

LA CRÍTICA A LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN ALEMANIA

Por JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

SUMARIO

I. LA ACUMULACIÓN DE DECISIONES CONFLICTIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN CON EL RASGO COMÚN DE LA DEFENSA DE POSICIONES MINORITARIAS.—II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LAS MINORÍAS EN LA DEMOCRACIA PLURALISTA.—III. LA CRÍTICA A LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS PERMANENTES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.—IV. LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA.

I. LA ACUMULACIÓN DE DECISIONES CONFLICTIVAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN CON EL RASGO COMÚN DE LA DEFENSA DE POSICIONES MINORITARIAS

En los últimos años, algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán han provocado un amplio, y a menudo áspero, debate que ha desbordado el ámbito de la doctrina especializada para trasladarse a la lucha política y a la opinión pública. Estas decisiones, fruto de *Verfassungsbeschwerden*, el equivalente alemán, con matices, de nuestro recurso de amparo, planteadas por ciudadanos frente a la actuación de órganos estatales, tienen un objeto diverso; son dispares los derechos alegados y, por tanto, divergen las consecuencias de la doctrina jurisprudencial. Sin embargo, puede acotarse un rasgo coincidente que queremos analizar en estas páginas: en todos los casos el planteamiento ideológico o religioso de los recurrentes, a los que ampara el Tribunal Constitucional Federal, es minoritario en la sociedad alemana, sin que se atisbe la posibilidad cercana de convertirse en mayoritario. Forman parte de lo que Friedrich ha denominado «minoría social» o Pizzorusso, «minorías tendencialmente permanentes» (1). Estos colectivos son protegidos por el Tribunal

(1) Cfr. C. J. FRIEDRICH: *Demokratie als Herrschafts und Lebensform*, cit. por la edición en castella-

Constitucional Federal en el ejercicio de sus derechos frente a las posiciones mayoritarias antagónicas, que, en ese sentido contradictorio, consideran limitadas las pretensiones de la mayoría o afectadas instituciones y valores del Estado. Ello provoca la crítica a las decisiones del Tribunal Constitucional que, por mor de su acumulación en un corto espacio temporal, transmuta en crítica al propio órgano constitucional (2).

El primer pronunciamiento que traemos a colación es el de 25 de agosto de 1994. La sección (*Kammer*) tercera de la Primera Sala (*Senat*) del Tribunal Constitucional Federal ampara a un pacifista condenado en la jurisdicción ordinaria por vilipendiar al ejército alemán y devuelve el asunto a la instancia anterior, al entender que sus manifestaciones sobre los soldados (*Soldaten sind mörder*. Los soldados son asesinos) y el ejército estaban protegidas por la libertad de opinión (3). El Tribunal mantiene, en apretada síntesis, que no se refería a los soldados alemanes o a los de cualquier otro país sino que el pacifista «se ha visto obligado, por sus concepciones cristianas y pacifistas, a denunciar públicamente la injusticia de la guerra del Golfo, con la intención de provocar la discusión pública». Con la cita, continúa diciendo, no se ha querido designar a los soldados «como asesinos en sentido jurídico y, por ello, como criminales», sino que se quiere consignar una «valoración de indignidad moral» de la guerra, en la que los soldados son, a la vez, verdugos y víctimas. Por ello, no se considera un ataque ilegítimo al ejército sino una reflexión contraria al militarismo que se enmarca en el ámbito del derecho a expresar opinión (art. 5.1 *Grundgesetz* —GG—. Constitución alemana). Esta tesis es ratificada, poco tiempo más tarde, en la BVerfGE 93, 266. *Soldaten sind Mörder*, en la que ampara el Tribunal a distintos pacifistas condenados por proferir esta ofensa.

El segundo asunto conflictivo se refiere a las protestas de los radicales mediante «sentadas» por el estacionamiento de misiles en territorio alemán y contra las armas atómicas. En la sentencia de 10 de enero de 1995 (BVerfGE, 92, 1. *Sitzblockaden*) el Tribunal mantiene que esta actuación no se engloba en el delito de coacción, tipificado en el Código penal alemán (*Strafgesetzbuch* —StGB—, parágrafo 240), y, por tanto, no nos encontramos ante un ilícito penal. Señala, como conclusión, tras una extensa argumentación que se adentra en la noción de poder del Estado en la actualidad, que el tipo penal no es aplicable a los autores de un bloqueo pacífico con moti-

no, Editorial Tecnos, Madrid, 1961, págs. 95-96 y A. PIZZORUSSO: *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, págs. 45-51, *passim*.

(2) Un relato, acaso periodístico y algo desmesurado pero descriptivo, de esta polémica, en R. LAMPRECHT: *Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts. Beweissicherung und Bestandsaufnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

(3) El ciudadano que presenta la queja es un conocido pacifista que, durante la guerra del Golfo de 1991 colocó en su automóvil un cartel con la inscripción: los soldados son unos asesinos. Bajo la frase aparece la cita de su autor, Kurt Tucholsky, y encima de ella la conocida foto de Robert Cappa, tomada en la Guerra Civil española, en el preciso instante en que una bala entra en el cuerpo de un miliciano republicano (*Beschluss der 3 Kammer des Ersten Senats vom 25. August 1994. EuGRZ*, 1994, págs. 463-465).

vaciones políticas puesto que una «acción es ilegal solo cuando el fin es advertido como reprochable».

Pero, sin duda, la decisión más discutida y de la que más ecos nos han llegado fue la de 16 de mayo de 1995, conocida como la «sentencia del crucifijo» (BVerfGE 93, 1. *Kruzifix*). El ordenamiento escolar del *Land* de Baviera regulaba expresamente que «en cada habitación de clase colgará una cruz». Los padres de unos alumnos consideran que la obligada presencia de este símbolo religioso en la escuela pública vulnera la libertad de credo y de conciencia de los no creyentes y de los no cristianos (art. 4.1 GG), además de otros preceptos constitucionales referidos a los derechos y deberes de los padres en la educación y cuidado de los hijos (art. 6.2 GG), al derecho de libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) o a la protección jurídica de los derechos fundamentales (art. 19.4 GG). La pretensión había sido desestimada por la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria de Ratisbona (*Verwaltungsgerichts*) y por la superior del Estado de Baviera (*Verwaltungsgerichtshofs*). Los padres acuden en amparo al Tribunal Constitucional Federal. Éste analiza dos cuestiones, sobre el fondo del asunto, al margen de otros aspectos procesales. Primero, estudia bajo qué circunstancias la presencia de símbolos religiosos en la escuela afecta a la libertad religiosa negativa para, a continuación, centrarse en el núcleo litigioso: la colisión entre el ejercicio de la negativa libertad de religión del demandante con la libertad religiosa positiva de la mayoría expresada en la regulación normativa, esto es, si los derechos de las minorías resultan afectados cuando se expresa la libertad religiosa positiva de la mayoría. Concluye afirmando que, en virtud de la «especial protección» de que gozan las minorías en el ejercicio de la libertad de creencias, la imposición normativa de colocar un crucifijo en cada aula de la escuela pública (*unter dem Kreuz zu lernen*. Enseñar bajo la cruz) vulnera el artículo 4.1 GG. La norma reglamentaria bávara es incompatible con la Constitución y, por ello, nula (4).

No nos vamos a detener en la controversia y la fundamentación jurídica del Tribunal en cada uno de los casos. Todos ellos plantean espinosas cuestiones teóricas. Así, más allá de la colisión de derechos, se ocupan de la aplicación de los derechos de la personalidad a instituciones como el ejército (*Mörder*) (5), o de la noción de poder del Estado (*Sitzblockaden*). La doctrina alemana ha tratado con minuciosidad, particularmente, la sentencia del crucifijo (6), en la que se solapa el conflicto entre

(4) Aun podrían añadirse otras sentencias recientes en esta misma dirección. Por ejemplo, la BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), sobre el consumo de drogas. Cfr. en este sentido, el comentario de M. TARRÉS VIVES al libro de U. WESEL: *Die Hüter der Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht: seine Geschichte, seine Leistungen und seine Krise*, Eichborn, Fráncfort, 1996 («Un breve comentario en torno al momento actual de opinión sobre el Tribunal Constitucional alemán», *REDC*, 49, enero-abril, 1997).

(5) Cfr. en sentido crítico sobre la generosa interpretación de la libertad de opinión y desprotección de los soldados como colectivo o la defensa federal como institución que se hace en la sentencia *Mörder*. G. GOUNALIKIS: «Soldaten sind Mörder», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1996, 8, págs. 484-486.

(6) Cfr. entre otros trabajos, P. BADURA: «Das Kreuz im Schulzimmer», *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl)*, 2 y 3, 1996; E. BENDA: «Wirklich Götterdämmerung in Karlsruhe?», *NJW*, 1995,

la positiva y negativa libertad de religión con la delimitación de competencias *Bund-Länder* (7), e incluso es comúnmente aceptado que supone una corrección dogmática de la jurisprudencia anterior en la que, siquiera por la vía de la «interpretación conforme», había aceptado la constitucionalidad de otras manifestaciones religiosas en la escuela (8). Nuestra pretensión es otra. Acudimos a estas sentencias

38; E. BENDA: «Gegenwind und Kreuzscen», *NJW*, 1997, 7; G. C. BILETZKI: «Das Kreuz im Klassenzimmer. Zur bundesverfassungsrechtlichen Zulässigkeit des neuen art. 7 III BayEUG», *NJW*, 1996, 40; A. F. VON CAMPENHAUSEN: «Zur Kruzifix-Entscheidung des BVerfG», *Archiv des öffentlichen Rechts (ÄöR)*, Bd. 121, 1996; G. CZERMAK: «Der Kruzifix-Beschluss zwischen Neutralität und Glaubensförderung sowie als Spielball der Emotionen», *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1996, 6; G. CZERMAK: «Der Kruzifix-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, seine Ursachen und seine Bedeutung», *NJW*, 1995, 51; H. HAMMEN: «Rechts oder Glaubensstaat?», *ZRP*, 1996, 2; M. HECKEL: «Das Kreuz im öffentlichen Raum. Zum "Kruzifix-Beschluss" des Bundesverfassungsgerichts», *DVBt.*, 1996, 9; ISENSEE: «Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation. Der Kruzifix-Beschluss des BVerfG», *ZRP*, 1996, 1; CH. LINK: «Stat Crux? Die Kruzifix-Entscheidung des BVerfG», *NJW*, 1995, 51; J. MÜLLER-VOLBEHR: «Positive und negative Religionsfreiheit. Zum Kruzifix-Beschluss des BVerfG», *Juristenzeitung (JZ)*, 1995, 20; J. NEUMANN: «Rechts- oder Glaubensstaat?», *ZRP*, 1995, 10; H. REIS: «Rechts oder Glaubensstaat? Eine Erwiderung», *ZRP*, 1996, 2; L. RENCK: «Zum rechtlichen Gehalt der Kruzifix-Debatte», *ZRP*, 1996, 1; L. RENCK: «Positive und negative Bekenntnisfreiheit und Glaubens- oder Rechtsstaat», *ZRP*, 1996, 6; G. STRICKER: «Das Kruzifixurteil in der wissenschaftlichen Diskussion», *NJW*, 1996, 7; R. ZUCK: «Kreuz-Züge», *NJW*, 1995 (2903).

(7) El planteamiento crítico con la sentencia desde esta perspectiva consiste en mantener, como hacen los tres votos particulares, que es competencia de los *Länder* la organización escolar y, en este sentido pueden darle una orientación cristiana, que en el caso de Baviera viene prevista en la Constitución. El parámetro a utilizar no sería, en esta interpretación, el art. 4.1 GG sino el 7 de la Constitución de Baviera que reconoce el carácter cristiano y la atención a este carácter en la educación. La presencia del crucifijo es consecuente con estos presupuestos (cfr. esta crítica a la sentencia en la doctrina, P. BADURA: «Das Kreuz... (II)», cit., pág. 73; A. F. VON CAMPENHAUSEN: «Zur Kruzifix...», cit., págs. 451-454; CH. LINK: «Stat-Crux...», cit., pág. 3356; J. MÜLLER-VOLBEHR: «Positive...», cit., pág. 996).

(8) Así, en la BVerfGE 19, 206—216— datada veinte años antes, en 1975, sobre la escuela comunal en Baden-Württemberg y Baviera. También la sentencia sobre el rezo escolar (*Schulgebets*, BVerfGE, 52, 223). En el mismo sentido se había considerado constitucional la colocación de crucifijos en las Salas de los tribunales (BVerfGE 35, 366). Ahora se quiebra esta doctrina. Cfr. sobre esta evolución jurisprudencial, G. CZERMAK: «Der Kruzifix-Beschluss...», cit., pág. 203.

Por la importancia de esta sentencia, a la que retornaremos constantemente, acaso convenga realizar una sinopsis sistemática de su contenido: 1) La Sala describe la jurisprudencia del Tribunal sobre libertad de creencias y se plantea la cuestión del reconocimiento o prohibición de los símbolos religiosos en el ámbito de protección; 2) Mantiene que tras la Constitución, el Estado no tiene competencias religiosas y debe ser neutral en relación a todas las concepciones religiosas; 3) En la cuestiones religiosas, la educación de los hijos corresponde a los padres y no al Estado; 4) El Estado asegura al individuo un espacio de actuación religiosa, pero, por otro lado, garantiza su neutralidad en relación a las creencias concurrentes; 5) El Tribunal se ocupa del símbolo de la cruz en la escuela sólo desde la premisa de que los escolares no lo pueden comparar con otros símbolos; 6) La cruz es, a la vez, expresión de la cultura occidental de afluencia cristiana y símbolo de una determinada concepción religiosa. Para los no creyentes tiene una clara significación misionera. Por todo ello, su presencia afecta a su libertad de creencias; 7) En este ámbito no tiene ninguna posibilidad de actuación el principio mayoritario; 8) La escuela pública debe ser neutral en materia de religión. *Vid.* un resumen en castellano de la sentencia en S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: «La polémica de la sentencia del crucifijo (Resolución del Tribunal Constitucional alemán de 16 de mayo de

alertados por la protección de las minorías, efectuada, al menos en estos casos, por el Tribunal Constitucional Federal alemán, y la crítica realizada por las fuerzas políticas mayoritarias con el respaldo de la opinión pública (9) que exigen al Tribunal el respeto a la voluntad de la mayoría. Esta situación, más allá de cuestionar la función de este órgano constitucional, denota, como intentaremos exponer, las limitaciones aplicativas de la configuración pluralista del principio democrático.

Los términos del conflicto han sido planteados con nitidez en la polémica por la sentencia del crucifijo. Para el Tribunal Constitucional, las normas constitucionales que reconocen derechos tienen por objeto «en especial medida la protección de las minorías y, por ello, el conflicto resultante no se puede solucionar con el principio mayoritario» (C II 3 b); desde la otra posición, los líderes políticos de la mayoría expresan con vehemencia que «no dejaremos a una pequeña minoría imponerse sobre la voluntad de la mayoría» (10).

La experiencia puede parecer ajena, y por ello irrelevante, apreciada desde España. Sin embargo, dos observaciones justifican esta aproximación. En primer lugar, los fundamentos jurídicos y políticos son similares en ambos ordenamientos y, por tanto, no pueden descartarse debates de este tenor. Hasta ahora no se han producido. La reacción de la mayoría política y social cuando una decisión del Tribunal no le ha satisfecho nunca ha sido desaforada. Apenas puede aportarse algún ejemplo de conflicto abierto entre las fuerzas políticas que apoyan al Gobierno y el Tribunal Constitucional, trasladado a la opinión pública. Acaso el más significativo fue el originado por la STC 53/1985 (Aborto), criticada fuertemente por algunos líderes parlamentarios de la mayoría. Sin embargo, esa opinión disidente no fue óbice para que se acatará la sentencia y se modificara el Proyecto de Ley en el sentido advertido en las recomendaciones del Tribunal. Además, recuérdese, por ejemplo, que la STC 341/1993 provocó la dimisión del Ministro del Interior al declararse la inconstitucionalidad de un precepto de la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, a cuya constitucionalidad había fiado el cargo, sin que de esa simbólica consecuencia política derivase un debate «político» sobre la sentencia o, más recientemente, el ajetreado proceso de elaboración de la STC 136/1999, de 20 de julio, sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna, fue seguido críticamente por algunos medios de comunicación, intentando influir en la decisión final del Tribunal, pero la sentencia, aún más criticada por la doctrina científica y, más ácidamente, por determinados medios de comunicación, no ha originado la puesta en cuestión de la fun-

1995)», *REDC*, 47, mayo-agosto, 1996, págs. 347-356. Diversos aspectos de la sentencia también en M. J. ROCA FERNÁNDEZ: «La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia», *REDC*, 48, septiembre-diciembre 1996 y en M. TARRES VIVES: *op. cit.*, págs. 367-370.

(9) Por ejemplo, la sentencia del crucifijo es rechazada por el 54 por 100 de los alemanes, según una encuesta publicada por el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. En el Oeste, el porcentaje sube al 61 por 100 y en Baviera al 75 por 100. Cit. en ISENSEE: «Bildesturm...», cit., pág. 10.

(10) Manifestación de A. GLÜCK, jefe del grupo parlamentario de la Unión Social Cristiana bávara (CSU) en el Parlamento (*Landtag*) de Baviera, publicada en el diario *Süddeutsche Zeitung* (SZ) del 14 de agosto de 1995.

ción del Tribunal Constitucional en la opinión pública. Pero, además —ésta es la segunda observación—, conviene tener en cuenta el relato de lo acaecido en Alemania pues más allá de la polémica concreta advierte, como intentaremos mostrar, sobre una crisis latente de la concepción pluralista de la democracia. Las reflexiones sugeridas en este segundo sentido son, siquiera a efectos preventivos, aplicables a España.

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LAS MINORÍAS EN LA DEMOCRACIA PLURALISTA

Las constituciones normativas de la segunda posguerra plasman el tránsito del Estado legal al Estado constitucional, vertebrado sobre el principio político de la democracia constitucional o pluralista (11). Elemento definitorio de este modelo constitucional es la asunción de la pluralidad subyacente en el tejido social. Desenmascaran, de ese modo, la artificiosa homogeneidad social procedente de la «tradición demoliberal inspirada por la imaginación jurídico-política de la burguesía» —en atinada expresión del profesor Lucas Verdú— (12) que concebía al pueblo como totalidad agrupada en torno a una identidad de intereses. Tal construcción determina, en lo que ahora interesa, una idea de democracia basada en el carácter absoluto o ilimitado de la actuación de la mayoría, pues, siguiendo su más conocida formulación, las minorías quedan englobadas en la «voluntad general» (13). Más allá de las críti-

(11) Utilizo la expresión democracia pluralista en el sentido que le da FRIEDRICH con la denominación de «democracia constitucional». Cfr. C. H. FRIEDRICH: *Constitutional Government and Democracy*, cit. por la versión castellana, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, tomo I, pág. 57, *passim*. La imbricación de la Constitución normativa con la democracia pluralista ha tenido brillantes expositores cuyo legado nos sirve de punto de partida. Así, en España, PEDRO DE VEGA: «Constitución y democracia», en A. LÓPEZ PINA: *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983, y FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991, especialmente págs. 19 a 28. Como se desprende de las páginas siguientes, es la posición mantenida, más allá de las variantes propias introducidas por cada uno de ellos, por GOMES CANOTILHO, en Portugal; por ZAGREBELSKY, en Italia o por HÄBERLE, en Alemania.

(12) «Artículo 1», en Ó. ALZAGA (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo I, Edersa, Madrid, 1996, pág. 132.

(13) No parece necesario abundar en la tesis de la «voluntad general» de ROUSSEAU, que trasunta en unanimidad la voluntad de la mayoría (*El Contrato Social*, Libro I, cap. VII). Respecto a su crítica, ya fue puesta de manifiesto por KELSEN la ficción de que la mayoría represente también a la minoría y, en consecuencia, la voluntad de la mayoría fuera la voluntad general [cfr. H. KELSEN: *Wesen und Wert der Demokratie* (1920), cit. por la edición castellana, Guadarrama, Barcelona, 1977, pág. 83]. Más radical es la postura de SIÈYES para quien la minoría es aquello que si no existiera se estaría mucho mejor y los problemas serían resueltos con mayor facilidad (cit. en G. AMATO: «Il dilemma del principio maggioritario», *Quaderni Costituzionali*, 1994, n. 2, pág. 173). Sobre las distintas posiciones en la dialéctica mayoría-minoría en el pensamiento político ilustrado de la época revolucionaria, pueden consultarse entre otros, F. CHUECA RODRÍGUEZ: *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 90-109. La argumentación no es aplicable a los Estados Unidos donde, como es sabido, ya en

cas teóricas y políticas a la construcción, resulta inaplicable cuando los conflictos sociales quiebran la imagen de unidad teórica del «pueblo» y manifiestan una pluralidad de intereses y valores a menudo contrapuestos (14). Las constituciones normativas de posguerra tienen el antecedente traumático de la crisis constitucional provocada por la emergencia de la diversidad social en el periodo de entreguerras pero, a su vez, cuentan con la experiencia de la exclusión jurídica, e incluso física, de las minorías. Se constata, en la práctica, que el legislador puede abusar de su poder para privar a las minorías de sus derechos más elementales (15). Con este antecedente histórico, no sólo reconocen la participación en la vida política de los distintos grupos sociales, económicos, culturales, religiosos, etc., que confluyen en la sociedad, sino que prevén instrumentos para su protección. El «pueblo» está formado por una agregación de intereses diversos que pugnan por imponerse, no es un todo homogéneo. Por ello, el principio democrático no puede seguir configurándose en torno a la identificación de la voluntad de la mayoría con la voluntad general (Rousseau). Su definición se adapta al reconocimiento político de los distintos grupos que componen la sociedad, también de los minoritarios. En una Constitución que pretende regular normativamente la organización política, el reconocimiento de las minorías tiene como consecuencia su protección jurídica. Con estos presupuestos, no es asumible una noción de democracia basada en el carácter ilimitado y absoluto de la mayoría sino que resalta, como rasgo nodal de la democracia pluralista, la protección de las minorías (16).

La constitución normativa no oculta la heterogeneidad del entramado social ni sus conflictos; aun a riesgo de su debilitamiento, se asienta sobre ese reconoci-

el Federalista MADISON y JEFFERSON señalaban el peligro de que la mayoría violara los derechos individuales. En cualquier caso, como ha destacado SARTORI: «el despotismo electivo a que se referían no guarda realmente conexión con la relación mayoría-minoría sino con el principio de que el poder no dividido es siempre excesivo y peligroso» (G. SARTORI: *The Theory of Democracy Revisited*, cit. por la versión en castellano, Alianza Editorial, Madrid, 1988, tomo I, pág. 171). De hecho, la función del Tribunal Supremo americano como «protector de las minorías» es relativamente reciente, como consecuencia del proceso de extensión del principio de igualdad de la sociedad política a la sociedad civil (cfr. J. PEREZ ROYO: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, pág. 33).

(14) Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 32.

(15) Sobre la influencia de la vulneración de los derechos de las minorías con el ascenso al poder del fascismo en Italia y Alemania en el constitucionalismo normativo de posguerra, cfr. como ejemplos de una bibliografía inabarcable, entre otros, M. CAPELLIETTI: «¿Rencor de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?», *REDC*, 17, pág. 27; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1983, tercera edición, pág. 133.

(16) Como señala F. BALAGUER, que ha desarrollado esta idea, «cuando se concebía la sociedad como un todo homogéneo, sin diferenciaciones, no había motivos para introducir límites. Sin embargo, éstos son imprescindibles cuando se reconoce su pluralidad» (*Fuentes. II.*, cit., pág. 32). Sobre la imposición de la protección de las minorías frente a los principios revolucionarios de 1789, cfr. P. HABERLE: *1789 als Teil der Geschichte. Gegenwart und Zukunft des Verfassungsstaates*, cit. por la traducción al castellano, Trotta, Madrid, 1998, pág. 78.

miento (17). Asume la fragmentación social, su carácter de Constitución de compromiso entre fuerzas antagónicas, y pretende articular los conflictos a través de un proceso de integración del pluralismo social en una unidad política, concebida como objetivo a perseguir y paralela a la integración de la pluralidad de fuentes en la unidad del ordenamiento (18). Esta integración, la voluntad de convertir en dialógica una realidad dialéctica, por decirlo en los términos de Gomes Canotilho (19), deberá partir de los elementos constitutivos de la sociedad, pero habrá de contar con instrumentos constitucionales específicos que favorezcan ese tránsito.

En el primer sentido, se ha apuntado que el principio democrático de la Constitución normativa se asienta sobre el pluralismo, pues atiende a una realidad social inevitablemente plural con grupos sociales, económicos y diversidades culturales, ideológicas, religiosas, etc. Asistimos a una identificación, inhabitual en la historia del constitucionalismo, entre realidad social y regulación constitucional. El pluralismo no es sólo la constatación de una característica de la sociedad de nuestro tiempo sino también un valor constitucionalmente reconocido (20). En definitiva, se trata de un elemento constitutivo del Estado constitucional. Determina una noción de democracia caracterizada por la aplicación de la mayoría como regla para la toma de decisiones, de cuya aplicación resultan minorías que no son advertidas como excepción tolerable, sino convertidas en elemento delimitador del principio en cuanto su protección constituye un componente esencial del valor que lo fundamenta. Se produce, de esta forma, una ligazón inextricable entre minoría y democracia.

Con estos presupuestos, podemos avanzar en el segundo aspecto indicado: la determinación de los instrumentos constitucionales que coadyuvan a la articulación del pluralismo social. De la acotación de los rasgos constitutivos de la sociedad resultan dos premisas. En primer lugar, los instrumentos que permiten la integración

(17) Es la famosa argumentación de SCHMITT en el sentido de que el reconocimiento del pluralismo destruye la Constitución [C. SCHMITT: *Der Hüter der Verfassung* (1929-1931), cit. por la edición en castellano Tecnos, Madrid, 1983, págs. 125-154]. Con una intención opuesta, con la voluntad de afrontar los problemas de la democracia pluralista, ha señalado P. de Vega que «al ser producto del pacto entre fuerzas políticas contradictorias y con intereses sociales diferentes, los principios ideológicos que las orientan tienen, por fuerza, que resultar ambiguos. Lo que se traduce en que ni la Constitución pueda considerarse como la armadura de un sistema social homogéneo, ni pueda concebirse tampoco como un arma de gobierno eficaz» (P. DE VEGA: «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *REP*, 7, 1979, pág. 105).

(18) Cfr. G. ZAGREBELSKY: *Manuale di Diritto Costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto* (1984), UTET, Torino, 1988, págs. IX a XI. Conviene recordar también el tópico argumental de HESSE sobre la «eficacia integradora de la Constitución». Cfr. K. HESSE: *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1983, pág. 50. El origen de esta idea debe buscarse en la «teoría integracionista de la Constitución» debida a R. SMEND *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1928, edición en castellano, CEC, Madrid, 1985).

(19) Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 405.

(20) Cfr. en este sentido, M. GARCÍA PELAYO: *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, segunda edición, pág. 204; I. MOLAS: «La oposición en el parlamentarismo mayoritario», *RCEC*, 2, 1989, pág. 49.

no pueden ser otros que los que aseguran el pluralismo. Y, además, en segundo lugar, éstos se identifican, en un plano jurídico, con los que garantizan la protección de las minorías, a partir de la legitimación democrática de la mayoría en el ejercicio del poder. Por ello, resulta determinante para la integración, si admitimos la argumentación propuesta, no tanto el establecimiento de límites o controles, más o menos abstractos, a la actuación del poder, sino el reconocimiento de garantías efectivas que puedan ejercitarse por los individuos y los grupos en que se integran. Entre los distintos tipos de minorías, no preocupan a estos efectos las «políticas» (Friedrich) u «ocasionales» (Pizzorusso), que tras un proceso electoral pueden convertirse en mayorías, sino las desarticuladas y autorreferentes «minorías sociales», en la dicotomía del autor alemán, o «tendencialmente permanentes» en la del italiano (21). Éstas, por un lado, necesitan la protección de manera permanente, y, por otro, no suponen una amenaza al ejercicio del poder por lo que puede surgir la tentación de excluirlas del proceso político. En este plano, el instrumento primero para la garantía de los colectivos minoritarios es el reconocimiento de derechos fundamentales a sus miembros. La Constitución y, más en concreto, el sistema de derechos y libertades pretenden la protección de los ciudadanos frente a las decisiones adoptadas por la mayoría, aun cuando ésta actúa siguiendo lo que entiende por interés general o común de todos los ciudadanos (22). La eficacia de los derechos fundamentales del individuo, como primera minoría, en una constitución normativa se concreta en su protección frente a todos, también, por ende, frente a la mayoría. Y resulta lógica, tanto histórica como dogmáticamente, su extensión a los grupos en que se integra (23).

Sin embargo, el constitucionalismo liberal europeo ha enseñado —es una obviedad recordarlo a estas alturas— que no bastaba el reconocimiento formal en forma de mandatos constitucionales de un sistema de derechos y libertades para que queden garantizados frente a los poderes públicos. Esto es, la mera formulación era insuficiente para evitar los múltiples modos en que la mayoría podía tiranizar a la minoría. Por ello, debe provisionarse de mecanismos para oponerse, en su caso, a la decisión adoptada, en defensa de sus derechos.

Es justamente en este punto donde adquiere trascendencia en el proceso de integración de la pluralidad social a través del reconocimiento de los derechos de los individuos y de los grupos, la justicia constitucional. Es un mecanismo de garantía ordinaria de la normatividad de la Constitución que, como ha indicado F. Balaguer no manifiesta un poder social concreto, sino el acuerdo mutuo de los diversos poderes sociales expre-

(21) *Vid.* nota 1.

(22) En este sentido, R. DWORKIN: *Taking Rights Seriously* (1977), cit. por la versión en castellano, Ariel, Barcelona, 1989, segunda edición, pág. 211.

(23) Así, indica F. BASTIDA que «la minoría no se protege en función de no ser mayoría, sino en función de ser una agrupación de individuos, de seres humanos cuya dignidad no desaparece por la cantidad o cualidad del grupo en el que se integra» (F. BASTIDA FREIJEDO: «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, 1, 1998, pág. 432).

sados en la Constitución (24). De ahí su virtualidad para proteger a las minorías en las que se articula el pluralismo social. Si el sistema de derechos era una garantía formal o política para el pluralismo social, la justicia constitucional hace efectiva esa garantía, convirtiéndose, por ello, en instrumento para la integración.

No supone, sin embargo, la dependencia entre el ejercicio de los derechos y la intervención de la justicia constitucional. Tal conclusión determina una configuración restrictiva de los derechos. Éstos tienen en el legislador democráticamente elegido a su primer garante, encargado de su desarrollo y de su adaptación a los cambios sociales. Pero, además, pone en riesgo a la propia justicia constitucional, al someterla a una presión y a un riesgo excesivos. Deben arbitrarse los cauces para evitar la inmisión o garantizar la intervención, según se trate de un derecho de libertad o prestacional sin necesidad de incoar la garantía judicial, de la misma forma que deben habilitarse los procedimientos que hagan posible la participación de las minorías en la producción normativa. Sin embargo, más allá de esta garantía política, los órganos de justicia constitucional son relevantes en la delimitación de un ámbito material de protección jurídica indisponible para los poderes públicos (25). En este sentido, no es casual que la justicia constitucional se haya adaptado a las necesidades de las constituciones normativas de posguerra, adecuándose a las condiciones del pluralismo social (26). Precisamente porque la sociedad pluralista es conflictiva y la toma de decisiones puede conllevar el uso abusivo del poder legítimo, es cada vez más relevante que un órgano específico se reserve la función de garantía de los derechos de los individuos y de los grupos en que se integran (27). Para cumplir

(24) Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes*. I. cit., pág. 139. En ese mismo sentido continúa diciendo el profesor BALAGUER que «la posición central de la Constitución normativa en el ordenamiento sólo se puede explicar si se tiene en cuenta su función de equilibrio o de integración si se quiere, que la Constitución y la jurisdicción constitucional desarrollan» (*ibidem*, pág. 139).

(25) Sobre esta distinción entre garantía política y justicia constitucional en el origen de los tribunales constitucionales, cfr. P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 28. Sobre sus consecuencias dogmáticas, en el sentido apuntado en el texto, cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes... I*, cit., pág. 139. También PÉREZ ROYO explica, con unos presupuestos algo distintos, la conversión de la garantía política en garantía jurídica, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, cit., págs. 41-43.

(26) Si retomamos el célebre debate SCHMITT-KELSEN, en el período de entreguerras, resulta nítido que nuestra interpretación es justamente la contraria a la defendida por SCHMITT que, frente a la disolución pluralista del Estado propone el Estado total, en el que se abola cualquier distinción entre Estado y sociedad, en favor del primero, y puedan eliminarse las fuerzas sociales hostiles en aras de la unidad política del pueblo. Por ello, la configuración de la justicia constitucional como instrumento de protección de las minorías queda descartada en cuanto se niega la premisa mayor: que las minorías deban ser protegidas. Su tutela contribuye a la destrucción del pueblo como unidad política y de la Constitución (Cfr. C. SCHMITT: *Der Hüter...*, cit., págs. 125-154). Extensamente sobre el debate y la posición de SCHMITT, C. M. HERRERA: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *REP*, 86, octubre-diciembre, 1994, págs. 195-227).

(27) Es lo que CAPELLETTI ha denominado el «éxito de la justicia constitucional como instrumento para la protección de los derechos humanos y su profundo impacto en la forma de gobierno de democracia libre» (M. CAPELLETTI: «Renegar...», cit., pág. 15).

adecuadamente esa función se aparta de su sentido primigenio, como órgano arbitral de los distintos poderes del Estado en una dimensión horizontal y vertical, priorizando su función como órgano de garantía (28).

La definición de la justicia constitucional ha evolucionado, lógicamente, en paralelo. Se advierte la tendencia superadora de una concepción formal, referida al órgano, o material, que se remite al control judicial de la constitucionalidad de las leyes, imponiéndose en la actualidad una definición amplia que la vincula a la fiscalización de la observación y cumplimiento por los poderes públicos de las normas y principios constitucionales en el momento aplicativo (29). La dirección resulta adecuada a las características actuales del constitucionalismo. La fundamentación de la justicia constitucional en la democracia pluralista se apoya, siguiendo la argumentación de Zagrebelsky, en dos condicionantes, uno de carácter formal: la Constitución como norma jurídica, y otro de carácter político sustancial: el pluralismo. La primera es la condición teórica; la segunda, la práctica, en cuanto tiene como función la salvaguarda del pluralismo (30). No se trata, por ello, de un mero órgano de limitación del poder, sino que permite la articulación de un sistema de garantías que sirven de parámetro para la resolución de las controversias que surjan en la aplicación del Derecho Constitucional, con la característica fundamental, en cuanto asegura su efectividad, de que pueden ser activadas por los ciudadanos (31). De esta manera se

(28) Sobre la vinculación inicial del sistema europeo de justicia constitucional a los conflictos entre órganos y, fundamentalmente, a los conflictos de delimitación de competencias en los Estados federales, cfr. P. CRUZ VILLALÓN: *La formación...*, cit., pág. 415, *passim*. Específicamente sobre la orientación a los problemas federales en la Alemania de Weimar, cfr. la contribución de H. SIMON sobre la jurisdicción constitucional, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Handbuch des Verfassungsrechts*, cit. por la traducción española de A. LÓPEZ PINA, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 826. Ésta es la tendencia advertida en un acercamiento histórico. No obstante, procede recordar que ya en la formulación pionera de la justicia constitucional concentrada, que realizó KELSEN, encontramos su vinculación a la democracia pluralista que, como se expone en el texto, se desarrollará con plenitud en las constituciones de posguerra. La diferencia es que el fundamento de la construcción kelseniana no es el reconocimiento del pluralismo social sino la necesidad de garantizar la paz social. Señala KELSEN que «la justicia constitucional debe ser apreciada también desde este punto de vista. Asegurando la confección de las leyes y, en particular, también su constitucionalidad material, es un medio de protección eficaz de la minoría contra las imposiciones de la mayoría», y continúa, «si se considera que la esencia de la democracia se halla, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría y, por consiguiente, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esa idea» (H. KELSEN: «La garantie jurisdictionelle de la Constitution», *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, XVI, 1928, págs. 252-253).

(29) Desde presupuestos distintos desembocan en esta definición, por ejemplo, J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito...*, cit., págs. 958-959; F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes...* I, cit., pág. 139; F. RUBIO LLORENTE: «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 155-156.

(30) Cfr. G. ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, segunda edición, pág. 14.

(31) Justicia constitucional entendida, en cualquier caso, no como una garantía de la Constitución frente a una situación de riesgo sino como instrumento para el funcionamiento adecuado del texto consti-

garantiza la posición jurídica de los distintos grupos concurrentes en la sociedad, como conjuntos de ciudadanos, con las facultades que les fueron reconocidas en el pacto constituyente, más allá de su carácter minoritario o incluso marginal y de su posible exclusión de las negociaciones políticas que pudieran entablar otros grupos.

Puede concluirse, por consiguiente, que merced a la intervención de la justicia constitucional como elemento de equilibrio entre las distintas fuerzas divergentes que concurren en la sociedad se materializa la integración política en torno a los valores establecidos por el constituyente y, específicamente, a la protección de las minorías, concreción del pluralismo. A diferencia del proceso político, la justicia constitucional funciona con criterios objetivos en un marco racional que favorece la integración. Pero ésta no resulta inmediatamente, a nuestro juicio, de la existencia de mecanismos constitucionales de protección que se acomodan a los valores constitucionales sobre los que se asienta el ordenamiento, sino, más concretamente, por su aplicación a las manifestaciones disidentes de las minorías, de la efectividad real del *status activus processalis* y del *status corporativus*, en las conocidas expresiones de Häberle (32), especialmente cuando se trata de minorías tendencialmente permanentes. La actuación garantista del Tribunal Constitucional legitima a la mayoría siquiera en forma de persuasión política, esto es, la existencia de mecanismos de garantía a disposición de ciudadanos y grupos permite presumir que si no son activados es porque no existe duda alguna sobre la legitimidad constitucional de la actuación de la mayoría (33). Pero, a nuestro objeto, es esencial la perspectiva subjetiva. En ella nos enfrentamos a la lábil cuestión de la tutela privilegiada de las minorías que es, podemos anticiparlo ya, una de las cuestiones irresolubles desde la técnica jurídica en la democracia pluralista. De la argumentación desarrollada hasta aquí puede deducirse que rechazamos el tratamiento privilegiado de las minorías como sujetos de derechos singulares. Hemos partido del igual *status* ciudadano para configurar el derecho de las minorías como extensión a los grupos, en cuanto conjunto de individuos, de los derechos individuales (34). Sin embargo, la importancia de las minorías

tucional en un contexto de normalidad constitucional dentro de un sistema conflictivo por la presencia de grupos con intereses diversos y, frecuentemente, enfrentados. En expresión de ZAGREBELSKY no es una garantía primaria, referida las condiciones fundamentales de la existencia de la Constitución, sino una garantía secundaria que, asentada la existencia de la Constitución, debe preocuparse de su funcionamiento (G. ZAGREBELSKY: *La giustizia...*, cit., pág. 27).

(32) Sobre el sentido que su autor da a la expresión, cfr. la conversación que mantuvo con el profesor BALAGUER: «Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el Prof. Häberle», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997, págs. 22-24. También la recepción de esta idea por J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito...*, cit., pág. 1023.

(33) Consideramos aplicable al caso, *mutatis mutandi*, la tesis de la legitimación política que aporta a la ley la posibilidad de impugnación ante el Tribunal Constitucional, en los términos expuestos por J. JIMÉNEZ CAMPO: «El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *op. cit.*, págs. 71-72.

(34) Una formulación completa de la posición que rechazamos en LEVRAT: «Minorités et démocratie», *Civitas-Europa*, 1, 1998. Para este autor, los derechos de las minorías existen al margen de «los de-

para el principio democrático trasciende a la mera garantía de sus intereses. Por ello, si sus pretensiones son rechazadas de forma sistemática por el órgano de garantía, aun cuando se reconozca su participación en el proceso democrático o jurisdiccional, no se estaría produciendo la integración del pluralismo social y, con ello, el equilibrio del sistema, sino que, más bien, se estaría negando la existencia del conflicto. A partir de este razonamiento, adquiere sentido la propuesta de que las minorías tendencialmente permanentes reciban una «protección especial» por el órgano garante de ese proceso integrativo. La dificultad estriba, como bien apunta Chueca y es la clave del problema que se aborda, en establecer la línea que separa el derecho a un trato distinto de la simple minoración del ámbito de ejercicio de los ciudadanos pertenecientes a la mayoría, que son titulares de idénticos derechos (35). La solución política resulta nítida: el acuerdo entre mayoría y minoría, de manera que la primera soporte determinadas restricciones en el ejercicio de sus derechos a cambio de la integración política de la segunda. Sin embargo, esta posibilidad tiene algunos óbices que no podemos soslayar. En primer lugar, se puede conseguir al margen del Estado de derecho, que somete a ciudadanos y poderes públicos (36). Pero sobre todo, en segundo lugar, sería posible, seguramente, si estuviéramos ante una minoría ocasional o política, con posibilidades de acceso al poder en un futuro cercano. En otro caso, la mayoría difícilmente aceptará soportar los inconvenientes anejos a la tutela de esa minoría. Constatado que el acuerdo difícilmente puede producirse en sede política cuando se trata de minorías tendencialmente permanentes la propuesta, también necesariamente política, para garantizar el proceso integrativo es la asunción, por parte del Tribunal Constitucional, de la función de «protección reforzada» de las minorías permanentes, que compense en el ámbito de los derechos individuales la situación jurídica de los colectivos apartados del proceso de producción normativa. Las actuaciones en esta dirección no son, obviamente ilimitadas. Pero, no encuentran su límite en el principio de igualdad, sino en el de proporcionalidad, resuelto mediante la comparación de las ventajas para estos colectivos con los inconvenientes que derivan para el ejercicio de los derechos por los ciudadanos que conforman la mayoría (37).

rechos universales del hombre», «más como límites externos, bordeando el proceso democrático, que como elementos integrantes de su funcionamiento» (*ibidem*, pág. 55).

(35) Cfr. R. CHUECA RODRÍGUEZ: «De mayorías y minorías», *REDC*, 42, pág. 336.

(36) *Ibidem*.

(37) Cfr., en este sentido, A. PIZZORUSSO: *Minoranze...*, cit., págs. 150-151. Sobre la relación entre los principios de igualdad y proporcionalidad, cfr. también, *ibidem*, págs. 77-87.

III. LA CRÍTICA A LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS PERMANENTES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

La exposición previa permite cotejar la crítica que un significativo sector de la doctrina iuspublicista alemana y de la clase política de ese país han realizado al reconocimiento por el Tribunal Constitucional de determinados derechos a ciudadanos pertenecientes a grupos minoritarios. El Tribunal se sitúa justamente en la posición descrita cuando mantiene que su función es la protección de las minorías y descarta, taxativamente, cualquier aplicación del principio mayoritario; los políticos de las fuerzas políticas mayoritarias, con el respaldo de la opinión pública, rechazan esa interpretación del principio democrático y critican la función del Tribunal Constitucional.

Las mencionadas sentencias originan en Alemania una fuerte campaña política contra las decisiones del Tribunal Constitucional, que tiene su momento álgido tras la sentencia del crucifijo. La protección constitucional otorgada a las manifestaciones de los pacifistas en contra de la guerra suponían para el Ministro Federal de Defensa (Ruhe), «carta libre para vilipendiar a los soldados», la no inclusión de las «sentadas» (*Sitzblockaden*) en el tipo penal de la coacción generaba «inseguridad jurídica y amenaza la paz jurídica» (Schäuble) y, finalmente, la imposibilidad de colgar el crucifijo en las escuelas públicas de Baviera para preservar el derecho a la libertad religiosa, en sentido negativo, provocó una catarata de manifestaciones públicas en contra. Resalta en este caso que, más allá de la apocalíptica declaración de la puesta en peligro por la sentencia de «la obra de la cultura occidental», debida al Canciller federal, Kohl, la línea de ataque se dirige, preferentemente, a su inadecuación a la «voluntad popular» del *Land* de Baviera. Para su máxima autoridad, el jefe del Gobierno, Stoiber, es comprensible la rebelión de la gente porque «se ha impuesto la intolerancia de la minoría, sin respetar el sentimiento de la mayoría de los ciudadanos» (38).

La relación entre política y Derecho es siempre conflictiva pues, como señaló el Tribunal Constitucional Federal en su primera época, «no es de absoluta separación sino de control y moderación entre ellos» (BVerfGE 3, 225 —247—) (39). En Alemania, como en los restantes países de Europa y América que cuentan con una forma u otra de justicia constitucional, se ha producido un episódico cuestionamiento del Tribunal tras la acusación de hacer política (40), coetáneo, habitualmente, al re-

(38) Son en todos los casos declaraciones públicas aparecidas en los dos periódicos de mayor difusión en Alemania, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* y *Süddeutsche Zeitung*. Cfr. éstas y otras muchas manifestaciones del mismo tenor en R. LAMPRECHT: *Zur Demontage...*, cit., págs. 21-52.

(39) Sobre esta relación en las distintas épocas del Tribunal Constitucional Federal, cfr. por todos, K. HESSE: «Stufen der Entwicklung des deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR)*, tomo 46, 1998. Versión en castellano en *Teoría y realidad constitucional*, 1, 1998, págs. 99-122.

(40) Cfr. respecto a Alemania, P. HABERLE: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Athenäum Verlag, 1980, págs. 55-79.

surgimiento del argumento del déficit de legitimidad democrática de este órgano constitucional (41). Por ello, tal situación no provoca generalmente una crisis de la institución pues, por decirlo de forma extrema, es su estado normal, e incluso, visto en una perspectiva positiva, genera el efecto de mantener vivo el debate e impedir la *fossilización*. Sin embargo, en esta ocasión, la virulencia de la campaña política y mediática ha conseguido minar la autoridad del Tribunal Constitucional, al que se acusa de extralimitarse en sus funciones. Así, una institución respetada, que ocupaba los primeros puestos en la consideración ciudadana, desciende hasta el fondo en la escala de prestigio (42).

De cualquier manera, dejando aparte la intensidad de la campaña, se advierten dos novedades imbricadas que le aportan una cualidad distinta a las surgidas en otras épocas (43). En primer lugar, existe una voluntad por parte de los poderes públicos, expresamente manifestada, de no respetar la sentencia (44). A esa intención responden las actuaciones legislativas para contrarrestar sus efectos. Pero, además, en segundo lugar, como ha expuesto Benda, antiguo Presidente del Tribunal Constitucional, los ataques no se dirigen al órgano constitucional en su conjunto, sino,

(41) Es una de las eternas cuestiones de debate tras la aparición de la justicia constitucional. Desde entonces se han multiplicado los modelos teóricos que permiten conciliar democracia y justicia constitucional así como las impugnaciones de la segunda tomando como argumento el principio democrático. Una descripción de los distintas tesis conciliatorias e impugnadoras en U. R. HALTERN: «Demokratische Verantwortlichkeit und Verfassungsgerichtbarkeit. Nachbemerkungen zur Diskussion um den Kruzifix-Beschluss», *Der Staat*, tomo 35, 1995. En nuestra doctrina resulta muy interesante sobre esta cuestión la monografía de V. FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

(42) En este sentido, al hilo de la polémica descrita, cfr. J. BERKEMANN: «Das Bundesverfassungsgericht und seine Fachgerichtsbarkeit. Auf der Suche nach Funktion und Methodik», *DVBl*, 1996, Heft 15, págs. 1028-1030 o E. W. BÖCKENFÖRDE: «Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *ZRP*, 1996, 8, pág. 281; J. ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht, quo vadis?», *JZ*, 1996, 22, pág. 1085. Incluso se propone su supresión con el argumento de que en una democracia estable durante decenios se ha recuperado la confianza en el legislador y no se necesita ya un guardián todopoderoso, cfr. H. SÄCKER: «Gesetzgebung durch das BVerfG? Das BVerfG und die Legislative», en M. PIAZZOLO: *Das Bundesverfassungsgerichts. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, Hase und Kochler, Mainz-München, 1995, pág. 219.

(43) Sobre todo desde la unificación han aumentado en Alemania los conflictos constitucionales que tienen un contenido político lo que ha incrementado, correlativamente, la tensión entre el Derecho y la política en el seno del Tribunal y, por ello, como se advertía en el texto, la discusión teórica sobre la aptitud del Tribunal Constitucional para controlar al legislador. Son significativas en este sentido, entre otras, las sentencias que se refieren a la reforma del suelo (BVerfGE 84, 90), al status del PDS en el Bundestag (BVerfGE, 84, 304), al Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155), a los límites de actuación exterior del ejército alemán (BVerfGE 88, 173; 89, 38; 90, 286), a la nueva ley del aborto (BVerfGE 88, 203), al principio de devolución de las propiedades en la antigua DDR (BVerfGE 84, 90, entre otras), a la problemática del derecho de asilo (BVerfGE 92, 245) o a la financiación de los partidos (BVerfGE 85, 264). Sin embargo, las sentencias que analizamos no afectan al funcionamiento del Estado sino al ejercicio de derechos por parte de ciudadanos incluidos en grupos minoritarios como pacifistas, extremistas de izquierda o no creyentes.

(44) Cfr. J. NEUMANN: «Rechts...», cit., pág. 386.

concretamente, a la *Verfassungsbeschwerde*, esto es, al proceso constitucional de protección de los derechos y libertades (45).

La aprobación de modificaciones legislativas que contrarrestan los efectos de las sentencias no pretenden un enfrentamiento con el Tribunal Constitucional, cuya función constitucional no cuestionan, sino que regulan nuevamente la materia para impedir, en las palmarias palabras de los políticos conservadores bávaros en el conflicto sobre el crucifijo que «una pequeña minoría imponga su voluntad a una mayoría». Así, cuando se dicta la sentencia *Mörder* (BVerfGE 93, 266), se tramita una modificación de la legislación penal. Se incorpora, en el capítulo de los delitos para la protección del Estado, un nuevo precepto en el que se castigan de forma expresa las manifestaciones que pudieran realizar los pacifistas con el presupuesto, sorprendentemente indeterminado para tratarse de una norma penal, de que supongan una desconsideración del ejército a la vista de la opinión pública (46). Más lejos aún ha llegado el legislador bávaro en su oposición a la sentencia del crucifijo. Incluye en la Ley de Educación y Enseñanza de Baviera una regulación que sustituye, ahora con rango de ley, el contenido normativo del precepto reglamentario anulado por inconstitucional. Indica expresamente, en este nuevo apartado, que para resolver el conflicto que pudiera producirse por la presencia de niños contrarios a la colocación del crucifijos en las aulas se buscará un acuerdo amistoso y, en su defecto, se ponderarán los derechos siendo «posible considerar la voluntad de la mayoría» (47). Esta

(45) Cfr. E. BENDA: «Gegenwind...», cit., págs. 560-562.

(46) El nuevo párrafo 109 b) StGB señalaba: «Quien públicamente en una reunión o a través de la propagación de escritos difame de alguna manera a los soldados en relación a su servicio, de forma suficiente para reducir la consideración de la defensa federal o los soldados en la opinión pública será condenado con la pérdida de la libertad de hasta tres años o con pena pecuniaria».

(47) El nuevo art. 7 III de la Ley bávara, promulgado después de la sentencia indicaba que «en vista de la historia y la cultura de Baviera se colgará en cada aula un crucifijo. Con la voluntad de formar en los más altos valores educativos de la constitución, según los fundamentos cristianos y occidentales, bajo la orientación de la libertad de creencias. Si la fijación de la cruz contraria las conciencias o creencias serias y comprensibles de algún alumno, el director de la escuela buscará un buen acuerdo. Si el acuerdo no es exitoso, deberá dar una regulación para el caso concreto. Esta tiene que atender a la libertad de creencias del afectado y a las convicciones religiosas e ideológicas de toda la clase, encontrando una salida razonable. Para ello es posible considerar también la voluntad de la mayoría». En el caso *Sitzblockaden*, la coalición gubernamental CDU-CSU no contó con el apoyo de sus aliados parlamentarios del FDP para reformar la legislación.

Nos encontramos con la discutida cuestión de la prohibición de repetición de una norma declarada inconstitucional que ha sido analizada en los distintos ordenamientos que han desarrollado la justicia constitucional. En Alemania, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión no se ha caracterizado por su carácter cerrado sino que ha evolucionado desde la prohibición de repetición (*Widerholungsverbots*) a su más reciente aceptación. En la BVerfGE 1, 14 —37—, señala que el legislador no puede promulgar una norma cuyo contenido sea idéntico al de otra declarada inconstitucional. Sin embargo, en el BVerfGE 77, 84 —103— mantiene justamente la postura contraria, pues la libertad de aplicación y aprobación del legislador sólo queda limitada por la declaración de inconstitucionalidad y, por ello, no impide una regulación igual o similar (Cfr. P. BADURA: *Das Kreuz...*, cit., págs. 37-38; G. C. BILETZKI: «Das Kreuz...», cit., pág. 2633; E. DETTERBECK: «Gelten die Entscheidungen des BVerfG auch

inclusión de la voluntad de la mayoría en el ámbito de una posible colisión de derechos denota que la preocupación del legislador bávaro no eran las hipotéticas extralimitaciones del Tribunal Constitucional sino la posición jurídica de las minorías que resultaba de su jurisprudencia.

Respecto a la segunda novedad, es conocido que el recurso de amparo es un mecanismo procesal-constitucional que garantiza el ejercicio de los derechos frente a los poderes públicos y los particulares y, a su través, asegura la protección de las minorías en una sociedad pluralista. Si la finalidad de la crítica es, en el sentido expuesto por Benda, el desprestigio de este proceso constitucional por su inadecuación a la voluntad de la mayoría se está cuestionando el instrumento que habilita la protección de las minorías en aras de su integración política. Hemos comprobado su importancia para la realización de la democracia pluralista. Por tanto, podemos concluir que no estamos ante el supuesto habitual de conflicto entre principio democrático y justicia constitucional sino, en una perspectiva distinta, ante el cuestionamiento de la concepción pluralista de la democracia en general y la protección de las minorías en particular. La posición mantenida por los políticos de los grupos mayoritarios entonces en Alemania y en Baviera, a la que se suma un amplio sector de la doctrina iuspublicista, supone un ataque a la democracia pluralista. El Tribunal Constitucional se convierte en objetivo inmediato de la crítica sólo en su condición de instrumento de garantía para la protección de las minorías.

La situación descrita es especialmente notoria si atendemos a las respuestas doctrinales aportadas para solventar la colisión entre la negativa libertad de religión de una minoría y la positiva de la mayoría en el conflicto sobre el crucifijo en la escuela pública. El Tribunal excluye la aplicación del principio mayoritario, así como el juego de otros principios que, finalmente pueden desembocar en éste, como la tolerancia de la minoría, o de elementos ajenos al parámetro constitucional como la tradición (48). A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos — la política exterior, por ejemplo—, en los que se autolimita para dejar un amplio margen a la libre aplicación política, garantizando las competencias del ejecutivo, en materia de derechos fundamentales ha avanzado más en su eficacia funcional con la consecuencia de un mayor intervencio-

in Bayern?», *NJW*, 1996, Heft, 7, pág. 427-431). La aportación reciente más interesante es, seguramente, la de DETTERBECK, que explica cómo la eficacia obligatoria de la sentencia vincula al legislador pero con algunos límites, de forma que el legislador futuro puede partir de la sentencia constitucional para matizar la legislación posterior en relación a la anterior. Así, una norma exactamente igual sería declarada inconstitucional si fuese sometida al Tribunal Constitucional, salvo que éste expresamente modificara su doctrina, pero una similar podría ser constitucional. Ahora bien, nada impide que el legislador elabore la nueva norma.

(48) La solicitud de tolerancia a la minoría se recoge en las sentencias de los tribunales administrativos de Ratisbona y Baviera que conocieron el asunto. En el mismo sentido, se señala que la cruz en la escuela no es sólo un símbolo del cristianismo y, en ningún caso, aporta un contenido misionero. Es un signo de la cultura occidental de acuñación cristiana, que vale también para los no cristianos. Ésta es una idea ampliamente difundida por los críticos a la sentencia. Cfr. por todos, HECKEL: «Das Kreuz...», cit., págs. 465-471.

nismo en defensa de la posición jurídica de los particulares (49). De esta forma, intenta evitar un sobreapoyo estatal basado en la fuerza del número o en la relevancia social del grupo. Ha concedido primacía al ejercicio de los derechos por parte de la minoría, frente a los poderes públicos. Es, en este sentido, un buen ejemplo práctico del planteamiento teórico efectuado antes. Nos hallamos ante una minoría tendencialmente permanente que apoya su actuación en la vertiente negativa de un derecho constitucionalmente reconocido. Este puede colisionar con el ejercicio del derecho en sentido positivo que, al responder a la voluntad de la mayoría, ha sido impuesto normativamente por el legislador. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha brindado amparo al ejercicio negativo del derecho, anteponiendo a otros elementos de ponderación la protección de la minoría en el ejercicio de sus derechos.

Frente a ese resultado, un sector de la doctrina alemana aborda de forma distinta la colisión de derechos. Sus posiciones pueden sintetizarse, a nuestro objeto, en la introducción de la voluntad mayoritaria como criterio a ponderar para la resolución del conflicto. El fundamento es el clásico, la tensión entre democracia y Tribunal constitucional o, dicho de otra manera, la referencia explícita a la carencia de legitimidad democrática de la justicia constitucional. Por ello, sólo si se adecua a la conciencia jurídica de la mayoría de los ciudadanos mantiene el Tribunal su autoridad. Para cumplir su función de pacificación precisa un consenso general sobre la interpretación que realiza y ésta solo se produce si existe la mencionada adecuación. En caso contrario nos hallamos ante la «justicia del cadí» (50). El punto de partida de las posiciones críticas que sintetizamos es que la protección de los derechos no está subordinada al principio mayoritario. Pero, se añade, esta formulación inicial debe matizarse cuando la posición minoritaria pone en cuestión los derechos fundamentales de la mayoría. En ese caso es necesaria la ponderación entre la distinta intensidad de ambas posiciones, en un proceso que debe atender al interés general, que no puede ser otro que el interés de la mayoría. En definitiva, la defensa de los intereses generales, como intereses de la mayoría, permite limitar los derechos individuales. De esta forma, las concepciones y valores mantenidos por la mayoría en cada momento inciden en la interpretación de los derechos, que no deben ser hipertrofiados para imponerlos sobre la voluntad mayoritaria. Así, la libertad religiosa o la libertad de opinión encuentran límites específicos en las valoraciones mayoritarias sobre la fundamentación cristiana de la sociedad o la importancia de la institución militar. Estas concepciones de la mayoría tienen significado también en una sociedad pluralista. Queda limitada la protección de las minorías puesto que, en caso de conflicto, no puede imponerse una decisión que desapruueba la mayoría (51).

(49) En este sentido, T. CLEMENS: «Das BVerfG im Rechts und Verfassungsstaat», en M. PIAZOLO (Hrsg.): *Das BverfG...*, cit., pág. 30.

(50) Cfr. T. RAMM: «Zwischen Verfassungspositivismus und Kadijustiz-was nun?», *Juristische Schulung (JuS)*, 1997, 5.

(51) Cfr. los elementos de esta posición apuntados en el texto en, M. HECKEL: «Das Kreuz...», cit., pág. 456; CH. LINK: «Stat...», cit., pág. 3356; J. MÜLLER-VOLBEHR: «Positive...», cit., pág. 999; T. RAMM:

Es nítida la divergencia entre la posición defendida por los autores críticos con la sentencia del crucifijo y las consecuencias de la democracia pluralista. Radica, esencialmente, en la consideración del criterio a adoptar por el Tribunal Constitucional cuando enjuicia actuaciones de los poderes públicos que pueden afectar al ejercicio de los derechos por las minorías permanentes. Hemos sostenido, en la línea apuntada por la mayoría del Tribunal Constitucional alemán, una protección especial de las minorías, habilitada por el principio estructural del pluralismo en aras de la integración social. Por el contrario, los autores citados, en una posición convertida en norma por el legislador bávaro, mantienen en último término, tras intentar una solución para los casos singulares, una interpretación acorde a la voluntad de la mayoría, apoyada en los valores defendidos por esa mayoría social en cada momento histórico. Una clara expresión de la argumentación que late tras las críticas a las sentencias *Mörder* o *Kruzifix* es la de Müller-Volbeh, que, por ello, transcribimos: «El Tribunal Constitucional ha seguido desde hace tiempo una tendencia a valorar de forma más elevada los fundamentos de los derechos individuales de la minoría cuando colisionan con los derechos de terceros. Esta protección de las minorías es arriesgada en tanto que con el desarrollo de una sociedad pluralista también crece el número de las minorías que bajo la apelación a los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional pueden elevar con éxito quejas contra las expresiones de las formas de vida tradicionales e históricas del Estado. Bajo el pretexto de la tolerancia y la protección de las minorías, éstas se sienten animadas a continuar discrecionalmente las campañas contra las instituciones, obras y símbolos del Estado» (52).

El siguiente paso debería ser el desmontaje de la argumentación expuesta por los críticos. Puede decirse, sin atisbo de menosprecio, que la tarea no resultaría difícil. Se ha hecho en la propia doctrina alemana, destacándose que no aportan razonamientos jurídicos sino afirmaciones políticas de precomprensiones dogmáticas (53). Tienen consistencia las críticas basadas en la vulneración de las competencias de los *Länder* o en el injustificado cambio doctrinal respecto a anteriores pronunciamientos, pero en el aspecto que nos interesa, la tutela de las minorías, la inclusión de la voluntad mayoritaria en la resolución del conflicto entre derechos, aun en último término, desacredita la argumentación. La exclusión radical de ese criterio es un presupuesto comúnmente aceptado como nuclear para la comprensión del sistema

«Zwischen...», cit., pág. 394. Concretamente sobre la hipertrofia de la libertad religiosa, KÄSTNER: «Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?», *JZ*, 1998, pág. 974. Una crítica severa de esta posición en L. RENCK: «Zum rechtlichen...», cit., pág. 18. Sobre la protección de los derechos individuales aun al precio del interés general es clásica la tesis de R. DWORKIN: *Taking...*, cit., pág. 229.

La interpretación doctrinal crítica con la sentencia ha sido acogida también en España. Así, M. J. ROCA, tras rechazar la argumentación jurídica apela a «un mínimo de homogeneidad ética para el mantenimiento de un orden público duradero, incluso dentro de una sociedad plural» (*op. cit.*, pág. 272).

(52) Cfr. J. MÜLLER-VOLBEHR: «Positive...», cit., pág. 1000.

(53) Una crítica radical de estas posiciones en J. NEUMANN: «Rechts...», cit., o L. RENCK: «Zum rechtlichem...». Expresamente desde la dialéctica mayoría-minoría, CZERMAK: «Der Kruzifix...», cit., pág. 3351.

en la teoría de los derechos fundamentales: el ciudadano, individualmente considerado o en grupo, puede ejercer sus derechos frente a todos, también, por tanto, frente a la mayoría, so riesgo de la supresión misma de esos derechos (54). De la misma forma, existe un amplio consenso doctrinal en torno a la consideración de la mayoría como una regla de funcionamiento o una fórmula jurídica en la sociedad democrática sustentada en el principio de igualdad, que encuentra un límite precisamente en el ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos. No es, en este, sentido, un principio con legitimación autónoma o un valor absoluto y universal, tal como era configurado en el pasado siglo (55). Sin embargo, esta constatación no agota nuestro objeto. Concluir el carácter injustificado, en la perspectiva seguida, de las críticas a la protección de las minorías que realiza el Tribunal Constitucional federal alemán no culmina las reflexiones que sugiere esta polémica. Antes apuntábamos, y conviene destacarlo, que el objetivo real de la campaña no era el Tribunal Constitucional sino el concreto proceso de garantía de los derechos y, en definitiva, la protección de las minorías resultante de su incoación. A estos efectos, no es baladí la forma en que la crítica política o el propio debate científico se han trasladado a la opinión pública. El verdadero problema, sin duda, enjundioso, que late tras el conflicto, más allá de su utilización política, es la comprobación de que la mayoría social concibe la protección de las minorías como un privilegio inaceptable y reacciona rechazando la actuación del órgano constitucional. Ha explicado Isensee que pueden distinguirse tres campos de tensión en torno a la desconfianza sobre el Tribunal: para el proceso político, para la conciencia de los ciudadanos y para la jurisdicción material (56). En este caso, la actuación de la clase política tiene una amplia acogida en la sociedad (57). La polémica no se ciñe al ámbito científico (jurisdicción material) ni a la clase política (proceso político) sino que se traslada con fuerza a la conciencia ciudadana. La protesta procede de la mayoría social (58). Este dato tiene una gran significado en una «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución»

(54) Cfr. por todos, la aplicación de esta idea al conflicto que analizamos, en R. ZUCK: «Kreuz...», cit., pág. 2904 o CZERMACK: «Der Kruzifix...», cit., pág. 3351.

(55) Cfr. R. CHUECA: «La regla...», cit., págs. 54, 111, 145-151, 158-163, *passim*. También F. RUBIO LORENTE: «Mayorías y minorías en el proceso constituyente» (1991), en *La forma del poder*. CEC, Madrid, 1993, págs. 136-139. Sobre el origen histórico y el desarrollo como principio y regla, R. CHUECA: *ibidem* págs. 90-116, G. SARTORI: *op. cit.*, págs. 171-176. En la doctrina italiana, cfr. G. AMATO: *op. cit.*, págs. 171-183

(56) Cfr. ISENSEE: «Bundesverfassungsgericht...», cit., pág. 1087.

(57) La primera decisión *Soldaten sind Mörder* se publicó tres semanas antes de las elecciones al 13 Bundestag (1994) y se convirtió en un elemento importante en la campaña electoral de la coalición CDU-CSU, que en estas últimas semanas remontó en las encuestas, hasta entonces desfavorables, y terminó venciendo en las elecciones.

(58) En este sentido fue muy notorio el caso de Baviera en relación a la sentencia del crucifijo. Las manifestaciones en contra de la sentencia fueron las más numerosas de toda la historia; los periódicos nunca habían recibido tantas cartas de protesta. La reacción social, azuzada por los líderes políticos y por los medios de comunicación, fue impresionante.

(Häberle) (59). No sólo dificulta la función del Tribunal Constitucional como órgano de equilibrio que garantiza el consenso político, sancionando, como último eslabón decisorio, los resultados del proceso interpretativo previo sino que, sobre todo, supone el cuestionamiento de la democracia pluralista, reflejado en el alejamiento entre la construcción teórica y la percepción ciudadana.

IV. LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA PLURALISTA

La conclusión resultante de la polémica relatada es la falta de asentamiento social, también político, de la idea pluralista de democracia. Dicho en términos rotundos, la mayoría no está dispuesta a soportar limitaciones en el ejercicio de sus derechos en aras de proteger a las minorías permanentes que concurren en la sociedad como deriva de esta concepción del principio democrático. Es evidente que la comprensión o incomprensión por parte de la opinión pública no es criterio rector para el Tribunal Constitucional. El parámetro es la Constitución normativa, que protege a las minorías. Pero, ante la crítica generalizada de la mayoría social no podemos limitarnos a mantener que se trata de un ejercicio incorrecto de las reglas de juego democrático, de una equivocada, y anticuada, concepción del principio democrático, que engloba en su esencia la protección de las minorías a través de los derechos fundamentales y no puede soslayarse cuando sus resultados incomodan a la mayoría. Más allá de la «crítica a los críticos», seguramente justificada, preocupa el trasfondo político y sus consecuencias teóricas. Se trasluce con nitidez la reacción social que provoca, a poco que sea instigada, la protección constitucional de las minorías. Ello impone una reflexión sobre el enraizamiento de la democracia pluralista.

Nadie cuestiona el principio democrático clásico, aunque, como se ha explicado por los autores que se han detenido en su significado, la regla de la mayoría no tiene una justificación por sí misma que la legitime, más allá de la necesidad de ofrecer una solución a una situación determinada. La minoría no tiene menos razón, simplemente son menos en número y el principio de igualdad exige atender antes la posición de los más. Sin embargo, cuando a esa noción de democracia se le añade el elemento pluralista, para configurar una fórmula más acorde con una sociedad heterogénea y conflictual, compuesta por grupos con intereses diversos y contradictorios, su aplicación práctica genera un rechazo social. No se cuestiona sólo que la protección de las minorías frente a las posiciones de la mayoría dependa de un órgano sin legitimidad democrática sino que, retornando más a sus presupuestos, se discute la inclusión de la protección de las minorías en la idea de democracia.

Es una cuestión compleja pero, por otro lado, debemos ser conscientes de su importancia pues supone la crisis del modelo de democracia adecuado a la realidad so-

(59) Vid. P. HÄBERLE: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten» (1975), versión en castellano en la recopilación de algunos trabajos del autor, *Retos actuales del Derecho Constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, págs. 15-46.

cial de nuestro tiempo. Friedrich —pionero en la construcción de la que partimos— ha relatado que en los países descolonizados después de la segunda guerra mundial, la tensión entre la constitución pluralista, que limitaba el ejercicio del poder político, y la voluntad popular produjo una crisis en torno a lo prioritario que finalmente se saldó, en la práctica, sin formales modificaciones constitucionales, con el reforzamiento del principio mayoritario (60). La advertencia es seria.

La respuesta a esta situación es ineludiblemente pedagógica. Concienciar a la ciudadanía de las ventajas de esta nueva concepción de la democracia y de la función que cumple la justicia constitucional en este sistema es, en el fondo, una cuestión de tiempo. La democracia radical o mayoritaria tiene varios siglos de existencia; la pluralista, que no sustituye a la anterior —conviene recordarlo— sino que le añade algunos componentes, es mucho más reciente y, por ello, todavía no ha enraizado en la conciencia ciudadana. Seguramente ése es el origen del problema: la adaptación de la mentalidad al cambio histórico de una sociedad formalmente homogénea a otra pluralista. Ese tránsito ha sido acogido en las constituciones normativas de posguerra, pero no asimilado por su sustrato social. No se ha apprehendido que en una sociedad pluralista todos formamos parte de una minoría y el pacto constituyente nos protege, como miembros de esa minoría, aunque en un concreto momento aplicativo resultemos incluidos en la mayoría. Por ello, la función de la justicia constitucional en una sociedad pluralista consiste precisamente en la protección de las minorías, oponiéndose a la mayoría. Si tuviera que seguir los designios de la mayoría sería perfectamente prescindible. Frente a su actuación, la mayoría puede apelar a sus facultades de producción normativa, como se ha comprobado en los casos *Mörder y Kruzifix*, pero no debe, so riesgo de debilitar la democracia pluralista, rechazar la capacidad del Tribunal Constitucional para contradecirla pues ésa es, precisamente, la razón de ser de este órgano constitucional.

En esta vía de persuasión cultural, en aras del asentamiento de los presupuestos de la democracia pluralista, con el *telos* de la integración, puede jugar un importante papel la dimensión objetiva de los derechos. El doble carácter de los derechos es una propuesta, ya clásica, sistematizada por Häberle (61), que ha influido en la evolución de la jurisprudencia constitucional alemana hacia su contenido jurídico-objetivo. Sin embargo no nos referimos ahora, en concreto, al aspecto institucional (*institutionelle Seite*) (62), ni, en otra acepción del término, a la posición dogmático-teórica sobre la interpretación de los derechos que extrae su sentido de la propia norma,

(60) Cfr. C. J. FRIEDRICH: *Government...*, cit., II, pág. 643.

(61) Cfr. P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz*, CF. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1962, págs. 70-124. El referente teórico debe situarse en la concepción valorativa de los derechos de SMEND y el jurisprudencial en la sentencia *LUth*, de 1958. Cfr. un somero, pero excelente, repaso a la evolución del contenido objetivo de los derechos en Alemania en I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, «Teoría y realidad constitucional en Alemania», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 1, 1998, págs. 199-202.

(62) *Ibidem*. De la construcción de HÄBERLE nos interesan, más allá de los presupuestos de partida, dos aspectos concretos: por un lado, que en la salvaguarda como institutos la cantidad se eleva a calidad (*ibidem*, 119) y que se refieren a una pluralidad de individuos, no al sujeto individual (*ibidem*, 108).

en detrimento de los datos subjetivos originales (63). Lo que permite, a nuestro juicio, avanzar en la cultura pluralista es, en un sentido amplio, la teorización e interpretación pluridimensional, que pretende superar su función exclusivamente defensiva para adentrarse en su incidencia sobre el ordenamiento jurídico global merced a su consideración como normas principales. Hesse, en un trabajo reciente que no es precisamente una defensa del activismo judicial, sino justamente lo contrario, advierte nuevamente la paulatina configuración de los derechos fundamentales como «principios objetivos del ordenamiento» (64). Incluso Böckenforde, tradicional impugnador del contenido objetivo, vincula la consideración principal de los derechos a la noción de Constitución. Si ésta se concibe exclusivamente como un marco reglamentario, la eficacia de los derechos se limita a la función de defensa. Si, por el contrario, se quiere que la Constitución sea un orden jurídico global, en el que estén contenidas *in nuce* todas las posibilidades interpretativas de las normas jurídicas, los derechos fundamentales serán principios normativos aplicables a todas las esferas jurídicas (65). No se trata de una construcción antitética, que merme su eficacia como derechos subjetivos, sino adicional, que comprende a la comunidad política en su conjunto y ha extendido su alcance y desarrollado nuevos significados (66). Las normas constitucionales que los reconocen contienen reglas jurídicas, directamente aplicables, pero también principios que se proyectan sobre todo el ordenamiento, provocando una ampliación funcional. Esta concepción, imbricada a los problemas actuales de la sociedad, aporta una nueva perspectiva para afrontar la cuestión de la protección de las minorías (67). La vinculación al carácter principal coadyuva a eliminar cualquier referencia a la fuerza o el número (68). Si aceptamos que esa pro-

(63) Sobre esta tendencia en la doctrina alemana, diferenciándose así de lo ocurrido en Estados Unidos, cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, págs. 1636-1645. Sobre su acogida por el Tribunal Constitucional, *ibidem*, 1650-1651 y 1657-1661.

(64) Cfr. K. HESSE: «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», *JZ*, 1995, 6, págs. 266-273.

(65) Cfr. E. W. BÖCKENFORDE: «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», *Der Staat*, 29, 1990, págs. 27-31.

(66) BÖCKENFORDE sitúa sus efectos expansivos en tres planos distintos: en la dogmática jurídica conduce a la extensión de sus contornos y alcance; en la teoría del Estado señala los fines sociales y las tareas jurídico-subjetivas estatales que pueden ser reivindicadas y en teoría de la Constitución modifica la relación entre legislación y jurisdicción constitucional, transformando el Estado legislador parlamentario en un Estado de jurisdicción constitucional (E. W. BÖCKENFORDE: «Grundrechte...», cit).

(67) En el Estado social, la intervención del Estado en la sociedad no se agota en las labores de previsión y asistencia sino que ha asumido la protección de los hombres frente a los riesgos técnicos y tecnológicos que surgen en las sociedades actuales (Cfr. K. HESSE: *op. cit.* págs. 271-272). Esta constatación sirve a HESSE para analizar los peligros que se ciernen sobre el Tribunal constitucional, limitado por la integración europea y por el desarrollo de la jurisdicción constitucional de los *Länder*. Deberán adoptarse las medidas necesarias para que pueda seguir cumpliendo su función de salvaguarda de la Constitución en los nuevos tiempos (*ibidem*, págs. 265-273).

(68) Cfr. en este sentido, P. KIRCHHOF: «Tareas del *Bundesverfassungsgericht* en una época de cambios», *REDC*, 49, enero-abril, 1997, págs. 11-12.

tección es el presupuesto del desarrollo de un sistema de derechos y libertades en una democracia pluralista con la función político-constitucional de integración, considerar este sistema como un conjunto de principios objetivos permite una precomprensión valorativa de la protección de las minorías que la aleja de la colisión de derechos. Es la idea que podría reforzarse para enfrentarnos al advertido desapego social: «la democracia desde los derechos fundamentales» (69). Considerados exclusivamente en su dimensión subjetiva, como derechos de defensa, pueden colisionar con los de otros individuos y aflora, en la percepción social y política del juicio de ponderación, la voluntad de la mayoría. Acaso pueda mitigarse esta impresión si son apreciados también como normas principales, funcionalizadas e instrumentales (70). El reconocimiento de los derechos genera unas expectativas para los ciudadanos en un sistema de libertades, adaptado a las condiciones sociales de cada tiempo. Las mayorías, coyunturales o estables, no pueden afectar al ejercicio de los derechos por los individuos o grupos, pero en caso de conflicto, puede plantearse la regulación normativa de la priorización de la voluntad mayoritaria. Sin embargo, este proceso queda dificultado si ese ejercicio y la protección de las minorías en definitiva, a través de la garantía de sus derechos, resultan principios constitucionales. De esta forma, la protección de las minorías, como conjunto de individuos, rebasa el ámbito de la tutela jurídica subjetiva para convertirse en el presupuesto de una opción valorativa generalmente asumida. La consecuencia última sería, en este planteamiento, que se aparta del campo de juego, fácilmente politizable como se ha visto, del conflicto mayoría-minoría en el ejercicio de los derechos. En circunstancias de estabilidad y con el mecanismo de garantía ordinaria de la normatividad de la Constitución, la tendencia a concebir los derechos como principios objetivos del ordenamiento permite mediatizar, en cierta forma, las consecuencias políticas de su aplicación para la protección de las minorías.

Esta orientación hacia el carácter objetivo-principal de los derechos puede tener consecuencias en la configuración de los procesos constitucionales, concretamente

(69) Tomamos la expresión de P. HÄBERLE: «Die offene Gesellschaft...», cit., pág. 34. «La libertad fundamental (pluralismo), no el pueblo, se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia» (*ibidem*, págs. 34-35).

(70) Si trasladamos lo dicho en el texto al tamiz de las distintas teorías de los derechos fundamentales expuestas por BÖCKENFORDE, lo único que resulta claro es que supera su consideración exclusiva como derechos de libertad de los ciudadanos o de defensa frente al Estado. a partir de ahí, incluye elementos de las restantes teorías planteadas por este autor. De la «Teoría institucional» acoge la no priorización de un ámbito de libertad; de su consideración como decisión valorativa que los configura como un orden objetivo de valores asume su carácter principal; de la «teoría democrática-funcional» su función pública y política como elementos de la comunidad y de interés público; de la teoría de los derechos fundamentales en el Estado social su condición intervencionista. Cfr. la conocida teorización de E.-W. BÖCKENFORDE, en «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», *NJW*, 1974, págs. 1529-1535. (Hay traducción al castellano en la recopilación de algunos de sus trabajos, *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 44-72.) Sobre las sentencias del Tribunal Constitucional que se adaptan a cada una de estas teorías, cfr. K. STERN: *op. cit.*, págs. 1682-1687.

del recurso de amparo. Supone tratarlo no sólo como un cauce para la defensa de los derechos subjetivos sino, sin perder esta *conditio sine qua non* (71), también, a su vez, sede de discusiones teóricas específicas sobre la adecuación al sistema de derechos constitucionalmente reconocido de determinadas actuaciones de los poderes públicos, con el objetivo paramétrico de la protección de los individuos y de los grupos en que se integran. La hipótesis es que los derechos serán mejor aceptados por la mayoría social presentados como instrumento al servicio de valores constitucionalmente que tomados en su vertiente puramente subjetiva, desde la que los derechos de los individuos pueden imponerse sobre las posiciones jurídicas de esa mayoría. Este acercamiento nos sitúa, siquiera de forma lateral y puramente instrumental, en favor de una consideración objetiva del amparo. No existe una correlación estricta, una conexión necesaria, entre los derechos como normas principales y ese carácter objetivo del recurso de amparo. La objetivización conlleva, a poco que se avance en el establecimiento de requisitos de admisión, una disminución de la tutela subjetiva, mientras que la consideración principal no conduce, necesariamente, a esa consecuencia sino que, simplemente, obliga a una consideración valorativa del parámetro. En cualquier caso, se alinean en la misma dirección. Limitan el carácter estrictamente individual de la protección jurídica en favor de una función jurídico-objetiva, con la premisa de la existencia de un derecho subjetivo. Es un debate abierto desde hace algunos años en España (72) y que en Alemania se encuentra en un estrato superior, con la propuesta de reforma legislativa y constitucional efectuada por la Comisión Benda para luchar contra la saturación del Tribunal Constitucional (73). Aquí no po-

(71) Como señala CRUZ VILLALÓN: «donde no hay un derecho subjetivo que tutelar nunca habrá un recurso de amparo» (P. CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», *REDC*, 41, mayo-agosto, 1994, pág. 14).

(72) La defensa de la dimensión objetiva del recurso de amparo fue efectuada por P. CRUZ VILLALÓN: «El recurso de amparo constitucional. I. El juez y el legislador» y P. PÉREZ TREMP: «El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales», en P. CRUZ VILLALÓN, L. LÓPEZ GUERRA, J. JIMÉNEZ CAMPO, P. PÉREZ TREMP: *Los procesos constitucionales*, Madrid, CEC, 1993). Ambas posiciones fueron criticadas por L. M. DIEZ PICAZO («Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *REDC*, 40, 1994, págs. 9-37). A su vez, P. CRUZ VILLALÓN responde a la crítica aclarando su propuesta que no es exactamente objetivizar, y en este sentido la expresión no es la más afortunada, sino simplemente reforzar los requisitos y las condiciones bajo las cuales una demanda de amparo denegada por los tribunales ordinarios, en sentido del artículo 53.2 CE, puede ser llevada ante el Tribunal Constitucional («Sobre el amparo», cit., págs. 9-22, cita págs. 18-19).

(73) La propuesta de la Comisión se concreta en un nuevo artículo 93 de la Ley del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) que señale: «El Tribunal Constitucional puede admitir un recurso de amparo. Para ello tendrá en cuenta si su decisión resulta de especial relevancia para la clarificación de una cuestión jurídico-constitucional o para la protección de los derechos fundamentales». No obstante, entiende la Comisión que esta modificación legislativa requiere la previa reforma constitucional. Cfr. Bundesministerium für Justiz, *Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der vom Bundesminister für Justiz eingesetzten Kommission*, 1998. Cfr. en España, el comentario al informe de P. LÓPEZ PIETSCH: «Objetivar el amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *REDC*, 53, mayo-agosto, 1998, págs. 115-151. Esta posición ha sido defendida también en la doctrina. Cfr. los trabajos seguramente más conocidos en este sentido, E. BÖCKENFORD: «Die Überlastung...», cit., págs. 281-284; R. WAHL y J. WIELAND: «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al

demos adentrarnos en la polémica sobre el carácter objetivo del amparo ni en su función instrumental para la descarga de trabajo del Tribunal Constitucional, finalidad por sí misma trascendente. Nuestra pretensión es más modesta. Entendemos que la consideración principal, al elevar la tutela subjetiva de los derechos a la condición de principio del ordenamiento, determina una distinción entre la función objetivo-institucional del Tribunal Constitucional y la protección subjetiva que brinda en el proceso de aplicación y evita, a su vez, que, a los ojos de la comunidad, esta protección subjetiva revista el carácter de imposición del individuo o la minoría sobre la voluntad de la mayoría. Lo que se imponen para la protección de las minorías, en defensa del pluralismo, cuya activae, en su caso, es el complejo valorativo y principal, plasmado en la protección de los derechos y libertades que son, como se ha intentado exponer, insción compete al Tribunal Constitucional (74).

Bundesverfassungsgericht», *REDC*, 51, septiembre-diciembre, 1997 (publicado en *JZ*, 1996, 23, págs. 1137-1145). Otros autores proponen reformas internas del Tribunal para mejorar su funcionamiento, antes de plantear modificaciones normativas. Cfr. H. P. SCHNEIDER: «SOS aus Karlsruhe - das Bundesverfassungsgericht vor dem Untergang?», *NJW*, 1996, 40, págs. 2630-2632; R. ZUCK: «Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts», *ZRP*, 1997, 3, págs. 95-99 o A. SÖLLNER: «Zur Entlastung des BVerfG durch eine Verfassungsanwaltschaft», *ZRP*, 1997, 7, págs. 273-276.

(74) Cfr. R. WAHL y J. WIELAND: «La jurisdicción...», cit., pág. 31. En estos casos, la presunción de legitimidad queda debilitada pues no se trata de leyes, esto es, las minorías no han intervenido en su proceso de formación. Sin embargo, en el caso del crucifijo, la mayoría parlamentaria refuerza esa presunción de legitimidad incluyendo en una ley el contenido normativo, esto es, habilitando la intervención de las minorías en el proceso de formación. Dificultan con ello el enjuiciamiento constitucional. En Alemania existe, en cualquier caso, el amparo frente a leyes que permite trasladar al Tribunal Constitucional el debate objetivo sobre la vulneración de derechos que provoca la actuación del legislador. Se podría abundar, aunque no parece éste el lugar apropiado, sobre la influencia de esta posibilidad en la consideración objetiva del recurso de amparo.