por ello, adoptada por voluntad expresa del legislador. La enmienda de esta disposición es, por ello, en opinión de los recurrentes, inconstitucional y nula. El procedimiento de enmienda vulnera el principio democrático. La versión de la ley promulgada no se corresponde con la versión acordada. Esto tiene como consecuencia que, por razón de la improcedencia de la enmienda, la disposición jurídica no promulgada sea objeto del procedimiento de control normativo, que al conferir una competencia al funcionario del Registro Civil convierte a la ley en norma de aprobación obligatoria por el *Bundesrat*.

2. Alegan que la ley es asimismo inconstitucional desde el punto de vista material.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

a. En particular, no está en armonía con la protección del matrimonio y la familia prescrita en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. No respeta el mandato de salvaguarda y distanciamiento contenido en ese derecho fundamental, que se deriva especialmente de la garantía de la institución recogida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental y de la protección del matrimonio y de la familia como norma fundamental de valores esenciales. Ya en la denominación de la ley se puede apreciar que con ella se apunta a una equiparación de la unión civil homosexual al matrimonio, afirman los recurrentes. La ley LPartDisBG introduce una institución de Derecho de Familia para parejas del mismo sexo dotada ampliamente con efectos jurídicos como los del matrimonio, vulnerando así el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, que impide al legislador modificar de forma esencial la configuración de las relaciones jurídicas personales dentro del matrimonio y de la familia, y prohíbe constituir el Derecho de Familia de igual modo para el matrimonio y para una unión civil de personas del mismo sexo.

El matrimonio goza de una protección especial como elemento vital de orden estatal para garantizar las condiciones de cuidado y educación de los hijos, en interés de padres e hijos, pero también en interés público. Los recurrentes entienden que con la equiparación del matrimonio a la unión civil (homosexual) se despoja al primero de su protección especial, al crearse instituciones de convivencia paralelas que se asimilan al matrimonio. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental establece que las relaciones jurídicas personales y familiares de los sexos se rigen por los criterios del matrimonio en la medida en que supongan una comunidad de vida de carácter estable. Por mandato constitucional se impone respetar y fomentar la unidad y autonomía del matrimonio. En opinión de los recurrentes, esto tiene efectos de carácter directivo para todo el área del derecho público y privado. En este contexto, el artículo 6.1 de la Ley Fundamental prohíbe no sólo el acceso al matrimonio de parejas del mismo sexo, sino también el hecho de colocar una institución junto al matrimonio que, sin concurrir una necesidad objetiva, incorpore elementos estructurales del matrimonio, dado que esto supondría una elusión de la prohibición. El mandato de protección especial del artículo 6.1 de la Ley Fundamental exige, en opinión de los recurrentes, un claro distanciamiento entre el matrimonio y otro tipo de comunidad de vida. El matrimonio disfruta de una protección de exclusividad. La Ley Fundamental reconoce a otras uniones solamente una protección general, pero no una protección institucional especial. Esta distinción supone un mandato de diferenciación y una prohibición de reproducción a efectos de la configuración jurídica de otras uniones. Estas no pueden configurarse a imagen y semejanza del matrimonio, constituir una reproducción fiel del mismo o incorporar regulaciones que definan el núcleo esencial del Derecho matrimonial. Esta prohibición se ha violado con la amplia aproximación al matrimonio de la unión civil registrada entre personas del mismo sexo. Al contemplar de cerca las divergencias aparentes frente al Derecho matrimonial que contiene la ley, resultan ser equivalencias respecto al matrimonio. Algunas diferencias reales con el matrimonio que presenta la ley no permiten apreciar en cambio un concepto autónomo. La intención del legislador, con la ley LPartDisBG, de copiar el matrimonio se hace aún más patente a través de las disposiciones previstas en la ley complementaria LPartGErgG.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

Esto afecta en especial a las normas fiscales, cuyos efectos se asimilan a un *splitting para cónyuges* limitado.

b. Sostienen los recurrentes que se lesiona el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, también por el hecho de que la unión civil entre personas del mismo sexo, a falta de la regulación correspondiente en la ley LPartDisBG, no constituya un impedimento para el matrimonio. Con ello, la ley permite la coexistencia de una unión civil registrada entre personas del mismo sexo y el matrimonio, a pesar de que las obligaciones contraídas con la unión civil no sean compatibles con las del matrimonio. Ello supone, al parecer de los recurrentes, un perjuicio grave para el matrimonio.

c. Además entienden que la ley LPartDisBG, con la introducción mediante el epígrafe 1, § 9, del “derecho de guardia y custodia limitada” de los hijos, interfiere en los derechos paternofiliales del progenitor que no tenga asignada la guardia y custodia. También viola, en su opinión, el artículo 14.1 de la Ley Fundamental, porque limita, sin causa fundada suficiente, la libertad testamentaria de las partes de una unión civil (homosexual), al introducir la cuota hereditaria obligatoria para las partes de dicha unión, lo cual no se puede justificar sin más alegando motivos de seguridad económica de la parte superviviente de tal unión civil. Aparte de ello, esta ley vulnera el artículo 3.1 de la Ley Fundamental. Aunque existían razones de peso para dotar a otras comunidades de vida de carácter estable y basadas en la asistencia mutua, de un marco jurídico análogo, estas otras comunidades dignas de protección no han sido objeto de consideración jurídica por dicha ley. Finalmente alegan los recurrentes que la citada ley no contiene regulación fiscal alguna, a pesar de que la obligación de alimentos recogida en la misma se halla en conexión inseparable con su tratamiento fiscal.

### III.

En el procedimiento, han tenido oportunidad de pronunciarse el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno Federal Alemán, los Gobiernos de los Estados Federados, la Asociación científica alemana registrada de Derecho de Familia (*Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V.*), la Federación alemana de Lesbianas y Homosexuales (*Lesben und Schwulenverband in Deutschland*), la Federación alemana de Familias (*Deutscher Familienverband*), así como la Asociación alemana registrada denominada Grupo ecuménico de Trabajo Homosexuales e Iglesia (*Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche e.V.*). De ellos, el *Bundestag*, el Gobierno Federal Alemán, el Gobierno de la ciudad-estado de Hamburgo, el Gobierno de Schleswig-Holstein, la Federación de Lesbianas y Homosexuales, así como el Grupo ecuménico de Trabajo han hecho uso efectivo de la oportunidad de pronunciarse y, con excepción del Gobierno de la ciudad-estado de Hamburgo y del Grupo ecuménico de Trabajo, han complementado su opinión, profundizando más, en la vista oral.

1. El Gobierno Federal Alemán considera la ley LPartDisBG compatible con la Ley Fundamental. Para combatir la discriminación social y política de las parejas homosexuales aún existente, esta ley crea estructuras jurídicas que resultan de las necesidades, con independencia del sexo,

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

derivadas de las relaciones intensas de vida en pareja y de la necesidad de protección de la parte más débil. Ello no supone una copia del matrimonio, sino sacar una consecuencia de una realidad de vida que se presenta en la práctica. Los paralelismos con el Derecho matrimonial acaban ahí, donde las relaciones matrimoniales no hallan correspondencia con las relaciones homosexuales, en particular, en lo referente a los hijos comunes de los cónyuges. Con la unión civil registrada de personas del mismo sexo no se ejerce presión de seducción alguna. Según los conocimientos científicos probados de la medicina sexual, no se puede educar ni seducir a alguien hacia la homosexualidad, sino que esta se manifiesta, por el contrario, como resultado de una fuerte predisposición biológica.

a. Para el Gobierno Federal Alemán, la ley LPartDisBG no determina la tramitación administrativa más allá de lo admisible desde el punto de vista constitucional, como demuestra la diversidad de normativas de desarrollo que han aprobado entretanto los Estados Federados. Considera que era viable jurídicamente la fragmentación realizada en la proposición de ley. Mientras tenga vigencia la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal según la cual, en caso de aprobación obligatoria de una sola norma, la ley entera ha de someterse a la aprobación del *Bundesrat*, el legislador está llamado a fragmentar los proyectos o proposiciones de ley para respetar el reparto de competencias prescrito constitucionalmente entre *Bundestag* y *Bundesrat*. En caso contrario, el derecho de aprobación obligatoria del *Bundesrat* se extendería en la práctica a todos los proyectos o proposiciones de ley. La fragmentación no se ha llevado a cabo de forma abusiva o arbitraria, no tuvo lugar hasta después del fracaso en la consecución de un consenso amplio para la totalidad del proyecto de reforma. El legislador se ve prácticamente obligado a considerar los correspondientes desarrollos políticos durante el procedimiento legislativo. No existe ninguna obligación de regular en una misma ley el derecho de alimentos y la deducción fiscal del obligado a prestarlos.

Según el Gobierno Federal Alemán, tampoco partiendo de disposiciones concretas de la ley se deduce la necesidad de aprobación de la misma por el *Bundesrat*. Así, el epígrafe 3, § 16, número 10, de la ley LPartDisBG regula únicamente la competencia de los tribunales alemanes. El epígrafe 3, § 25, de la ley LPartDisBG no crea ninguna competencia del funcionario del Registro civil, sino que realiza, en el sentido clásico, una remisión a la autoridad competente. El epígrafe 3, § 6, de la ley LPartDisBG extiende solamente una competencia ya existente de los Registros civiles a los asuntos de apellido de las uniones civiles de personas del mismo sexo, y conlleva por tanto un mero cambio cuantitativo de competencias ya existentes. De la misma manera, las disposiciones en materia de Derecho de extranjería contenidas en la ley tampoco confieren a los Estados Federados nuevas competencias, distintas cualitativamente de las hasta ahora existentes. Los requisitos de sopesar ciertos criterios conforme al artículo 2.1, y artículo 1.1, de la Ley Fundamental han venido siendo recogidos ya hasta ahora en el Derecho de extranjería.

El Gobierno Federal considera procedente el procedimiento de enmienda

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

para la modificación del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG. Con los fallos cometidos a la hora de la puesta en práctica del acuerdo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del *Bundestag*, esta disposición se aprobó incluyendo la mención del funcionario del Registro Civil, aunque los diputados partían de la idea de que la autoridad competente no se determinaba en esta ley, sino posteriormente en la ley complementaria. Por lo demás, si bien los errores incurridos en un procedimiento legislativo pueden conducir a la nulidad de la ley, en caso de tratarse de vicios evidentes, Estos no se dan en el caso que nos ocupa.

En opinión del Gobierno Federal Alemán, la citada ley tampoco carece de ejecutoriedad. Los Estados Federados poseen las competencias precisas para regular la materia jurídica de estado civil y pueden crear de hecho las normas procedimentales convenientes, tal y como se ha puesto de manifiesto entretanto a través de las presentes regulaciones de los Estados Federados. La ley LPartDisBG crea un área nueva, antes desconocida, en materia de estado civil, en relación con la cual la Federación todavía no ha hecho uso efectivo de la competencia legislativa compartida que le atribuye el artículo 74.1, número 2, de la Ley Fundamental. El artículo 72.2 de la Ley Fundamental no recoge una obligación de legislar mediante ley federal, al contrario, impone un límite al efecto.

b. Según el Gobierno Federal Alemán, la mencionada ley también es constitucional desde el punto de vista material. Se halla en armonía con el artículo 2.1, y artículo 1.1, de la Ley Fundamental, y se dirige al reforzamiento de la responsabilidad mutua y del desarrollo fiable de la vida de parejas homosexuales. Similitudes con las normas matrimoniales resultan de la naturaleza misma de una relación intensa de pareja constituida de por vida.

Dicha ley no vulnera el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, que admite otras instituciones para el reforzamiento de la responsabilidad y no contiene un mandato de discriminación de personas que no puedan contraer matrimonio por razón de su tendencia sexual. El espíritu del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, de asegurar la cobertura de las necesidades humanas básicas de proximidad y fiabilidad, supone crear también para los miembros de parejas homosexuales las regulaciones apropiadas que les permitan dotar a sus relaciones de base jurídica. La ley LPartDisBG respeta el valor social y jurídico de la familia y del matrimonio. La inquebrantada apreciación de valor del matrimonio se pone de manifiesto ya en el deseo de las parejas homosexuales afectadas de disfrutar de una institución jurídica análoga al mismo. En la medida en que las normas matrimoniales, desde el punto de vista de su espíritu, sean trasladables a comunidades de vida homosexuales, el matrimonio constituye verdaderamente un modelo social. La imagen global del matrimonio y de la familia no resulta realmente perjudicada con ello.

Entiende el Gobierno Federal que no ha de decidirse si el artículo 6.1 de la Ley Fundamental contiene o no un mandato de diferenciación y distanciamiento. En cualquier caso, equivalencias o paralelismos concretos con el matrimonio no conllevan un incumplimiento de dicho mandato. La configuración de la unión civil (homosexual) en la ley se diferencia decisivamente

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



del matrimonio. Así, la existencia de una unión civil (homosexual) no impide el matrimonio, el cual conduce, desde una perspectiva correcta de apreciación, a la disolución *ipso iure* de la unión civil (homosexual). Defectos de constitución de la unión civil conducen a la nulidad de la misma. Requisito de la unión civil registrada de personas del mismo sexo son declaraciones sobre el régimen económico patrimonial deseado por las partes. La ley no contiene preceptos sobre el gobierno doméstico o gestión presupuestaria de las partes de tal unión y no las obliga a guardarse consideración mutua a la hora de la elección y del ejercicio de una actividad profesional. A las partes de dicha unión civil únicamente se les autoriza a determinar un apellido común. A las mismas no se les permite una adopción común o una adopción de hijastros. En materia de derecho de alimentos se remite en principio a cada una de las partes de tal unión a su propia actividad profesional. Estas y otras diferencias demuestran que la unión civil registrada de personas del mismo sexo no es una reproducción del matrimonio.

Según el gobierno federal, el hecho de que la unión civil registrada se halle reservada a personas del mismo sexo, no constituye una violación del artículo 3.3 de la Ley Fundamental, dado que no va ligado al sexo sino a la elección de la pareja. El artículo 3.1 de la Ley Fundamental no resulta lesionado porque las comunidades de vida heterosexuales tienen acceso al matrimonio. Las comunidades de vida de otra índole se distinguen profundamente de las uniones civiles registradas de personas del mismo sexo en cuanto a la forma de configuración de la vida.

La cuestionada ley respeta la justicia fiscal. Las prestaciones de alimentos recogidas en la ley son deducibles del impuesto sobre la renta como cargas especiales. Finalmente, también el derecho sucesorio reconocido a las partes de la unión civil (homosexual), se halla, en opinión del Gobierno Federal Alemán, en armonía con el artículo 14.1 de la Ley Fundamental. La cuota hereditaria obligatoria viene justificada hoy por el compromiso social de garantizar, tras la muerte de una de las partes, sustento a la otra parte afectada. El legislador está facultado para asegurar a los parientes próximos una participación adecuada en la sucesión.

2. a. Según el parecer del *Bundestag* alemán, los recursos de inconstitucionalidad carecen de fundamento.

i. Sus argumentos sobre la constitucionalidad formal coinciden fundamentalmente con los del Gobierno Federal Alemán. La fragmentación de la ley no se realiza arbitrariamente. La ley no carece de ejecutoriedad. No contiene disposiciones de aprobación obligatoria por el *Bundesrat* conforme al artículo 84 de la Ley Fundamental.

También coinciden sus argumentos con los del Gobierno Federal Alemán en cuanto a la constitucionalidad de la ley en cuestión desde el punto de vista material, en lo relativo al artículo 3, párrafos 1 y 3, de la Ley Fundamental, así como artículo 14.1.

ii. Con respecto a la inconstitucionalidad de la ley en relación con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, el *Bundestag* expone que no existe ningún

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



ejemplo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal que permita deducir una lesión de un mandato de diferenciación y distanciamiento derivado de un precepto de protección especial según el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Para el enjuiciamiento constitucional de la ley LPartDisBG, no desempeña ningún papel la función de defensa del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, dado que la ley no afecta a la regulación del matrimonio, ni perjudica la libertad de contraer matrimonio, ni influye en la convivencia conyugal, ni establece nuevos impedimentos para el matrimonio. Del mismo modo, tampoco afecta a la garantía de existencia de la institución. La doctrina de las garantías de la existencia de instituciones constituye una teoría en materia de derechos fundamentales, Ley Fundamental que ya no tiene una función, o únicamente una función limitada bajo el imperio de la Ley Fundamental, que, en gran medida, impone un carácter jurídico al dominio político. Al hablar de la dimensión de la garantía de existencia de instituciones de una norma constitucional se trata siempre del ámbito normativo abarcado por ella, no de otras situaciones de hecho fuera del contenido programático de la norma. De acuerdo con ello, se comporta de forma neutra frente al establecimiento de otras instituciones, en la medida en que no influyan en la regulación de la institución protegida constitucionalmente. Esto rige también para el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, que contiene exclusivamente la obligación del legislador de garantizar al matrimonio un soporte normativo básico, para facilitar el uso de este derecho fundamental. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental supone una garantía para el matrimonio, pero no le confiere exclusividad. Dado que la ley LPartDisBG no influye en el Derecho matrimonial vigente, la institución del matrimonio no resulta afectada por ella.

Tampoco en su función de norma fundamental de valores esenciales se ve afectado el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, por la ley LPartDisBG. Sus regulaciones legales no suponen trato discriminatorio del matrimonio. El mandato de fomento del mismo no resulta lesionado. De la protección especial recogida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental no se puede deducir que haya que tratar al matrimonio, en principio y con carácter permanente, de otra manera que a comunidades de vida distintas. Ese mandato solamente prohíbe trasladar tal cual el marco jurídico específico del matrimonio a otras comunidades de vida, pero no en cambio crear disposiciones análogas relacionadas con las circunstancias de hecho efectivas, tales como la convivencia o la afinidad emocional, dirigidas a la protección de terceros en la vida económica, u orientadas a extender a las parejas homosexuales cargas hasta ahora limitadas al matrimonio, como ha ocurrido en el caso de la ley LPartDisBG, de forma constitucional y no susceptible de objeciones.

b. En la vista oral, se pronunciaron los Diputados del *Bundestag* von Renesse (Partido Socialdemócrata SPD), Geis (partidos conservadores CDU/CSU), Beck (coalición BÜNDNIS 90/LOS VERDES) y Braun (Partido Liberal FDP). En este contexto, el Diputado Geis defendió una postura divergente de la del *Bundestag*.

3. La ciudad-estado de Hamburgo, al mantener la opinión de que los recursos de inconstitucionalidad son infundados, se remite a la argu-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

mentación del Gobierno Federal Alemán. Un cierto apoyo de la ley LPartD-isBG en las figuras jurídicas del matrimonio no significa una equiparación de la unión civil homosexual con el matrimonio, sino que se trata sólo de un medio técnico jurídico para conseguir el fin deseado. Con la presuposición de un mandato de distanciamiento, los recurrentes van más allá de la protección plasmada en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, convirtiéndola en un derecho de defensa contra modelos de vida divergentes y dejan fuera de toda consideración los derechos fundamentales de los homosexuales. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental no contiene, sin embargo, ningún mandato de que se coloque a otras comunidades de vida en una posición más desfavorable que la del matrimonio. Incluso si la norma de derecho fundamental otorgase al matrimonio como tipo de convivencia en pareja, una exclusividad lo más amplia posible, para dificultar que se desemboque en otras formas de vida, de ello no resulta efecto alguno sobre la regulación de las parejas de personas del mismo sexo. Personas de orientación homosexual no pueden contraer matrimonio con el compañero deseado.

4. También el Gobierno de Schleswig Holstein se adhiere a la postura del Gobierno Federal Alemán. En especial, considera que no se aprecia una violación del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. La característica esencial de las garantías de instituciones es que se apoyan por una parte en estructuras ya existentes, pero estando por otra parte también abiertas a la evolución, porque la realidad constituye materia de su programa normativo. En qué modo se configure la regulación de las relaciones en materia de régimen económico de las partes de la unión civil homosexual, apenas afecta al núcleo normativo de la garantía de la institución del matrimonio, sino más bien su concreción en cada momento histórico. Depende de la libertad de configuración del legislador para cambiar los modelos de regulación o dejar de reservarlos exclusivamente para el matrimonio. Del artículo 6.1 de la Ley Fundamental no se puede deducir una prohibición de reproducción, que al final conduciría a que, pese a estados de intereses iguales o análogos, situaciones de hecho de la vida necesitadas de normativa, se regulasen sólo por esta razón de otra manera, incurriéndose posiblemente en una regulación inadecuada para la realidad objetiva, porque el concepto de regulación que se ajustaría a la misma ya se habría plasmado en el Derecho matrimonial y de familia, lo que puede implicar el peligro de resultados disconformes con dicha realidad objetiva.

5. La Federación de Lesbianas y Homosexuales es de la opinión que la ley se ha producido respetando la normativa constitucional desde el punto de vista formal y material. Las parejas homosexuales tienen un derecho constitucional a que se les garantice seguridad jurídica conforme al artículo 2.1, y artículo 3.1, de la Ley Fundamental. El hecho de que hasta ahora no haya habido ninguna protección institucional para ellas, eso sí constituye inconstitucionalidad. No se había hecho posible hasta ahora, gracias a la nueva institución jurídica, el logro de la seguridad jurídica para las comunidades de vida homosexuales. Ello no interfiere en el contenido del artículo 6.1 de la Ley Fundamental.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

No obstante, discrepa de la opinión de que la unión civil de personas del mismo sexo queda sin efecto por el hecho de que cualquiera de las partes contraiga matrimonio. No es equitativo conceder prioridad a la libertad para contraer matrimonio de una de las partes por encima de la confianza de la otra en un lazo estable. Al contrario, en la constitución de una unión civil de personas del mismo sexo se ha de apreciar una renuncia al derecho fundamental para contraer matrimonio. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental, como norma fundamental de valores esenciales, no ordena, según reza, que se dé un trato desigual a comunidades de vida homosexuales. El que se contemple el matrimonio como unidad social elemental de un Estado, esto no puede suponer su preferencia forzosa. Los matrimonios sin hijos también disfrutan de la protección del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. En la medida en que esta norma de derecho fundamental proteja al matrimonio como comunidad de solidaridad y responsabilidad, siendo un alivio de cargas para la sociedad e irradiando un efecto estabilizador sobre las partes, este aspecto también se presenta en las comunidades de vida homosexuales. Las actividades estatales para el fomento de las familias no resultan limitadas por la institución de la unión civil de personas del mismo sexo. No se puede deducir que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental encomiende combatir otros fenómenos sociales. No son de esperar cambios significativos a raíz de la ley LPartDisBG, que no altera los preceptos jurídicos matrimoniales. Por lo demás, la configuración jurídica de la unión civil de personas del mismo sexo se diferencia del derecho matrimonial en múltiples facetas. Tampoco se aprecia otro tipo de vulneración de derechos fundamentales.

6. El Grupo Ecuménico de Trabajo Homosexuales e Iglesia se refiere a los argumentos expuestos por la Federación de Lesbianas y Homosexuales. En la valoración de la tendencia homosexual no se puede ignorar un cambio en las Iglesias. En algunas Iglesias protestantes de los Estados Federados ya se permite bendecir la unión de parejas homosexuales mediante acto eclesiástico. Las posturas oficiales de la Iglesia católica romana no son uniformes. Por un lado, se declara que las personas homosexuales merecen respeto, pero por otro lado se rechaza un reconocimiento de las parejas homosexuales tanto a nivel estatal como eclesiástico. No obstante, los resultados de la investigación imparcial de la ciencia humanística han conducido a una nueva visión de la homosexualidad en la Iglesia católica. Si bien hasta la fecha sólo las organizaciones laicas de la Iglesia católica han sacado las consecuencias pertinentes, conforme a las cuales, en ellas ya no se considera el reconocimiento de las comunidades homosexuales como una vulneración del orden cristiano occidental de valores, sino que precisamente deducen del mismo la necesidad de reconocimiento de tales comunidades de vida.

## **B.**

Los recursos carecen de fundamento. La Ley para acabar con la discriminación de las parejas homosexuales: unión civil de personas del mismo sexo (LPartDisBG) es compatible con la Ley Fundamental.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

## I.

La ley LPartDisBG se ha producido constitucionalmente. No requiere de la aprobación del *Bundesrat*.

1. La ley no contiene ningún precepto de necesaria aprobación por el *Bundesrat* conforme al artículo 84.1 de la Ley Fundamental.

a. El requisito de aprobación obligatoria por el *Bundesrat* del artículo 84.1 de la Ley Fundamental ha de garantizar la decisión fundamental de la Constitución sobre la competencia administrativa de los Estados Federados a favor de la estructura federal, y evitar que se produzcan desplazamientos en el esquema federal mediante la legislación ordinaria sin respetar las reservas del *Bundesrat* (véase recopilación oficial de jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, BVerfGE 37, 363 <379 y ss.>; 55, 274 <319>; 75, 108 <150>). Partiendo de este fin perseguido por el artículo 84.1 de la Ley Fundamental, una ley no está sujeta a aprobación obligatoria del *Bundesrat* ya por el hecho de que afecte a los Estados Federados en su competencia de ejecución, desencadenando o poniendo fin a su actuación administrativa en un área determinada. Al contrario, el requisito de aprobación por el *Bundesrat* implica la existencia previa de una regulación federal sobre la creación y el procedimiento de órganos administrativos regionales de los Estados Federados (véase BVerfGE 75, 108 <150>). Una regulación de creación de órganos administrativos no concurre sólo cuando una ley federal crea nuevos órganos administrativos regionales, sino también cuando fija el círculo de competencias más concreto de un órgano administrativo regional. El procedimiento de los órganos administrativos regionales, por el contrario, se regula cuando la ley determina de forma vinculante el modo y la forma de ejecución de una ley federal. Ese es el caso también cuando las disposiciones jurídicas materiales de la ley no exigen únicamente una actuación de los órganos administrativos, sino al mismo tiempo una actuación administrativa procedimental determinada (véase BVerfGE 55, 274 <321>; 75, 108 <152>).

b. Visto así, las normas de la ley LPartDisBG aludidas por los recurrentes no contienen regulaciones del procedimiento administrativo en el sentido del artículo 84.1 de la Ley Fundamental.

i. El epígrafe 1, § 1.1, de la ley LPartDisBG determina sólo los requisitos jurídico materiales para que nazca una unión civil registrada de personas del mismo sexo. El precepto no establece, mediante legislación federal, una actuación administrativa concreta para la inscripción de tales uniones civiles. Si bien exige para la constitución de una unión civil de esa índole que se hagan ciertas declaraciones necesarias ante una autoridad administrativa, deja abierta la cuestión de determinar la autoridad concreta competente para la recepción de dichas declaraciones. Tampoco se regula el procedimiento para realizar las declaraciones de ambas partes, ni se prevé un procedimiento especial de solicitud, ni se determina el modo de intervención de la autoridad competente en la constitución de una unión civil de personas del mismo sexo. Los requisitos de forma sobre la prestación de las declaraciones de voluntad de particulares, como se recogen por ejemplo

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

en el epígrafe 1, § 1.1, frase 1 de la ley LPartDisBG, no suponen regulaciones del procedimiento administrativo en el sentido del artículo 84.1 de la Ley Fundamental. Los Estados Federados han hecho uso de su margen de regulación creando, en las disposiciones de desarrollo que han decretado, distintas competencias de los órganos administrativos regionales, que han de adecuar su actuación administrativa para la inscripción de las uniones civiles mencionadas a las respectivas disposiciones jurídicas regionales de los diferentes Estados Federados.

ii. Con el epígrafe 3, § 25, de la ley LPartDisBG no se crea ninguna competencia de un órgano administrativo regional. No obstante, el nuevo artículo 17a de la ley EGBGB, Ley de introducción al Código Civil Alemán (ahora artículo 17b), resultante a su vez de ese precepto de la ley LPartDisBG, y que determina el Derecho relevante para las uniones civiles registradas entre personas del mismo sexo, conlleva la aplicación pertinente, a través de su párrafo, 2, frase 1, de la norma del artículo 10.2 de la ley EGBGB. Según su frase 1, los cónyuges pueden elegir ante el funcionario del Registro Civil, con ocasión de la celebración del matrimonio o con posterioridad a la misma, el apellido que van a llevar en el futuro. Esta remisión, sin embargo, tampoco determina forzosamente una competencia del funcionario del Registro Civil para la recepción de las declaraciones referentes a la elección de los apellidos por las partes de la unión civil homosexual. Teniendo en cuenta que la propia ley LPartDisBG ha dejado abierta la cuestión de qué órgano administrativo es competente para la constitución de uniones civiles registradas (de personas del mismo sexo), el hecho de ordenar la mera aplicación análoga del artículo 10.2 de la ley EGBGB se ha de entender como una remisión al contenido jurídico material del artículo 10.2, frase 1 de la ley EGBGB, pero sin que se lleve a cabo por esta vía una regulación de la competencia.

iii. De la misma manera, el artículo 3, § 6, de la ley LPartDisBG tampoco atribuye a los Registros Civiles una nueva competencia, sino que aplica una competencia suya ya existente a un grupo adicional de personas, al extender ahora lo previsto para el apellido del matrimonio (en caso de la declaración correspondiente de los cónyuges), también al apellido de las partes de la unión civil homosexual, en la medida que estas presten su consentimiento al cambio de apellido mediante declaración ante el funcionario del Registro Civil, con arreglo al complemento del artículo 2, frase 1, de la Ley alemana de cambio de apellido de minorías (*Minderheiten Namensänderungsgesetz*), sobre la modificación del apellido de nacimiento de una persona, bajo el cumplimiento de los requisitos del § 1 de esta ley, es decir, mediante declaración ante los funcionarios del Registro Civil. Ello no conlleva una modificación del contenido de la labor del funcionario del Registro Civil (véase BVerfGE 75, 108 <151>).

iv. El hecho de que las autoridades competentes en materia de extranjería, conforme al epígrafe 3, § 11, de la ley LPartDisBG, que afecta al artículo 27 a, artículo 29.4, y artículo 31.1 de la Ley alemana de extranjería (*Ausländergesetz, AuslG*), puedan otorgar ahora también un permiso de residencia del tipo denominado autorización de residencia (*Aufenthaltserlaubnis*), permi-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

so de estancia (*Aufenthaltsbewilligung*) o licencia de permanencia (*Aufenthaltsbefugnis*) a partes extranjeras de una unión civil homosexual para la fundación y el mantenimiento de la comunidad de vida correspondiente, amplía únicamente los presupuestos de hecho bajo los cuales se puede fundamentar la condición de residente. La labor de las autoridades competentes en materia de extranjería experimenta con ello una multiplicación cuantitativa, pero sin alteración del contenido. La necesidad de aprobación obligatoria por el *Bundesrat* no se puede apoyar en absoluto en el hecho de que las autoridades competentes en materia de extranjería tengan que partir ahora, en cuanto a los criterios a sopesar en sus decisiones en el caso de uniones civiles (homosexuales), del artículo 2.1, en conexión con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, y no ya, como en el caso del matrimonio, del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. En el ejercicio de la facultad de evaluación concedida a las autoridades, estas han de respetar los derechos fundamentales de los afectados, con indiferencia de a qué derecho fundamental se puedan acoger estos.

v. Finalmente, el epígrafe 3, § 16, número 10 de la ley LPartDisBG tampoco implica la necesidad de aprobación obligatoria de la ley por el *Bundesrat* conforme al artículo 84.1 de la Ley Fundamental. La nueva regulación del artículo 661.3, número 1, letra b, de la Ley alemana de procedimiento civil (*Zivilprozessordnung, ZPO*) establece la competencia internacional de los tribunales alemanes, según el artículo 606 a de la misma ley, también para el caso de que la unión civil de personas del mismo sexo se constituya ante un funcionario alemán del Registro Civil. Este precepto no atribuye ninguna competencia al funcionario del Registro Civil, sino que vincula, según su contenido literal, la competencia de los tribunales alemanes en asuntos de unión civil (homosexual), al presupuesto de hecho de que un funcionario del Registro Civil haya participado en el marco de la constitución de la unión civil de personas del mismo sexo. Con ello se regula el procedimiento judicial, al cual no resulta aplicable el artículo 84.1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 14, 197 <219>). Un posible trato desigual, desde un punto de vista objetivo, de las partes de tales uniones civiles cuya unión, por razón de las diferentes disposiciones en materia de competencia de los Estados Federados no se hayan constituido ante un funcionario del Registro Civil, sino ante otra autoridad competente, se consigue evitar mediante una interpretación orientada a la constitucionalidad del artículo 661.3, número 1, letra b, de la Ley alemana de procedimiento civil.

2. Del hecho de que en el epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 estuviesen mencionadas competencias del funcionario del Registro Civil antes de su sanción y proclamación no implica la necesidad de aprobación de la ley LPartDisBG por el *Bundesrat*. Esta versión de la ley fue objeto de enmienda de forma constitucional y no susceptible de objeciones.

a. Aunque la Ley Fundamental no contenga ningún requisito sobre la enmienda de acuerdos legislativos, las exigencias para una legislación viable y la práctica tradicional del Estado justifican poder enmendar los errores tipográficos y otras incorrecciones evidentes contenidas en el acuerdo legislativo, sin nueva intervención de los cuerpos legislativos, como así

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

se regula en detalle en el artículo 61 del Reglamento común de los Ministerios Federales Alemanes (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, GGO*), así como en el artículo 122.3 del Reglamento del *Bundestag* (véase BVerfGE 48, 1 <18>).

No obstante, la enmienda de acuerdos legislativos, fuera del procedimiento legislativo regulado en el artículo 76 y siguientes de la Ley Fundamental, sólo está admitida dentro de unos límites muy estrictos, debido al derecho de los cuerpos legislativos a que se respete y mantenga su competencia a la hora de determinar el contenido de las leyes. El criterio para fijar tales límites en detalle y para la admisibilidad excepcional de la enmienda de un acuerdo legislativo es la concurrencia de error evidente. En este contexto, un error evidente puede resultar no sólo del texto normativo, sino también particularmente al considerar el contexto semántico y los materiales de la ley. Lo decisivo es que la enmienda no influya en el contenido jurídico material relevante de la ley y con ello en su identidad (véase BVerfGE 48, 1 <18 y s.>).

b. Basándose en estos criterios, la enmienda efectuada del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG no ha sobrepasado los límites de lo admisible constitucionalmente.

i. El error evidente de la versión acordada por los cuerpos legislativos del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG resulta de la clara contradicción entre el texto legislativo, por un lado, que en virtud de la recomendación de acuerdo de la Comisión de Asuntos jurídicos de 8 de noviembre de 2000 (BTDrucks 14/4545) sirvió de base al *Bundestag* en su versión de acuerdo en la segunda y tercera lectura de la ley, así como para el procedimiento en el *Bundesrat*, y por otro lado, la fundamentación de esta norma mediante la Comisión de Asuntos jurídicos en su informe de 9 de noviembre de 2000 (BTDrucks 14/4550), que igualmente sirvió de base para el debate de la versión a adoptar por los órganos legislativos.

A principios de noviembre de 2000, los grupos parlamentarios del SPD y del BÜNDNIS 90/LOS VERDES presentaron una propuesta de modificación de la proposición de ley a la Comisión de Asuntos Jurídicos, al frente del procedimiento, y a las demás comisiones deliberantes de Asuntos de Familia, Tercera Edad, Mujeres y Jóvenes (boletín de la comisión *AusschussDrucks* 14/508), así como de Asuntos de Trabajo y Orden Social (*AusschussDrucks* 14/944), que preveía (tanto para otras disposiciones, en especial, epígrafe 1, § 1, de la proposición, como para todos los párrafos del epígrafe 1, § 3), suprimir el nombramiento de un funcionario del Registro Civil como órgano competente para recibir las declaraciones y hacer depender la eficacia de las declaraciones relativas al apellido en la unión civil de personas del mismo sexo de que se hicieran frente al órgano competente. Esta propuesta fue la base de la versión de acuerdo de las comisiones, siendo aprobada por las mismas con mayoría. No obstante, la recomendación de acuerdo de la Comisión de Asuntos Jurídicos trasladada al *Bundestag* contenía en relación con el epígrafe 1, § 3, de la proposición de ley, únicamente las modificaciones correspondientes a los párrafos 1 y 2, recomendándose la aceptación de los párrafos 3 y 4 en la versión no modificada hasta entonces,

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



que todavía contenía el nombramiento del funcionario del Registro Civil. En el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos que se trasladó igualmente al *Bundestag*, al que hacía remisión la recomendación de acuerdo, se exponía globalmente, por el contrario, respecto al epígrafe 1, § 3, que las modificaciones recomendadas ahí eran regulaciones consecuencia de la modificación del epígrafe 1, § 1.1, de la ley LPartDisBG. Se hizo remisión expresa a su fundamentación. Esta contenía la afirmación de que en la proposición de ley se prescindía del nombramiento de un órgano competente para la inscripción de la unión civil de personas del mismo sexo.

Esta fundamentación del epígrafe 1, § 3, de la ley LPartDisBG contradice la versión del texto en sus párrafos 3 y 4, y muestra —considerando la historia de su aparición— un error evidente del texto de dichos párrafos. La contradicción entre el texto y la fundamentación también se ha plasmado en las versiones de acuerdo del *Bundestag* y el *Bundesrat*. Si bien ambos, basaron sus acuerdos en la versión no modificada del texto del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG, concretamente en virtud de la recomendación de acuerdo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del *Bundestag*, la versión del acuerdo se adopta bajo la premisa que había conducido a la modificación del epígrafe 1, § 1, de la proposición de ley, de que en la misma había de prescindirse completamente de nombrar a la autoridad competente.

ii. La versión del texto del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG modificada conforme al artículo 61.2, del Reglamento GGO y así proclamada responde a la voluntad expresa del legislador recogida en la propia ley.

Cuando el epígrafe 1, § 1, de la ley LPartDisBG, que crea la institución de la unión civil registrada de personas del mismo sexo y regula los requisitos esenciales para el nacimiento de esta comunidad personal, prescinde, en el texto y en la fundamentación, de la determinación del órgano competente para la inscripción de las uniones civiles registradas de personas del mismo sexo, y cuando esta renuncia a determinar lo encuentra así aplicación general no sólo en los otros preceptos legislativos siguientes, sino también en los dos primeros párrafos del epígrafe 1, § 3, de la ley LPartDisBG, que únicamente hablan de la autoridad competente, viene a expresarse con ello, que el legislador quiere dejar a los Estados Federados la determinación de qué órgano es competente para asuntos de unión civil de personas del mismo sexo. Con ello concuerda el hecho de que, cuando en la versión enmendada y proclamada del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG, asumiendo entonces el texto base de la versión de acuerdo de la Comisión de Asuntos Jurídicos, se prescindía completamente de expresar frente a quién se han de hacer las declaraciones jurídicas relativas al apellido de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo.

iii. Por lo demás, esto se confirma mediante las opiniones dadas en relación al procedimiento de enmienda. Estas coinciden en que la ley no debería haber contenido ninguna decisión sobre la competencia de un órgano concreto para los asuntos de unión civil entre personas del mismo sexo. La sugerencia relativa a la enmienda del epígrafe 1, § 3, párrafos 3 y 4 de la ley LPartDisBG provino de la Secretaría de la Comisión de Asuntos Jurídicos,

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)



apuntando al correspondiente error de traslación en la confección de la recomendación de acuerdo. A raíz de ello, el Ministerio Federal Alemán de Justicia informó tanto al Presidente del *Bundestag* como al Presidente del *Bundesrat* sobre el error de traslación de los acuerdos adoptados en la Comisión de Asuntos jurídicos, al traspasarlos a la recomendación de acuerdo, calificándolo como un error evidente y abriendo, conforme al artículo 61.2, del Reglamento GGO Ley Fundamental, el procedimiento de enmienda. En el curso de ese procedimiento intervinieron también los portavoces de los grupos parlamentarios en la Comisión de Asuntos jurídicos. En la vista oral, el diputado Beck (BÜNDNIS 90/LOS VERDES) expuso, sin que se opusieran los diputados presentes von Renesse (SPD), Geis (CDU/CSU) y Braun (FDP), que los portavoces de todos los grupos parlamentarios habían prestado su aprobación. Mediante escrito de 7 y 12 de diciembre de 2000, los Presidentes del *Bundestag* y del *Bundesrat* prestaron su consentimiento a la enmienda.

3. La fragmentación en el curso del procedimiento legislativo, y a propuesta de la Comisión de Asuntos Jurídicos del *Bundestag*, de la proposición inicial de la “Ley para acabar con la discriminación de las parejas homosexuales: unión civil de personas del mismo sexo” (BTDrucks 14/3751) que había sido presentada por los grupos parlamentarios del Gobierno, dividiéndola en la ley del mismo nombre y objeto de examen aquí, con sus regulaciones materiales sobre la unión civil entre personas del mismo sexo, y una proposición en especial con regulaciones procedimentales (BTDrucks 14/4545 y 14/4550 con anexos), no viola la Constitución. En especial, la fragmentación efectuada no implica la necesidad de aprobación por el *Bundesrat* de la ley LPartDisBG.

a. Constitucionalmente no hay ningún impedimento para que el *Bundestag* divida una proposición de ley en varias leyes, en ejercicio de su libertad legislativa. Esto puede hacerlo, como ocurre aquí, durante el procedimiento legislativo ya en curso, resumiendo en una ley las disposiciones jurídicas materiales perseguidas por él, contra las que el *Bundesrat* sólo tiene un derecho de expresar su oposición, y estableciendo otra ley, concretamente de aprobación obligatoria por el *Bundesrat*, para los preceptos que regulen el procedimiento administrativo de los Estados Federados, como ocurre a menudo en la práctica (véase BVerfGE 34, 9 <28>; 37, 363 <382>).

La posibilidad del *Bundestag* de limitar, con la fragmentación de una materia legislativa en dos o más leyes, el derecho de aprobación obligatoria del *Bundesrat* a una parte de la regulación perseguida, se deriva de su derecho a legislar. Con tal fragmentación ni se limita ilícitamente el derecho de los Estados Federados a participar en la elaboración de las leyes de la Federación ni se produce un desplazamiento del peso que tienen constitucionalmente el *Bundestag* y el *Bundesrat* a la hora de legislar (véase BVerfGE 37, 363 <379 y s.>; 55, 274 <319>; 75, 108 <150>).

i. En el área de la legislación compartida, a la que pertenecen también, conforme al artículo 74.1, número 2, de la Ley Fundamental, la materia de estado civil y, con ella, la introducción de la unión civil registrada de personas del mismo sexo, como nuevo estado civil, los Estados Federados

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

tienen según el artículo 72.1 de la Ley Fundamental, la facultad de legislar, siempre y en la medida en que la Federación no haya hecho uso efectivo de su competencia legislativa. Esto garantiza a los Estados Federados su competencia originaria para legislar, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, en tanto que el legislador federal no haya adoptado todavía ninguna regulación legal. Sin embargo, en el caso de que dicho legislador federal haga uso efectivo de su competencia legislativa bajo las condiciones del artículo 72.2 de la Ley Fundamental, el *Bundesrat* únicamente participa en la elaboración de la legislación federal conforme al artículo 50 de la Ley Fundamental. En este contexto, la exigencia de aprobación de una ley por el *Bundesrat* con arreglo a la Ley Fundamental constituye una excepción (véase BVerfGE 37, 363 <381>). Entre otras cosas, conforme al artículo 84.1 de la Ley Fundamental, cuando la ley contenga, exclusivamente o junto con otras disposiciones, regulaciones sobre la creación de órganos o el procedimiento administrativo, incidiendo así en la competencia de los Estados Federados conforme al artículo 83 de la Ley Fundamental, de ejecutar leyes federales como asuntos propios y, para ello, adoptar las correspondientes regulaciones legales regionales. La aprobación del *Bundesrat* a una ley de esta índole pretende lograr que no se prive a los Estados Federados mediante una simple ley federal, en contra la voluntad mayoritaria del *Bundesrat*, de su competencia legislativa en cuanto al procedimiento administrativo. Este efecto prohibitivo garantiza su influencia en el contenido de la ley federal en su conjunto, pues – de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal el requisito de aprobación por el *Bundesrat* se extiende a la totalidad de la ley como unidad legislativa, y por tanto también a las normas de no necesaria aprobación (véase BVerfGE 8, 274 <294>; 37, 363 <381>; 55, 274 <319>). El hecho de si hay que atenerse a esa jurisprudencia a la vista de la crítica en la doctrina (véase, por ej., Lücke en: Sachs, Comentario de la Ley Fundamental *Grundgesetz*, Kommentar, 2ª edición, 1999, art. 77, nota marginal nº 15; Maurer, Derecho político Staatsrecht I, 2ª. Edición, 2001, § 17, nota marginal nº 74 y ss.), no precisa decisión en el presente caso, dado que el legislador no ha escogido esta vía.

**En caso de que el legislador federal prescinda, en cambio, de incluir regulaciones jurídicas de procedimiento administrativo en una ley, ello se corresponde con el modelo de reparto constitucional de competencias entre la Federación y los Estados Federados de los artículos 83 y 84 de la Ley Fundamental. Contra una ley de esta índole, el *Bundesrat* tiene únicamente un derecho de expresar su oposición conforme al artículo 77.3 de la Ley Fundamental, pudiendo el *Bundestag* desestimar dicha oposición según el artículo 77.4 de la Ley Fundamental.**

ii. Lo mismo se aplica para el caso de que el legislador federal, aunque establezca una norma material, también pretenda adoptar regulaciones sobre su puesta en práctica en el procedimiento administrativo de los Estados Federados, pero sin unir ambos complejos normativos en una misma norma, sino repartiéndolos en leyes autónomas respectivas. Cuando el derecho de aprobación del *Bundesrat* afecte de esta forma sólo a la ley que recoja la parte jurídica procedimental, ello no implica un desplazamiento en contra de los Estados Federados de las competencias que se les reconoce cons-

tucionalmente, pues al *Bundesrat* solamente le corresponde un derecho de aprobación de las regulaciones legales federales de carácter material – salvo los casos especiales previstos en la Ley Fundamental – en aquellos supuestos en que el legislador federal incida en el área de competencias de los Estados Federados conforme al artículo 83 y ss. de la Ley Fundamental. Tal incidencia se produce sin embargo sólo con la ley autónoma de procedimiento, separada del contenido normativo material.

Este reparto evita que, mediante el tratamiento conjunto de regulaciones materiales y procedimentales en una misma ley, se confiera al *Bundesrat* un derecho de aprobación también respecto de las disposiciones de carácter material. Al mismo tiempo, garantiza que el *Bundestag* pueda regular las materias atribuidas al mismo y exentas de aprobación obligatoria por el *Bundesrat*, sin depender en la práctica de dicha aprobación. En caso de que el *Bundestag* elija tal forma de proceder, basa la elaboración de su legislación precisamente en el reparto de competencias constitucional entre la Federación y los Estados Federados. Los Estados Federados no sufren, como muestra el presente caso, pérdida de competencia alguna. Entretanto ellos mismos han establecido las normas de procedimiento correspondientes, en ejercicio de su propia competencia de desarrollo de la ley LPartDisBG.

b. Tampoco es preciso decidir aquí si la facultad de disposición del *Bundestag* con referencia a la fragmentación de una materia jurídica en varias leyes pudiera presentar en casos concretos límites constitucionales y cuándo se habrían traspasado, en su caso, estos (véase BVerfGE 24, 184 <199 y s.>; 77, 84 <103>). La decisión del legislador federal de reunir en una ley las normas relativas a la unión civil de personas del mismo sexo exentas de aprobación obligatoria por el *Bundesrat*, incorporando las disposiciones de necesaria aprobación a otra ley, carece de arbitrariedad.

i. Un motivo imputado al *Bundestag*, de haber fragmentado la materia legislativa en dos leyes sólo con el fin de descartar así la posibilidad de que el *Bundesrat*, mediante la negativa de aprobación, impidiese también la regulación material pretendida, no puede tacharse de proceder arbitrario. Bajo la premisa de la que se ha partido hasta ahora, de que una ley en su totalidad es de necesaria aprobación por el *Bundesrat*, cuando contenga tan sólo un precepto que así lo requiera (véase BVerfGE 8, 274 <294>; 55, 274 <319>), tal fragmentación constituye una vía legítima para enfrentarse a una extensión amplia de la necesidad de aprobación de las leyes por el *Bundesrat* y posibilitar al Parlamento la realización de su proyecto legislativo. Deducir de tal motivación del legislador una forma de proceder abusiva, conllevaría al final obligar al *Bundestag* a adoptar todas las regulaciones procedimentales él mismo y conjuntamente con las materiales. Si bien esto posibilitaría por un lado al *Bundesrat* ejercer una mayor influencia sobre el Derecho material, priva por otro lado de forma larvada a los Estados Federados de competencias legislativas en aquéllos supuestos en que se les asignan competencias originarias por imperativo constitucional. Tal proceder, y no la fragmentación de la materia legislativa en dos leyes, podría implicar un desplazamiento paulatino de competencias fijadas constitucionalmente, lo que precisamente intenta evitar el artículo 84.1 de la Ley Fundamental.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

ii. Las regulaciones materiales contenidas en la ley LPartDisBG tampoco suponen, en contra de lo que afirman los recurrentes, “un cuerpo legislativo incompleto”. Dichas regulaciones son comprensibles por sí mismas y están determinadas suficientemente. Configuran la situación jurídica de manera que los afectados puedan orientar en ella su comportamiento. Para el legislador no se daba, en particular, ninguna necesidad de regular en una misma ley el derecho de alimentos de las partes de la unión civil (homosexual) y la consideración fiscal de las prestaciones de alimentos derivadas del mismo. También el derecho de alimentos del cónyuge se ha venido regulando siempre por el legislador separadamente de su tratamiento fiscal en las leyes tributarias.

La ley no carece, por último, de ejecutoriedad. Así lo demuestran claramente las diversas normativas de desarrollo de los Estados Federados.

## II.

La ley LPartDisBG es también constitucional desde el punto de vista material.

1. Así, la ley en cuestión es compatible con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. La introducción de la nueva institución de la unión civil registrada para parejas homosexuales y su configuración jurídica no vulneran ni la libertad de contraer matrimonio, reconocida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, ni atentan contra la garantía de la institución ahí regulada. La unión civil registrada de personas del mismo sexo es también compatible con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, en su calidad de norma fundamental de valores esenciales.

a. Como derecho fundamental, el artículo 6.1 de la Ley Fundamental protege la libertad de contraer matrimonio con la persona que uno mismo elija (véase BVerfGE 31, 58 <67>; 76, 1 <42>). Este derecho de acceso sin barreras al matrimonio no se ve afectado por la ley LPartDisBG.

i. Cualquier persona con capacidad para contraer matrimonio, tras la introducción de la unión civil registrada de personas del mismo sexo por la ley LPartDisBG, sigue teniendo el camino abierto para un matrimonio. No obstante, el matrimonio puede contraerse sólo con una persona del sexo contrario, dado que una característica esencial del matrimonio reside en la diversidad de sexos (véase BVerfGE 10, 59 <66>), y a ella se circunscribe el derecho a la libertad para contraer matrimonio. Tras la ley LPartDisBG, las parejas homosexuales siguen sin tener acceso al matrimonio. Únicamente se les permite como institución jurídica para una relación estable la unión civil de personas del mismo sexo.

Del mismo modo, la ley no afecta, ni directa ni indirectamente, a la libertad de las parejas heterosexuales para contraer matrimonio. Dado que a estas les está vedada la institución alemana de la unión civil registrada, no pueden ser persuadidas de abstenerse de contraer matrimonio por causa de la misma.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

ii. El acceso al matrimonio no resulta limitado por la ley LPartDisBG. Una unión civil celebrada entre personas del mismo sexo no impide, según la ley, contraer matrimonio. La ley LPartDisBG no establece expresamente a estos efectos ningún impedimento para el matrimonio. El funcionario del Registro civil ha de examinar no obstante, en una situación de este tipo, si concurre como requisito para el matrimonio la voluntad seria de la persona para contraerlo, y negar su intervención en la celebración del matrimonio cuando falte tal voluntad (§ 1310. 1, frase 2, en conexión con § 1314.2, número 5 del Código civil alemán).

Sin embargo, el legislador no se pronuncia sobre si la celebración de un matrimonio, en caso de existir una unión civil registrada (homosexual), tiene efectos jurídicos sobre la continuación de la existencia de dicha unión civil y, en tal caso, qué clase de efectos. La respuesta a estas cuestiones se deja con ello al final en manos de la jurisprudencia.

Esta laguna legal puede ser resuelta en consonancia con la Constitución únicamente respetando la protección del matrimonio recogida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. En este contexto se ha de tener en cuenta que el matrimonio, como forma de relación estrecha de pareja entre hombre y mujer, se caracteriza por una exclusividad personal. Esta característica esencial podría perderse en el matrimonio si le fuese permitido a uno o ambos cónyuges mantener la unión civil (homosexual), relación también de carácter estable. La protección del matrimonio por el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, implica un mandato de no permitir junto al matrimonio otra relación de pareja jurídicamente vinculante, de lo cual ha partido el legislador mismo en el epígrafe 1, § 1.2, de la ley LPartDisBG.

Por esta razón, en la doctrina de la ciencia jurídica se propone, que la posibilidad no vedada por la ley LPartDisBG de contraer matrimonio a pesar de que exista ya una unión civil con personas del mismo sexo, se conecte con el efecto jurídico de que la celebración del matrimonio disuelva tal unión civil ipso iure, con lo que esta última dejaría de existir jurídicamente (véase Schwab, revista FamRZ 2001, página 385 <389>). Esta sería una vía para resolver la laguna legal respetando el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Si bien esta solución perjudica a la otra parte de la unión civil homosexual en mayor medida que una disolución conforme al epígrafe 1, § 15, de la ley LPartDisBG, sigue siendo aceptable a la vista de la garantía del artículo 6.1 de la Ley Fundamental.

Al mandato de proteger el matrimonio como forma de vida entre hombre y mujer podría, sin embargo, dársele también cumplimiento haciendo depender la celebración de un matrimonio de que no exista o haya dejado de existir unión civil de personas del mismo sexo. Tal impedimento para el matrimonio no limitaría ilícitamente la garantía de libertad del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, porque su causa objetiva radica precisamente en la esencia y estructura del matrimonio (véase BVerfGE 36, 146 <163>). Del mismo modo que la existencia de un matrimonio impide la celebración de un nuevo matrimonio (§ 1306 del Código civil alemán), para no poner en peligro la relación de pareja del matrimonio, también se corresponde con la protección del matrimonio, permitir el acceso al mismo sólo a aquellos

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

que no se hayan unido ya de otro modo vinculante jurídicamente a otra pareja. Esta posibilidad de alcanzar la debida protección del matrimonio, ofrece además mayor protección para la confianza de aquellos que hayan escogido la unión civil registrada como forma de vida puesta ahora a su disposición por el legislador como comunidad de responsabilidad, de carácter estable, jurídicamente vinculante. Así se le garantizaría a cada una de las partes de dicha unión civil, que esta no finalizase por la mera decisión unilateral de la otra parte que quisiese contraer matrimonio. Si bien una prohibición de contraer matrimonio estaría en principio objetivamente justificada en caso de existir una unión civil de personas del mismo sexo, ello limitaría sin embargo la libertad de contraer matrimonio. La cuestión de si la presente ley también hace posible en esa medida una resolución judicial de esa laguna legal no corresponde decidirla aquí. Si se consideran las profundas consecuencias que conlleva la disolución o finalización de una unión civil registrada tanto para la vida personal como para la situación económica de los distintos afectados, consecuencias que pueden resultar muy diferentes, según qué construcción jurídica se escoja para excluir la coexistencia de matrimonio y unión civil de personas del mismo sexo, sería conveniente que el propio legislador estableciera si una unión civil existente entre personas del mismo sexo impide contraer matrimonio o permite contraerlo, pero implicando entonces la disolución de dicha unión civil.

b. Con la introducción de la unión civil registrada de personas del mismo sexo mediante la ley LPartDisBG, el legislador no ha actuado en contra del mandato constitucional del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, de ofrecer y proteger el matrimonio como forma de vida (garantía de la institución, véase BVerfGE 10, 59 <66 y s.>; 31, 58 <69 y s.>; 80, 81 <92>). El matrimonio no es objeto de regulación por esta ley.

i. La Ley Fundamental misma no contiene una definición del matrimonio, sino que lo presupone como forma especial de la convivencia humana. La realización en la práctica de la protección constitucional requiere en esta medida de una regulación jurídica que configure y delimite qué comunidad de vida goza de la protección constitucional como matrimonio. El legislador disfruta en este contexto de un margen de decisión considerable para determinar la forma y el contenido del matrimonio (véase BVerfGE 31, 58 <70>; 36, 146 <162>; 81, 1 <6 y s.>). La Ley Fundamental garantiza la institución del matrimonio no de forma abstracta, sino en la configuración concreta que corresponda a los conceptos dominantes en cada momento que se expresan de manera contundente en la regulación legal vigente al efecto (véase BVerfGE 31, 58 <82 y s.>). No obstante, el legislador debe respetar, a la hora de configurar legalmente el matrimonio, los principios estructurales esenciales resultantes de la referencia del artículo 6.1 de la Ley Fundamental a la forma de vida que se presente en la práctica, en conexión con la característica de libertad del respectivo derecho fundamental garantizado y otras normas constitucionales (véase BVerfGE 31, 58 <69>). Pertenece al contenido propio del matrimonio, como se ha salvaguardado y acuñado en la Ley Fundamental, sin perjuicio de los cambios sociales y consiguientes modificaciones de su regulación jurídica, la definición de éste como la unión de un hombre y una mujer para una comunidad de vida de

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

carácter estable, constituida por libre decisión de la partes, con intervención del Estado (véase BVerfGE 10, 59 <66>; 29, 166 <176>; 62, 323 <330>), en la que el hombre y la mujer se hallan en una relación de pareja de igual a igual (véase BVerfGE 37, 217 <249 y ss.>; 103, 89 <101>), pudiendo decidir libremente sobre la configuración de su convivencia (véase BVerfGE 39, 169 <183>; 48, 327 <338>; 66, 84 <94>)

ii. Esta protección no alcanza a la institución de la unión civil registrada de personas del mismo sexo. La igualdad de sexos de las partes la diferencia del matrimonio y constituye al mismo tiempo su esencia. La unión civil registrada no supone un matrimonio en el sentido del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Es una institución que reconoce derechos a las parejas homosexuales. El legislador obra en consecuencia con el artículo 2.1, y artículo 3, párrafos 1 y 3 de la Ley Fundamental, facilitando a estas personas un mejor desarrollo de su personalidad y eliminando discriminación.

iii. El matrimonio mismo como institución no resulta afectado por la ley LPartDisBG, en sus principios estructurales constitucionales y en la configuración concreta establecida por el legislador en cada momento LPartDisBG. Su fundamento jurídico no experimenta alteración alguna. La totalidad de las regulaciones que dotan al matrimonio de un marco jurídico y a la institución de efectos jurídicos, siguen manteniéndose (véase BVerfG, Sentencia de 18 de julio de 2001 – 1 BvQ 23/01 y 1 BvQ 26/01 –, NJW 2001, pág. 2457 y s.). De la garantía de la institución no se puede deducir, precisamente por el hecho de que sólo se refiere al matrimonio, ninguna prohibición de poner a disposición de parejas homosexuales la posibilidad de una institución jurídica análoga.

**c. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental no se agota, sin embargo, en la garantía del matrimonio en su estructura esencial, sino que ordena una protección especial por el ordenamiento estatal del mismo como valor esencial vinculante para la totalidad del área del Derecho privado y público relativa al matrimonio y a la familia (véase BVerfGE 6, 55 <72>; 55, 114 <126>). Para dar cumplimiento a este mandato de protección, es labor del Estado en especial, por un lado, omitir todo aquello que dañe o perjudique al matrimonio, y por otro lado, fomentarlo mediante las medidas adecuadas (véase BVerfGE 6, 55 <76>; 28, 104 <113>; 53, 224 <248>; 76, 1 <41>; 80, 81 <92 y s.>; 99, 216 <231 y s.>). El legislador de la ley LPartDisBG no ha lesionado este mandato.**

i. La ley LPartDisBG no daña ni perjudica al matrimonio.

La protección especial que se confiere al matrimonio conforme al artículo 6.1 de la Ley Fundamental, prohíbe dejarlo de forma global en una situación más desfavorable que otras formas de vida (véase BVerfGE 6, 55 <76>; 13, 290 <298 y s.>; 28, 324 <356>; 67, 186 <195 y s.>; 87, 234 <256 y ss.>; 99, 216 <232 y s.>).

**01. Eso no ocurre por el hecho de que la ley LPartDisBG ofrezca a las parejas homosexuales la posibilidad de contraer una unión civil registrada con derechos y obligaciones que se aproximen a los del matrimonio.**

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)



Si bien el legislador ha copiado en amplias áreas los efectos jurídicos de la nueva institución de la unión civil registrada de las regulaciones jurídicas existentes sobre el matrimonio, con ello no se deja al matrimonio o a los cónyuges en una situación más desfavorable que la existente hasta ahora o comparativamente más desventajosa que la unión civil de personas del mismo sexo o las partes de la misma. La institución del matrimonio no se ve amenazada con pérdidas por una institución que se dirige a personas que no pueden contraer matrimonio entre sí.

02. La ley LPartDisBG tampoco vulnera la prohibición de trato desventajoso por el hecho de que el legislador haya prescindido con esta ley de complementar al mismo tiempo la Ley alemana de auxilio social (Bundessozialhilfegesetz), con regulaciones que prevean también para las partes de la citada unión civil una toma en consideración mutua de su renta y patrimonio en caso de examen del estado de necesidad como requisito para la concesión de auxilio social.

Así, actualmente, en el Derecho relativo a auxilio social mientras la pareja unida por matrimonio se considera como unidad económica, no se contempla así expresamente a las partes de la unión civil homosexual. En el caso de los cónyuges, esto puede conducir, debido a la adición de rentas a realizar, a la reducción o a la exclusión del derecho a auxilio social, mientras las partes de la mencionada unión civil podrían disfrutar de una percepción de auxilio social sin recortes al no sumarse la renta de ambas partes. Sin embargo, la desventaja derivada para los cónyuges no es consecuencia de la ley LPartDisBG, sino de la falta de las regulaciones correspondientes en la Ley alemana de auxilio social. La ley LPartDisBG no concede privilegios a las partes de la unión civil dicha en relación con la obligación de prestación mutua de alimentos en comparación con lo establecido para los cónyuges. Si el Derecho relativo a auxilio social no ha sacado las consecuencias jurídicas correspondientes, puede darse en el mismo una vulneración de la prohibición de trato desventajoso recogida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, pero no en los preceptos de la ley LPartDisBG, que son los únicos que son objeto de este procedimiento abstracto de control normativo.

ii. El legislador tampoco ha lesionado, con la introducción de la nueva institución de la unión civil registrada de personas del mismo sexo, el mandato de fomentar el matrimonio como forma de vida. La ley no priva al matrimonio de fomento alguno que haya disfrutado hasta ahora. Únicamente coloca otra comunidad de vida bajo protección jurídica y le atribuye sus derechos y obligaciones.

iii. La protección constitucional del matrimonio por el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, no impide al legislador favorecer éste frente a otras formas de vida (véase BVerfGE 6, 55 <76>). De la admisibilidad de conceder un trato privilegiado al matrimonio frente a otras formas de vida, en cumplimiento y configuración del mandato de fomento del mismo, no se puede deducir sin embargo que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, contenga

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



un mandato de trato desventajoso de otras formas de vida frente al matrimonio. La Magistrada Haas parece ignorar esto, al exponer su opinión discrepante, cuando interpreta el mandato de fomento del matrimonio recogido en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, como un mandato de trato desventajoso para otras formas de vida distintas. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental da un trato privilegiado al matrimonio mediante una protección constitucional única para él, obligando al legislador a fomentarlo por los medios adecuados. Sin embargo, esto no permite deducir un mandato de trato desventajoso de otras formas de vida. La dimensión de la protección jurídica y del fomento del matrimonio no se ve reducida desde ningún ángulo cuando el ordenamiento jurídico también reconoce otras formas de vida, que no pueden suponer competencia para el matrimonio como comunidad de partes de distinto sexo. No se puede fundamentar tampoco constitucionalmente que la protección especial del matrimonio implique que haya que configurar otras comunidades de vida manteniendo una distancia respecto del matrimonio y dotándolas de derechos más reducidos. El mandato de protección y fomento ordena al legislador, no obstante, procurar que el matrimonio pueda cumplir la función asignada constitucionalmente.

01. Cuando el artículo 6.1 de la Ley Fundamental coloca al matrimonio bajo una protección especial, la peculiaridad descansa en que exclusivamente el matrimonio como institución junto a la familia recibe esa protección constitucional, no así en cambio cualquier otra forma de vida. El matrimonio no puede ser abolido sin reforma de la Constitución ni modificado en sus principios estructurales esenciales (como ya fue expuesto por von Mangoldt en la Comisión de cuestiones fundamentales del Consejo parlamentario *Parlamentarischer Rat*, recogido en *Der Parlamentarische Rat 1948/1949, Akten und Protokolle* tomo 5/II, 1993, redactado por Pikart/Werner, pág. 826). Solamente el matrimonio goza de un mandato constitucional de fomento. Extrapolar esa peculiar protección, interpretando que el matrimonio también en su alcance se ha de proteger siempre más que a otras formas de vida (ese es el resultado al que llega Badura, en: Maunz/Dürig, comentario de la Ley Fundamental, *Grundgesetz* art. 6.1, nota marg. 56 <edición: agosto de 2000>; Burgi, en: revista *Der Staat*, tomo 39, 2000, pág. 487 y ss.; Krings, revista *ZRP* 2000, pág. 409 y ss.; Pauly, revista *NJW* 1997, pág. 1955 y s.; Scholz/Uhle, revista *NJW* 2001, pág. 393 y s.; Tettinger, en: recopilación *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, tomo 35, 2001, pág. 140), carece de apoyo en el texto literal de la norma de derecho fundamental reseñada y en sus antecedentes históricos.

El artículo 6.1 de la Ley Fundamental experimentó en el curso de las deliberaciones en el Consejo parlamentario múltiples modificaciones del texto, variándose a menudo la formulación entre una “protección” y una “protección especial” del matrimonio (véase Consejo Parlamentario *Parlamentarischer Rat*, Comisión principal *Hauptausschuss*, sesión 21ª, acta, pág. 239; acta de la 32ª sesión de la Comisión de Principios *Grundsatzausschuss*, en *Der Parlamentarische Rat 1948/1949*,

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

loc. cit., tomo 5/II, 1993, pág. 910 <935>; acta de la 43ª sesión de la Comisión principal, pág. 545 <554 y s.>; Informe de la Comisión General de Redacción a la segunda versión de la segunda lectura de la Comisión principal, pág. 121; Consejo parlamentario, Comisión principal, acta de la 57ª sesión, pág. 743 y s.). De los debates no se puede deducir que estas modificaciones del texto se produjeran porque el matrimonio y la familia tuvieran que tener más o menos protección. Por el contrario, hay indicaciones claras de que las modificaciones únicamente responden a meras preferencias lingüísticas. Así sostuvo von Mangoldt, contestando a una propuesta de la Asociación alemana de la lengua (Deutscher Sprachverein) que suprimir la palabra "especial" y elegir la formulación "matrimonio y familia ... se hallan bajo la protección de la Constitución", significaba desde el punto de vista del contenido lo mismo, pero con una formulación mejor (Der Parlamentarische Rat 1948/1949, tomo 5/II, loc. cit.).

En los debates sobre el artículo 6.1 de la Ley Fundamental también desempeñó un papel esencial la cuestión de la protección de nuevas formas de vida (véanse a este respecto las contribuciones de Helene Weber, en: Acta de la 21ª sesión de la Comisión principal, pág. 240, y Elisabeth Selbert, en: Acta de la 43ª sesión de la Comisión principal, pág. 552 y s.). En este contexto, no había tenido en particular ningún éxito el argumento de que la protección especial de la familia excluiría el trato de igualdad de hijos extramatrimoniales en el artículo 6.5 de la Ley Fundamental (véanse Weber y Süsterhenn en: Acta de la 21ª sesión de la comisión principal, pág. 242 y s.). Cuando von Mangoldt, como encargado del informe, señaló finalmente en su informe escrito sobre el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, que esta norma de derecho fundamental no era apenas más que una declaración, y que no se podía apreciar con facilidad, qué efectos tendrá como Derecho de aplicación directa en vigor (Anexo al informe estenográfico de la 9ª sesión del Consejo parlamentario, pág. 6), ello refleja, que si bien existía acuerdo al respecto de colocar al matrimonio y a la familia bajo protección constitucional, sin embargo no se produjo una aclaración de lo que esto significaba en concreto en relación con otras formas de vida. En cualquier caso, no encuentra apoyo aquí un mandato de distanciamiento de las mismas respecto del matrimonio.

02. El artículo 6.1 de la Ley Fundamental protege el matrimonio en la forma que en cada caso le haya dado respectivamente el legislador salvaguardando sus principios básicos esenciales (véase BVerfGE 31, 58 <82 y s.>). Como comunidad de vida humana el matrimonio constituye al mismo tiempo espacio de libertad y parte de la sociedad, de cuyos cambios no se puede aislar. Frente a tales cambios puede reaccionar el legislador y adaptar la configuración del matrimonio a la evolución de las necesidades. Con ello varía a la vez la relación entre el matrimonio y otras otras formas de la convivencia humana. Lo mismo rige cuando el legislador no dota de una nueva configuración legal al matrimonio, sino que regula otras comunidades de vida. En este sentido, las diversas formas de vida no mantienen entre sí una

distancia fija, sino una relación relativa. Al mismo tiempo, mediante la configuración respectiva que adopten en cada momento pueden no sólo diferenciarse o asemejarse en sus derechos y obligaciones, sino también en su función y respecto al círculo de personas con acceso a las mismas. Así, la protección atribuida al matrimonio como institución no puede separarse de las personas a las que va dirigida la norma, a disposición de las cuales se ha de mantener el matrimonio como institución protegida.

03. La obligación de fomento del Estado se ha de basar en el fin de protección del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. En caso de que el legislador contribuyese él mismo, mediante establecimiento normativo, a que el matrimonio perdiese su función, vulneraría el mandato de fomento del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Tal peligro podría existir si el legislador crease otra institución, que resultase competencia para el matrimonio, con la misma función y dotada con aproximadamente los mismos derechos y menores obligaciones, de manera que ambas instituciones fueran intercambiables. Una intercambiabilidad de esta índole no se da sin embargo con la creación de la unión civil registrada. Ésta no puede resultar competencia para el matrimonio ya sólo por el motivo de que el círculo de personas a que va dirigida, no afecta al del matrimonio. Debido a esta diferencia, la unión civil registrada no constituye un matrimonio con una falsa etiqueta, como han considerado los dos votos minoritarios, sino algo distinto del matrimonio. No es su denominación la que supone una naturaleza distinta, sino la circunstancia de que en la unión civil registrada no se puedan unir hombre y mujer, sino dos personas del mismo sexo. El conjunto de los principios estructurales que caracterizan al matrimonio le dan a éste la forma y exclusividad, al recibir la institución protección constitucional. Sin embargo, el artículo 6.1 de la Ley Fundamental no reserva cada uno de esos elementos estructurales concretos únicamente para el matrimonio. Este precepto no prohíbe al legislador ofrecer formas jurídicas que regulen una convivencia de carácter estable también para otras relaciones personales distintas de la unión entre hombre y mujer. Esas relaciones jurídicas no se convierten en matrimonio por el hecho de su carácter estable. Tampoco se puede apreciar por lo demás que puedan dañar la estructura de la institución matrimonial.

1. La ley LPartDisBG no viola la prohibición especial de discriminación del artículo 3.3, frase 1, de la Ley Fundamental, ni el principio de igualdad del artículo 3.1 de la misma.

a. El hecho de que la ley sólo permita a las parejas del mismo sexo el acceso a la unión civil registrada (epígrafe 1, § 1.1, de la ley LPartDisBG) no supone un trato desventajoso de parejas heterosexuales por razón de su sexo con arreglo al artículo 3.3, frase 1, de la Ley Fundamental.

La ley en cuestión conecta derechos y obligaciones no con el sexo de una persona, sino con la combinación de sexos en una relación entre personas, dándole acceso a la unión civil registrada ya dicha. Atribuye entonces de-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

rechos y obligaciones a las personas inmersas en esa relación. Del mismo modo que el matrimonio, con su limitación a una relación de pareja entre hombre y mujer, no constituye una discriminación por razón del sexo para las parejas homosexuales, tampoco supone la unión civil registrada de personas del mismo sexo un trato desventajoso para parejas heterosexuales por razón del sexo. Hombres y mujeres reciben siempre un trato de igualdad. Pueden contraer matrimonio con una persona del sexo contrario, pero no con una del mismo sexo. Pueden constituir una unión civil con una persona del mismo sexo, pero no con una del sexo contrario.

b. El hecho de que les esté vedado el acceso a la unión civil registrada a comunidades de vida no matrimoniales entre personas de distinto sexo y a comunidades de solidaridad familiares no supone una violación del artículo 3.1 de la Ley Fundamental.

El artículo 3.1 de la Ley Fundamental prohíbe que un grupo de personas al que va dirigido la norma reciba un trato diferente que otro grupo de personas aunque no existan entre ambos efectivamente diferencias de tal naturaleza y peso que puedan justificar un trato desigual (véase BVerfGE 55, 72 <88>; 84, 348 <359>; 101, 239 <269>; jurisprudencia consolidada). Sin embargo, entre parejas homosexuales y otras comunidades sociales de personas sí existen diferencias de tal índole.

i. La unión civil registrada de personas del mismo sexo posibilita a las parejas homosexuales dotar a su comunidad de vida de una base jurídica reconocida y unirse de forma estable con responsabilidad mutua, lo que hasta ahora les estaba vedado, puesto que no podían contraer matrimonio. Sin embargo, el deseo de las parejas heterosexuales de unirse de forma estable y jurídicamente vinculante, es, desde el punto de vista de los afectados, igual de importante que el de las parejas homosexuales y, en lo esencial, semejante (véase Buba/Vaskovics, loc. cit., pág. 16, 245 y ss.). A diferencia de las parejas homosexuales, sin embargo, las heterosexuales tienen acceso al matrimonio. La diferencia derivada del hecho de que de una relación de pareja entre hombre y mujer puedan nacer hijos comunes, mientras que de una pareja homosexual no, justifica la remisión de las parejas heterosexuales al matrimonio, cuando pretendan convertir su comunidad de vida en una relación jurídica vinculante de carácter estable. No son con ello objeto de trato desventajoso.

ii. También se constatan diferencias al comparar las comunidades de vida homosexuales con otras comunidades de solidaridad de hermanos o familiares, que justifican su trato desigual. Éstas afectan ya a la exclusividad de la unión civil registrada, que no admite junto a ella ninguna otra de la misma naturaleza, mientras comunidades de hermanos y otras comunidades de solidaridad familiares se hallan a menudo integradas en otras relaciones análogas y coexisten también junto a eventuales relaciones de matrimonio o pareja. Además, las comunidades de solidaridad familiares ya gozan en el Derecho vigente en cierto modo de una seguridad, de la que las parejas homosexuales no han disfrutado hasta que se ha puesto a su disposición la unión civil de personas del mismo sexo. Así, en el marco de las relaciones familiares existen derechos a no declarar como testigo, derechos sucesorios

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

y, en parte, también cuotas hereditarias obligatorias, así como las ventajas fiscales correspondientes.

iii. Al legislador no le está vedado en general poner a disposición de las parejas heterosexuales o de otras comunidades de solidaridad nuevas posibilidades para dotar a su relación de una forma jurídica, siempre que se evite la intercambiabilidad de la forma jurídica respectiva con el matrimonio. Sin embargo, tampoco existe un mandato constitucional que ordene crear dichas posibilidades.

**2. Tampoco hay nada que objetar desde el punto de vista constitucional a las disposiciones contenidas en la ley sobre la guardia y custodia de los hijos y el derecho sucesorio de las partes de la unión civil (homosexual), así como el derecho de alimentos.**

**a.**

i. A la parte de la unión civil (homosexual) unida a un progenitor que tenga la guardia y custodia exclusiva de los hijos, se le concede según el epígrafe 1, § 9, de la ley LPartDisBG, previo consentimiento de dicho progenitor, y siempre que conviva con él, la facultad de codecidir en asuntos de la vida diaria del hijo. Al mismo tiempo tiene un derecho de guarda y custodia de urgencia para que pueda actuar en caso de necesidad, cuando esté en peligro el bienestar del niño. Lo mismo se aplica ahora para el cónyuge de un progenitor que tenga la guarda y custodia exclusiva del hijo, que no sea común (epígrafe 2, número 13 de la ley LPartDisBG: artículo 1687 b del Código Civil alemán). Con la constitución de este derecho de “guarda y custodia limitado” a favor de las partes de la unión civil (homosexual), el legislador no interfiere en los derechos paternofiliales del progenitor que no tenga la guarda y custodia conforme al artículo 6.2 de la Ley Fundamental.

El artículo 6.2, frase 1, de la Ley Fundamental protege el cuidado y la educación de los hijos como derecho natural y, ante todo, obligación de los padres. En este contexto, el área de protección de los derechos paternofiliales abarca en principio también la decisión sobre quién tiene contacto con el hijo y a quién se le reconoce, por atribución de facultades de decisión, influencia en la educación del hijo. De cualquier modo, los derechos paternofiliales requieren de configuración por parte del legislador (véase BVerfGE 84, 168 <180>). Corresponde al legislador atribuir a cada uno de los progenitores determinados derechos y obligaciones cuando no se dan las premisas para un ejercicio conjunto de su responsabilidad como padres (véase BVerfGE 92, 158 <178 y s.>), o atribuir a los tribunales la decisión de a cuál de los progenitores en cada caso concreto se concede la guardia y custodia.

A tal situación de guardia y custodia exclusiva de uno de los progenitores se refiere el epígrafe 1, § 9, de la ley LPartDisBG. No es que el “derecho de guarda y custodia limitada” derivado del derecho de guardia exclusiva de uno de los progenitores que viva dentro de unión civil (homosexual) prive al progenitor, que no tenga la guardia y custodia, precisamente de este derecho, sino que son las disposiciones en materia de Derecho de familia las que no le atribuyen a él el derecho de guarda y custodia, sino en exclu-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

siva al otro progenitor. Cuando un progenitor carezca completamente del derecho de guarda y custodia, no podrá resultar afectado en caso de que terceros, que convivan con el hijo, ejerzan en parte, con el consentimiento del otro progenitor que tenga la guarda y custodia exclusiva, la responsabilidad paternofamiliar conjuntamente.

ii. El hecho de que el legislador haya creado con el “derecho de guarda y custodia limitada” una nueva facultad en materia de guarda y custodia en el marco de una comunidad de vida de carácter estable y jurídicamente vinculante como el matrimonio o la unión civil registrada de personas del mismo sexo, para el cónyuge o la parte de una unión civil registrada, que no siendo él mismo progenitor del hijo de su pareja, sobre el que esta tenga la guarda y custodia, no supone una violación del principio general de igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental. Mediante esta regulación, los progenitores que no tengan la guarda y custodia y no convivan dentro de una comunidad jurídicamente establecida con el progenitor que la ostenta, no resultan perjudicados de forma injustificada. A ellos se les concede otras posibilidades de obtener el derecho de guarda y custodia exclusiva o compartida del hijo. El hecho de si, por otros motivos, debería ponerse a disposición de los progenitores privados de la guarda y custodia, el “derecho de guarda y custodia limitada”, no ha de decidirse aquí.

**b.**

i. El epígrafe 1, § 10.6 de la ley LPartDisBG, que otorga a la parte superviviente de la unión civil dicha una cuota hereditaria obligatoria, no vulnera la libertad testamentaria protegida por el artículo 14.1 de la Ley Fundamental.

La libertad testamentaria es el derecho del causante de ordenar en vida una transmisión de patrimonio que difiera de la sucesión legalmente establecida (véase BVerfGE 58, 377 <398>; 99, 341 <350 y s.>). En este contexto, se deja a criterio del legislador la determinación del contenido y límites del derecho sucesorio. A la hora de su configuración concreta habrá de salvaguardarse el contenido fundamental de la garantía constitucional del artículo 14.1 de la Ley Fundamental, estar en consonancia con todas las demás normas constitucionales y respetar, en particular, el principio de proporcionalidad y el mandato de igualdad (véase BVerfGE 67, 329 <340>). Sin perjuicio de una aclaración general sobre qué límites constitucionales se imponen al derecho de cuota hereditaria obligatoria, no se considera que la regulación legal sobre el derecho de cuota obligatoria de la parte superviviente de la unión civil dicha sobrepase estos límites.

El derecho sucesorio y el derecho a cuota hereditaria obligatoria de las partes constituyen elemento integrante de la institución jurídica de la unión civil registrada entre personas del mismo sexo, que reconoce a las partes derechos y obligaciones mutuos en un vínculo de por vida. Con la declaración de voluntad de contraer la unión civil, las partes se obligan a la asistencia y apoyo mutuos así como a la prestación de alimentos. Esa obligación de cuidado mutuo en sentido global justifica, lo mismo que en el caso de los cónyuges, que se asegure a cada una de las partes de la unión civil, mediante el derecho de cuota hereditaria obligatoria, una base económica

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

tras el fallecimiento de la otra parte, con cargo al patrimonio de la misma.

ii. El artículo 14.1 de la Ley Fundamental tampoco resulta lesionado por el hecho de que el derecho sucesorio legal y la cuota hereditaria obligatoria de cada una de las partes de la unión civil vaya en detrimento de la herencia de otras personas con derecho a la misma. Incluso en el caso de que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental contuviera un mandato constitucional de conceder a los familiares más próximos una participación mínima adecuada en la sucesión, y así el familiar beneficiario en calidad de heredero disfrutase de la protección del derecho fundamental del artículo 14.1 de la Ley Fundamental, cuestión que también puede quedar pendiente aquí (véase BVerfGE 91, 346 <359 y s.>), con ello no se establece la cuantía del importe o de la cuota de la masa hereditaria que corresponde al heredero. Eso lo determina exclusivamente la regulación legal sobre atribución de masa hereditaria, que, para estar en consonancia con la garantía del derecho sucesorio, ha de configurarse de forma conveniente (véase BVerfGE 91, 346 <360, 362>).

Con el derecho sucesorio y de cuota obligatoria de la parte supérstite de la unión civil no se priva de su derecho sucesorio a los familiares de la otra parte fallecida que tuvieran derechos hereditarios hasta ahora. Simplemente se incorpora al círculo de los familiares con derechos hereditarios una persona más a tener en cuenta en el reparto de la masa hereditaria. Con ello no se configura la situación de los familiares del causante de una manera distinta a la que resultaría de que el causante dejase un cónyuge, en lugar de una parte de una unión civil (homosexual). Esta configuración no constituye un trato injusto de las demás personas con derechos hereditarios.

c. El hecho de que no se haga constar la consideración fiscal a efectos del impuesto sobre la renta de las cargas de alimentos entre las partes de la unión civil creadas en su epígrafe 1, § 5, § 12 y § 16 de la ley LPartDisBG, como se había previsto inicialmente, por incluirse después en la proposición de la ley complementaria LPartGErgG, no habiendo sido esta última aprobada hasta ahora, no implica la inconstitucionalidad de las disposiciones sobre alimentos de la ley LPartDisBG.

Si bien la carga económica por las obligaciones de alimentos constituye para el contribuyente una circunstancia especial e inevitable que disminuye la capacidad contributiva y cuya falta de consideración puede suponer una lesión del artículo 3.1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 68, 143 <152 y s.>; 82, 60 <86 y s.>), sin embargo, con la introducción de las obligaciones de alimentos para las partes de la unión civil no surge un estado jurídico que deje fuera de consideración fiscal esa carga a efectos del impuesto sobre la renta. De acuerdo con el artículo 33a de la Ley alemana del Impuesto sobre la Renta (Einkommensteuergesetz, EStG), del impuesto sobre la renta se deducirán a instancia de parte, del importe total de los ingresos, los costes de alimentos prestados por un contribuyente a una persona con derecho legal a percibirlos, en la cuantía fijada para el año natural respectivo. Dado que el derecho de cada una de las partes de la unión civil a percibir alimentos está establecido legalmente, conforme al artículo 33a de la Ley alemana del Impuesto sobre la Renta, se han de considerar deducibles de dicho impuesto

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)



como carga extraordinaria. La cuestión de si esa consideración es suficiente en comparación con el tratamiento fiscal de los cónyuges no es un tema que afecte a la ley LPartDisBG. Esta cuestión habría de aclararse en el marco del control constitucional de las regulaciones fiscales del impuesto sobre la renta, que no han sido objeto de los recursos constitucionales presentados.

### C.

La presente resolución se ha adoptado con los siguientes votos: respecto a la compatibilidad de la ley LPartDisBG con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, con 5:3 votos, respecto a la compatibilidad con el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, con 7:1 votos, y respecto a todo lo demás, por unanimidad.

(fdo.) Papier  
Jaeger Haas  
Hömig Steiner  
HohmannDennhardt  
HoffmannRiem Bryde

### Opinión discrepante del Magistrado Papier en cuanto a la Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2002

1 BvF 1/01

1 BvF 2/01

No deseo dar mi aprobación a los argumentos expuestos por la mayoría de la Sala, en especial, con referencia a la garantía institucional de matrimonio recogida en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, y a las conclusiones resultantes de los mismos.

El artículo 6.1 de la Ley Fundamental coloca al matrimonio bajo la protección especial del orden estatal. Según la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional Federal, este precepto constitucional contiene – como también la mayoría de la Sala entiende – tanto un derecho fundamental de protección ante las intervenciones del Estado como una garantía institucional y una norma fundamental de valores esenciales (véase BVerfGE 31, 58 <67>; 62, 323 <329>). En caso de que el matrimonio como comunidad de vida entre hombre y mujer dependa de la regulación legislativa ordinaria, ello no le confiere de ningún modo al legislador ordinario la facultad ilimitada para configurar el matrimonio según los pareceres reinantes efectiva o supuestamente en la sociedad en cada momento (véase BVerfGE 6, 55 <82>; 9, 237 <242 y s.>; 15, 328 <332>). Al contrario, las regulaciones legislativas ordinarias – sin perjuicio del margen de configuración a reconocer al legislador se han de medir con lo previsto en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental como norma directiva de rango preferente, que contiene en sí misma principios fundamentales (véase BVerfGE 10, 59 <66>; 24, 104 <109>; 31, 58 <69 y s.>). Según esto, toda regulación legislativa ordinaria ha de respetar los principios esenciales determinantes de la institución del matrimonio (véase BVerfGE 31, 58 <69>). Entre estos principios estructurales garantizados por el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, que escapan al poder dispositivo del legislador, se encuentra el de que el matrimonio constituye un vínculo entre hombre y mujer con el fin de formar una comunidad de vida global en principio indisoluble (véase BVerfGE 62, 323 <330>). Así

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)



lo entiende también la mayoría de la Sala, al considerar la diversidad de sexos de los cónyuges como una de las características constitutivas del matrimonio, de manera que al legislador le estaría vedado, en consecuencia, incluir por ley ordinaria bajo el matrimonio también la unión de dos personas del mismo sexo. Partiendo de esa idea de fondo, sin embargo, no está claro que por el mero hecho de que se dé una denominación distinta a la nueva forma jurídica creada, la unión civil, se pueda justificar que se entienda no aplicable en este caso la garantía institucional del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, pues la institución del matrimonio garantizada en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental no está protegida solamente en cuanto a su denominación, sino en cuanto a sus características estructurales, ante cualesquiera disposiciones del legislador. En caso de que el legislador cree, aunque sea con otro nombre, una comunidad configurada desde el punto de vista jurídico formal para parejas de personas del mismo sexo, que por lo demás se corresponde con el matrimonio en derechos y obligaciones, lesiona con ello un principio estructural esencial impuesto por el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Constituye una conclusión equivocada suponer que precisamente en virtud de la elusión del principio estructural esencial, se excluye la aplicación de la garantía constitucional de la institución como criterio. A la hora de aplicar ese criterio constitucional tendría que haberse expuesto en detalle en la sentencia que la garantía constitucional de la institución no se ve afectada en sus principios estructurales esenciales por la ley LPartDisBG objeto de control normativo.

En la medida en que en la sentencia se parte de la premisa de que la garantía institucional no se ve afectada por la ley LPartDisBG por el mero hecho de que esta no modifica las normas que regulan el matrimonio, se está ignorando con ello la esencia de una garantía institucional. Ésta no persigue primordialmente la defensa frente a intervenciones injustificadas en el ámbito del matrimonio (siendo a ese respecto de aplicación preferente la función de defensa del artículo 6.1 de la Ley Fundamental), sino que el sentido de la garantía institucional es, por el contrario, obligar al legislador a respetar ciertos principios estructurales a la hora de configurar el matrimonio, entre los que se encuentra la diversidad de sexos de las partes. De acuerdo con esto, al legislador le está vedado introducir una institución para parejas homosexuales, que si bien se llame de otra forma, sea por lo demás equivalente al matrimonio. La cuestión de si esto sucede o no con la ley LPartDisBG, no ha sido tratada en la sentencia por la parte de la Sala que representa la mayoría, precisamente porque no ha considerado los efectos constitucionales específicos de la garantía institucional del artículo 6.1 de la Ley Fundamental. Al contrario, no impone ningún tipo de límites para una equiparación sustancial con el matrimonio.

(fdo.) Papier

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

Opinión discrepante  
de la Magistrada Haas

en cuanto a la Sentencia de la Sala Primera de 17 de julio de 2002

1 BvF 1/01

1 BvF 2/01

1. Coincido con la mayoría de la Sala en que no hay en principio nada que alegar en contra de la introducción de una forma jurídica consistente en la unión civil registrada de personas del mismo sexo. Con ello cualquiera (salvo algunas excepciones fijadas legalmente) puede registrar su comunidad con una pareja del mismo sexo, sin que exista o se persiga una relación homosexual. No obstante, la introducción de la unión civil registrada no obedece a un mandato constitucional.

2. Sin embargo, la fundamentación de la mayoría de la Sala sobre la constitucionalidad de la configuración concreta de la forma jurídica de la unión civil registrada, me impide aprobar la decisión en partes esenciales de su fundamentación.

a. La decisión no aprecia en especial el significado de la garantía institucional del artículo 6.1 de la Ley Fundamental.

No considera, en la debida medida, la trascendencia y forma de surtir efectos de la garantía institucional del matrimonio. A este respecto, la mayoría de la Sala debía haber comprobado si la forma jurídica de la unión civil registrada se halla configurada de manera análoga al matrimonio y si no presenta objeciones constitucionales por este motivo desde el ángulo de la garantía fijada en la Constitución.

El artículo 6.1 de la Ley Fundamental coloca al matrimonio bajo protección especial de orden estatal. Según la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional Federal, esta disposición constitucional contiene – como también supone la mayoría de la Sala – una garantía institucional, una norma fundamental de valores esenciales, así como un derecho fundamental a protección ante intervenciones del Estado (véase BVerfGE 31, 58 <67>; 62, 323 <329>).

El artículo 6.1 de la Ley Fundamental salvaguarda como garantía institucional la existencia de las instituciones de Derecho privado del matrimonio y la familia, mantiene a su disposición el marco jurídico de un sistema de vida (BVerfGE 6, 55 <72>), en el que el hombre y la mujer se hallan en la comunidad de vida del matrimonio, pudiendo desarrollarse hasta convertirse en una comunidad familiar. Por razón de esta característica del matrimonio, de ser sus partes potenciales progenitores, lo que confiere estabilidad a la comunidad formada por padres e hijo, el legislador constitucional brinda al matrimonio y a la familia protección en la Constitución. Debido al significado del matrimonio para la familia y la sociedad, el artículo 6.1 de la Ley Fundamental contiene, además, en su proyección como norma fundamental de valores esenciales, un mandato de fomento dirigido al Estado (BVerfGE

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

6, 55 <76>; jurisprudencia consolidada), que ha caracterizado la configuración y el desarrollo legislativo del matrimonio. El mandato constitucional de fomento significa, frente al parecer de la mayoría de la Sala, algo más que una mera elusión del trato desventajoso del matrimonio. Fomento significa la concesión positiva que va más allá de lo normal, y por consiguiente, una situación de privilegio del matrimonio. Por ello, no basta para dar cumplimiento al mandato de fomento del matrimonio del artículo 6.1 de la Ley Fundamental el mero trato comparativo más desventajoso de otras formas de vida distintas; el mandato de fomento a favor del matrimonio no supone precisamente un mandato de trato desfavorable en contra de terceros.

Como garantía institucional, el artículo 6.1 de la Ley Fundamental tiene carácter vinculante para el legislador – más allá de los derechos de defensa de los titulares de derechos fundamentales – a la hora de regular mediante legislación ordinaria. El legislador está obligado a respetar los principios estructurales esenciales que definen la institución matrimonial (véase BVerfGE 31, 58 <69>). Entre estos principios estructurales esenciales de la institución del matrimonio se encuentra la diversidad de sexos de las partes.

La cuestión de si la institución matrimonial disfruta de protección o, como dice la Constitución, de protección “especial”, no es relevante ahora en este contexto. El mandato expreso de protección, que en la Constitución sólo se recoge de una forma semejante en el artículo 1.1, frase 2 de la Ley Fundamental, en relación con la dignidad humana, indica ya el alto valor que el legislador constitucional les ha dado al matrimonio y a la familia. Por ello, ninguna otra comunidad jurídica, ninguna comunidad de personas, aunque esté basada en la asistencia mutua con carácter estable, se protege como institución por la Constitución de un modo semejante.

La mayoría de la Sala no aprecia el significado de la garantía institucional, al remarcar únicamente que el matrimonio no sufre daño alguno con la creación de la unión civil registrada. La garantía de la institución no persigue primordialmente la defensa ante intervenciones injustificadas en el ámbito del matrimonio (siendo a ese respecto de aplicación preferente la función de defensa del artículo 6.1 de la Ley Fundamental), sino que el sentido de la garantía institucional es, por el contrario, obligar al legislador a respetar ciertos principios estructurales a la hora de configurar el matrimonio, entre los que se encuentra, también en opinión de la mayoría de la Sala, la diversidad de sexos de las partes. Se actúa en contra del mandato constitucional, de que sólo personas de distinto sexo pueden contraer matrimonio, cuando se coloca junto al mismo una institución para parejas del mismo sexo cuya configuración responde a las formas halladas para el matrimonio en ejecución del mandato constitucional de fomento de éste. Ello no depende de la denominación. La institución del matrimonio garantizada en el artículo 6.1 de la Ley Fundamental no está protegida sólo en cuanto al nombre, sino en cuanto a sus características estructurales, frente a cualesquiera disposiciones del legislador. El legislador no puede eludir las exigencias del artículo 6.1 de la Ley Fundamental simplemente evitando usar la denominación “matrimonio”. En caso de que el legislador cree, sin que le asistan las razones que justifican la institución del matrimonio, la forma ju-

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

rídica de una comunidad entre personas del mismo sexo, que por lo demás se corresponda con el matrimonio en derechos y obligaciones, lesiona con ello un principio estructural esencial impuesto precisamente por el artículo 6.1 de la Ley Fundamental. La mayoría de la Sala parece ignorar esto al entender precisamente que en virtud de la elusión del principio estructural esencial, se excluye la garantía constitucional de la institución como criterio.

Por esta razón, la mayoría de la Sala debería haber comprobado si la forma jurídica de la unión civil registrada presenta un contenido normativo equivalente al de la institución matrimonial. Esto no sería compatible con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, dado que a la unión civil de personas del mismo sexo le faltan los elementos caracterizadores del matrimonio, limitadores de su exclusividad al vínculo entre hombre y mujer, y justificadores de su especial fomento. Y ello porque no está llamada a tener hijos propios, ni conlleva responsabilidad paterno-filial, ni contribuye por consiguiente a la capacidad de futuro del Estado y la sociedad.

b. La opinión de la mayoría de la Sala, de que no se vulnera el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, porque se refiere al vínculo entre dos personas y no al sexo, es poco convincente, pues el requisito para contraer la unión civil registrada con una persona determinada es su pertenencia al mismo sexo. Así, para el acceso al registro de la relación de pareja hay que referirse, por naturaleza, al sexo a que se pertenece. En este sentido habría sido deseable que la Sala hubiera dado más argumentos que los escasos fundamentos expuestos.

c. Los argumentos expuestos por la mayoría de la Sala al considerar constitucional el privar a hermanos y familiares en línea directa de la posibilidad de contraer una unión civil registrada (Art. 1 § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 LPartDisBG) no son aptos, en su generalidad, para fundamentar la opinión de la mayoría de la Sala de que no se lesiona el artículo 3.1 de la Ley Fundamental.

01. Ya el criterio que aplica la mayoría de la Sala es inexacto. A la hora de examinar un posible trato desigual de grupos de personas, el legislador está sujeto, según jurisprudencia consolidada, a limitaciones estrictas (véase BVerfGE 55, 72 <88>; 88, 87 <96>), que se hacen más estrictas cuanto más se acercan las características personales a las mencionadas en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, y cuanto más pueda influir el trato desigual de las personas en el ejercicio de las libertades fundamentales (véase BVerfGE 60, 123 <134>; 82, 126 <146>; 88, 87 <96>). Falta tanto la exposición completa del criterio como también de los grupos a comparar, una carencia que se refleja en el control realizado.

02. El recorte del criterio supone el recorte de la argumentación de la mayoría de la Sala. En sus fundamentos no se aprecia hasta qué punto existen diferencias graves entre las uniones civiles registradas de personas del mismo sexo y las comunidades de vida entre hermanos o parientes, que puedan justificar un trato desigual de estos grupos de personas.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la "Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo" (2002)

Así, para fundamentar la exclusión de la posibilidad de contraerse una unión civil registrada entre parientes se está a la exclusividad de la unión civil, pero falta sin embargo la fundamentación y exposición en detalle de esa “exclusividad”. No es posible deducir esta ni de las normas de constitución de la unión civil registrada ni del contexto general de la ley.

El hecho de que los familiares “con frecuencia” ya estén unidos por otro vínculo dentro de un matrimonio o una unión civil de personas del mismo sexo, como indica la mayoría de la Sala, es irrelevante en este contexto, pues ya se contempla como impedimento para constituir la unión civil en el epígrafe 1, § 1.2, números 1 ó 4 de la ley LPartDisBG.

No se deduce de la sentencia por qué razón familiares solteros en línea directa y hermanos que no estén ligados a una pareja, no puedan acogerse al principio de “exclusividad” postulado por la mayoría de la Sala.

Mediante la abstracta argumentación dada, la mayoría de la Sala elude la consideración del grupo precisamente relevante a efectos de comparación. Éste se compone de hermanos y familiares en línea directa, que conviven de tal modo que su necesidad de regulación jurídica es comparable a otras comunidades a las que se ha dotado ahora de la forma jurídica de la unión civil registrada, porque llevan una economía doméstica común, se asisten mutuamente en caso de necesidad, intervienen conjuntamente o, respectivamente él uno por el otro, en el tráfico jurídico, y tienen un vínculo emocional primordial entre sí – con la misma fiabilidad que otras relaciones de carácter estable.

03. El hecho de que a la mayoría de la Sala le baste indicar que las comunidades de solidaridad familiares ya gozan según el Derecho vigente “ en cierto modo, de una seguridad, de la que las parejas homosexuales no han disfrutado hasta que se ha puesto a su disposición la unión civil”, muestra ya con esa formulación, que pretende mantenerse en terreno no vinculante e inexacto, que la mayoría de la Sala carece de un criterio concreto para el control de la igualdad. No quedan claras las circunstancias que han de considerarse relevantes para la comparación y la medida de diferenciación que se requiere para justificar el trato desigual de las comunidades de vida entre parientes y no parientes. Tampoco se define concretamente el concepto de “seguridad” introducido en ese contexto. La mención hecha a continuación de los derechos existentes en el marco de las relaciones familiares “a no declarar como testigo, derechos sucesorios y, en parte, también cuotas hereditarias obligatorias, así como sus ventajas fiscales” es, al pecar de la falta de diferenciación, incorrecta y además incompleta, lo que se muestra por ejemplo en lo siguiente: si bien tienen los hermanos un derecho a no declarar como testigos, por ejemplo, según el artículo 52.1, número 3, de la Ley alemana de Procedimiento penal (Strafprozessordnung, StPO),

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) relativa al control de constitucionalidad de la “Ley alemana para acabar con la discriminación de parejas homosexuales: uniones civiles de personas del mismo sexo” (2002)

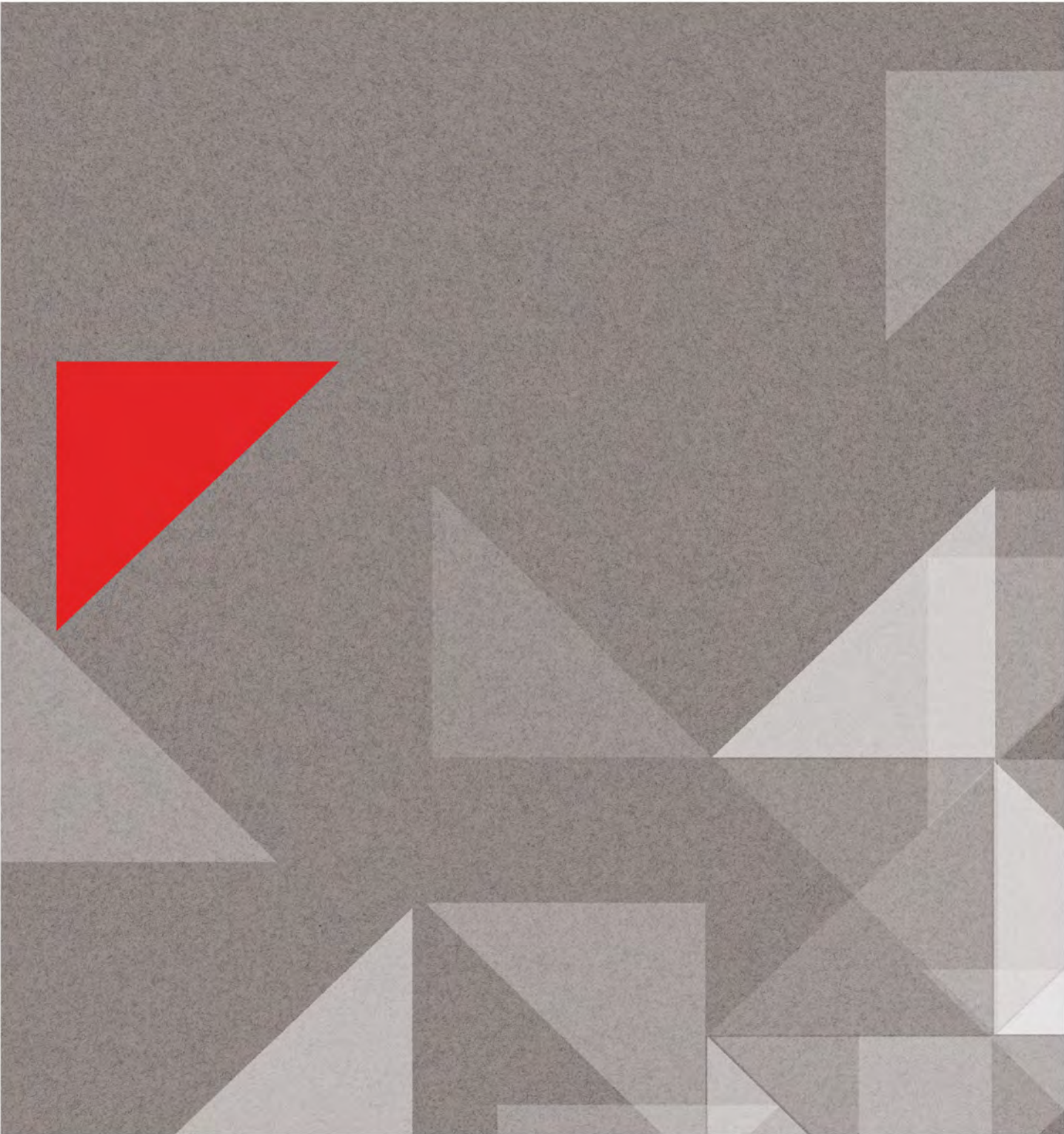
no obstante, los hermanos disfrutaban sólo de un derecho sucesorio legal limitado (padres e hijos tienen preferencia, § 1924.1, § 1930.1, § 1925, párrafos 1 y 2 del Código civil alemán) y no tienen ningún derecho a cuota hereditaria obligatoria (§ 2303, párrafos 1 y 2 del Código civil alemán). En particular, los efectos jurídicos de la unión civil de personas del mismo sexo no se limitan al Derecho sucesorio y a la regulación de derechos a no declarar como testigos, sino que afectan a múltiples áreas jurídicas. Una característica esencial de la unión civil de personas del mismo sexo es, por ejemplo, la obligación de alimentos, que no existe entre hermanos (§ 1601 del Código civil alemán). Los hermanos no están incluidos en el seguro familiar (§ 10.1, del Libro V del Código social alemán SGB V); ni pueden regular su régimen económico (epígrafe 1, § 6, de la ley LPartDisBG), ni tienen “derecho a la guarda y custodia limitada” prevista en el epígrafe 1, § 9, de la ley LPartDisBG.

04. Debido al limitado control realizado la mayoría de la Sala no ha podido valorar suficientemente los hechos desde el ángulo del artículo 3.1 de la Ley Fundamental. Ello hace que no sea posible apreciar si existen diferencias de tal importancia entre las comunidades de solidaridad familiares de hermanos y parientes, entre personas del mismo sexo, respectivamente, y otras comunidades de vida con acceso a la forma jurídica de la unión civil registrada, que justifiquen negar la necesidad de una regulación análoga para los dos grupos de personas citados en primer lugar, no permitiéndoles contraer una unión civil.

(fdo.) Haas

Sentencia del Tribunal  
Constitucional Federal  
(BVerfGE) relativa al control  
de constitucionalidad de la  
“Ley alemana para acabar  
con la discriminación de  
parejas homosexuales:  
uniones civiles de personas  
del mismo sexo” (2002)





**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**  
ACADEMIA PLURINACIONAL DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Avenida del Maestro No. 300  
Ciudad de Sucre, Bolivia.  
[www.tcpbolivia.bo](http://www.tcpbolivia.bo)

