

LOS PODERES DE EJECUCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ALEMÁN Y AUSTRIACO

The Power to Execute Constitutional Court Judgments in Germany and Austria

XABIER ARZOZ SANTISTEBAN

Universidad del País Vasco

xarzozs@tribunalconstitucional.es

Cómo citar/Citation

Arzoz Santisteban, X. (2016).

Los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales alemán y austriaco.

Revista Española de Derecho Constitucional, 108, 13-49.

doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.108.01>

Resumen

La promulgación de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho ha suscitado el interés académico y público en torno al alcance y la naturaleza de los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales. Este artículo pretende abordar el tema desde una perspectiva comparada, analizando la regulación y la experiencia desarrolladas en esta materia en Austria y Alemania, con la finalidad de extraer algunas conclusiones que sirvan para contextualizar la nueva regulación de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional español.

Palabras clave

Tribunal Constitucional; poderes de ejecución; sentencias; derecho comparado; Alemania; Austria; coacción.

Abstract

Act 15/2015 of 16 October 2015 has conferred new broad execution powers upon the Spanish Constitutional Court to enforce its rulings. Consequentially, an academic and public debate has arisen on the nature and scope of execution powers of constitutional courts. This article aims at analyzing the topic from a comparative perspective. To that effect, it will study the regulation and the practical experience developed in this field in Austria and Germany, with the purport of drawing useful conclusions to contextualize the new regulation on the Spanish Constitutional Court's execution powers.

Keywords

Constitutional Court; execution powers; rulings; comparative law; Austria, Germany; coercion.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. AUSTRIA: 1. Fundamento y sentido de los poderes de ejecución del *Verfassungsgerichtshof*. 2. Aspectos específicos de la ejecución: 2.1. *Titular de la potestad de ejecución*. 2.2. *Forma de ejecución*. 2.3. *Procedimiento de ejecución*. III. ALEMANIA: 1. Fundamento y sentido de los poderes de ejecución del *Bundesverfassungsgericht*. 2. Aspectos específicos de la ejecución: 2.1. *Titular de la potestad de ejecución*. 2.2. *Forma de la ejecución*. 2.3. *Procedimiento de ejecución*. IV. VALORACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (TC), para la ejecución de las resoluciones del TC como garantía del Estado de Derecho ha suscitado el interés académico y público en torno al alcance y la naturaleza de los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales. Este artículo se propone contribuir al estudio del tema analizando la regulación y la experiencia desarrolladas en esta materia en Austria y Alemania, en cuyos ordenamientos la jurisdicción constitucional ha sido constitucional o legalmente dotada de poderes de ejecución de sus resoluciones¹. Aunque la muestra sea limitada, un análisis de este tipo puede resultar ilustrativo y permitir extraer algunas conclusiones que sirvan para contextualizar la Ley Orgánica 15/2015 y para que ulteriores estudios analicen su contenido. Y ello por varias razones.

En primer lugar, se trata de dos ordenamientos constitucionales que están estrechamente vinculados a la institución del TC, bien a su origen, después de la Primera Guerra Mundial, bien a su posterior consagración y difusión internacional, acabada la Segunda Guerra Mundial²; ambos han influido

¹ Como muestra el caso italiano, una jurisdicción constitucional, por el mero hecho de serlo, no tiene por qué ser al mismo tiempo titular de poderes de ejecución: la *Corte Costituzionale* no fue dotada de poderes de ejecución.

² Algunas de las referencias básicas en castellano sobre los fundamentos del «modelo europeo» de justicia constitucional son Cruz Villalón (1987), Ahumada Ruiz (2005) y Ferreres Comella (2011).

en la recepción y en la configuración de la jurisdicción constitucional en España³. De hecho, por lo que respecta al tema que aquí se abordará, la doctrina reconoce que la redacción original del art. 92 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) «se toma, prácticamente sin modificación, directamente del párrafo 35 BVerfGG»⁴, esto es, del precepto de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal (TFC) alemán que versa sobre la ejecución de las sentencias.

En segundo lugar, los tribunales constitucionales alemán y austriaco actúan en el seno de variantes de Estados federales y, por tanto, han de afrontar no solo las tensiones habituales de la jurisdicción constitucional con los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino también con el segundo nivel de gobierno del Estado; aspecto este de evidente interés para el jurista español.

Por último, las dos instituciones que se examinarán —el *Bundesverfassungsgericht* alemán y el *Verfassungsgerichtshof* austriaco— acumulan la más larga experiencia de jurisdicción constitucional concentrada existente en el mundo, en conjunto más de ciento cincuenta años: un espacio temporal suficiente para que afloren los problemas y las necesidades estructurales de la jurisdicción constitucional.

El objeto del estudio son, como se ha indicado, los poderes de ejecución de las sentencias constitucionales. Como la reforma española ha incluido dentro de los nuevos poderes de ejecución del TC la posibilidad de destituir a las autoridades incumplidoras, conviene destacar que en Alemania y Austria la destitución de autoridades federales o estatales no se contempla en el plano legal, jurisprudencial o doctrinal como una medida propia de la ejecución del contenido de una sentencia del TC. En ambos Estados la destitución constituye el objeto de un procedimiento específico atribuido expresamente por la Constitución a la jurisdicción constitucional, en el marco de la llamada *jurisdicción de Estado*. En Alemania el procedimiento constitucional de destitución solo está previsto en relación con el presidente federal y los jueces federales, y la adopción de una decisión por el TCF requiere una mayoría de dos tercios de la Sala que conoce del asunto (es decir, seis magistrados de ocho). En dicho procedimiento la inhabilitación temporal está expresamente contemplada como posible medida cautelar en el proceso de destitución del presidente federal, una vez que se ha formulado la acusación por dos tercios en una de las dos cámaras legislativas. En Austria, el procedimiento de destitución puede

³ Sobre la influencia de la Ley Fundamental de Bonn en la Constitución y en la evolución constitucional española, *vid.* Cruz Villalón (1990: 93-108), Balaguer Callejón y Azpitarte Sánchez (2010: 15-39) y Cruz Villalón (2011: 43-60).

⁴ Bocanegra Sierra (1982: 216); en el mismo sentido, Weber (2007: 374).

dirigirse no solo frente a los miembros del Gobierno Federal, sino también frente al presidente y a los miembros del Gobierno de un *Land*, a iniciativa del Gobierno federal, por infracción legal o por incumplimiento de los decretos e instrucciones que rigen para la administración federal indirecta, siempre que la infracción o el incumplimiento sea de suficiente entidad. Nunca el TCF alemán ni el TC austriaco han destituido a una autoridad federal o estatal. Solo en un caso el TC austriaco ha estimado una acusación contra un presidente de un *Land*, limitándose a declarar la ilegalidad de su actuación sin imponerle consecuencias jurídicas adicionales⁵.

El artículo se estructura de la siguiente forma. En sendos apartados se realiza una exposición, todo lo detallada posible en el espacio limitado disponible, de la regulación y práctica de los poderes de ejecución atribuidos al TC en Austria y el TCF. Finalmente, por medio de unas conclusiones, se extraen algunas similitudes y diferencias que pueden ayudar a entender la propia reforma española.

II. AUSTRIA

1. FUNDAMENTO Y SENTIDO DE LOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL VERFASSUNGSGERICHTSHOF

La Constitución austriaca (B-VG) de 1920⁶ regula desde el principio la ejecución de las sentencias del *Verfassungsgerichtshof* o TC⁷. Tal como también había dispuesto la precedente Constitución alemana de Weimar (1919), la Constitución austriaca de 1920 atribuyó al presidente federal la ejecución de la totalidad de las sentencias del TC (art. 146 B-VG). No obstante, la posterior Ley reguladora del TC (1921) procedió a escindir la ejecución, atribuyendo a los tribunales ordinarios la ejecución de las sentencias que resuelven pretensiones patrimoniales y al presidente federal la ejecución de las demás sentencias.

⁵ VfSlg 10.510, de 28 de junio de 1985. Al respecto *vid.* Schäffer (2010: 130-131) y Schäffer (1998: 4).

⁶ En realidad, con arreglo a la Constitución provisional de 1918 y de acuerdo con la Ley de 25 de enero de 1919 existió ya una forma de control constitucional de normas, en manos de un TC de nueva creación, al que sucedería el TC instituido por la Constitución de 1920. En materia de organización y procedimiento regían las disposiciones existentes para el Tribunal Supremo.

⁷ Sobre el sistema constitucional austriaco y su TC, *vid.* en castellano: Alonso García (1981), Vernet i Llovet (1997), Schäffer (1998) y Messner (2009).

En la reforma constitucional de 1925, el art. 146 B-VG elevó a rango constitucional el contenido de los dos apartados del parágrafo 34 VfGG, estableciendo directamente tanto la regla general de la ejecución, a cargo del presidente federal, como su excepción, la ejecución a cargo de los tribunales ordinarios⁸. El precepto se modificó de nuevo en 1929, para introducir la referencia al Ejército federal y la exclusión del refrendo de determinados actos de ejecución del presidente federal. Esta es la redacción actualmente vigente —tras la reanudación de su vigencia en 1945— del art. 146 B-VG⁹:

1. Se llevará a cabo por los Tribunales ordinarios la ejecución de la sentencia del TC relativa a las acciones que se hayan entablado al amparo del art. 137.
2. Correrá a cargo del presidente federal la ejecución de las demás sentencias del TC. La ejecución se realizará por los órganos de la Federación o de los Estados, incluyendo el Ejército federal, que fueren encargados de este cometido según el criterio del presidente federal y con arreglo a sus instrucciones. El TC remitirá con este fin al presidente federal la solicitud de ejecución. Las mencionadas instrucciones del presidente federal no requerirán el refrendo a que se refiere el art. 67 cuando se trate de ejecuciones contra la Federación o contra órganos federales.

Ni la Constitución ni la Ley reguladora del TC contienen una regulación más detallada de la ejecución. La doctrina lo justifica por un doble motivo: por un lado, dada la diversidad de procedimientos atribuidos al conocimiento del TC, no es posible una regulación omnicompreensiva que descienda a los detalles; por otro lado, la ejecución puede convertirse en un asunto políticamente muy delicado¹⁰. No obstante, la Constitución deja claro que las sentencias del TC deben ejecutarse en todo caso al mencionar incluso la posible intervención del Ejército federal a este propósito, aunque la doctrina lo considera «obviamente como último recurso»¹¹.

⁸ En esa reforma parece haber sido determinante la crítica de Kelsen, Froehlich y Merkl (1922/2003: 280-281), en un temprano comentario a las leyes constitucionales austriacas, relativa a que la norma legal reguladora del TC —el parágrafo 34.1 VfGG— modificaba lo que había establecido el art. 146 de la Constitución. Como se recordará, el jurista Hans Kelsen intervino en la elaboración de la Constitución de 1920; también fue importante su labor como juez constitucional (1919-1930). Su opinión era, pues, influyente.

⁹ El estudio más completo para el ordenamiento austriaco es el de Schäffer (1968).

¹⁰ Ringhofer (1977: 407-408).

¹¹ *Ibidem*, 408.

2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA EJECUCIÓN

2.1. Titular de la potestad de ejecución

Según el art. 146.1 B-VG, los tribunales ordinarios son los titulares de la potestad de ejecución con respecto a las sentencias del TC que resuelven pretensiones de carácter patrimonial dirigidas frente a las Administraciones territoriales (Federación, *Länder*, municipios, etc.) que no hayan sido atribuidas al conocimiento de la jurisdicción ordinaria o que no hayan sido resueltas previamente por un órgano administrativo. El art. 137 B-VG establece, por tanto, una competencia subsidiaria del TC en materia de pretensiones pecuniarias o prestacionales contra las Administraciones públicas¹². La Ley reguladora del TC (1953) establece que, en tales casos, la sentencia del TC constituye título ejecutivo (parágrafo 36 VfGG). Parece claro que la ejecución que se requiere en esos casos es plenamente subsumible en el concepto clásico de ejecución, y que el derecho a aplicar es el contemplado por las leyes procesales ordinarias y su sede natural la jurisdicción ordinaria. La Ley reguladora del TC asigna también a los tribunales ordinarios la ejecución de las resoluciones, dictadas por el TC o por su presidente, en las que se impone una multa por desacato o temeridad (*Ordnungs- und Mutwillensstrafen*)¹³. Otro supuesto de ejecución por los tribunales ordinarios está previsto en el art. 126 a B-VG: se refiere a la Sentencia del TC que delimita la competencia del Tribunal de Cuentas en un conflicto surgido a este propósito entre dicho Tribunal y una persona pública sujeta a su jurisdicción. El supuesto se introdujo en la Constitución en 1993 después de cierta controversia sobre las consecuencias jurídicas de una delimitación competencial realizada por el TC en la Sentencia VfSlg 13.346¹⁴.

En los demás casos, el titular de la potestad de ejecución es el presidente federal, el cual debe encomendar su realización a otro órgano, federal o estatal, incluido el Ejército federal¹⁵.

¹² Mayer (1997: 377).

¹³ Parágrafo 24.4 VfGG. Para Walter (1972: 792), dicha norma contradice el art. 146.1 B-VG, en cuanto que dicha disposición constitucional atribuye a los tribunales ordinarios solo la ejecución de las sentencias que resuelven pretensiones de carácter patrimonial dirigidas frente a las Administraciones territoriales, encargando de la ejecución de «las demás» resoluciones al presidente federal.

¹⁴ Mayer (1997: 340). También se introdujeron los parágrafos 36a-36g VfGG.

¹⁵ Schäffer (1968: 242) solo excluye a este fin a los órganos legislativos e incluye tanto órganos administrativos como judiciales.

2.2. Forma de ejecución

La Constitución austriaca es muy precisa en cuanto a la ejecución de las sentencias que resuelven pretensiones de carácter patrimonial de personas físicas y jurídicas frente a las Administraciones territoriales, al determinar la condición de título ejecutivo de la sentencia, el derecho aplicable (las leyes procesales ordinarias) y el responsable de la ejecución (los tribunales ordinarios). La ejecución de las sentencias que resuelven pretensiones patrimoniales no ofrece problemas dogmáticos o prácticos: consiste en la ejecución forzosa de una obligación pecuniaria. Lo mismo vale para las resoluciones¹⁶, dictadas por el TC o por su presidente, en las que se impone una multa por desacato o temeridad o en las que se impone una condena en costas¹⁷.

Los problemas se plantean en cuanto a la ejecución de las demás sentencias. En primer lugar, no está claro qué sentencias son susceptibles de ejecución, pues, como señala el TC, la ejecución requiere «una sentencia que de conformidad con su contenido pueda ser ejecutada»¹⁸. En un temprano comentario Kelsen, Froehlich y Merkl (1922/2003: 280) formularon una cautela similar: «No todas las sentencias del Tribunal necesitan una ejecución». Partiendo de un concepto estricto de ejecución, según Schäffer (1968: 194), Kelsen solo consideraba ejecutable de forma forzosa la omisión de la publicación de una sentencia de control de normas y la pérdida del cargo en el caso de que el afectado lo siguiera ocupando ilegalmente.

En el estudio más detallado existente de esta cuestión, Schäffer (1968: 211-239, 244), partiendo igualmente de un concepto técnico de ejecución, considera que solo son ejecutables de forma forzosa las siguientes resoluciones: la condena en costas en los procedimientos de amparo y de conflictos de competencia, la obligación de publicación en los procedimientos de control de normas, la imposición de una sanción y de una prestación resarcitoria en el ámbito de la jurisdicción penal atribuida al Tribunal (art. 143 B-VG) y la obligación impuesta en el fallo a las autoridades administrativas, en el marco del proceso de amparo, de restaurar la situación jurídica de conformidad con el pronunciamiento del TC.

¹⁶ El TC austriaco interpreta en términos amplios el concepto de *sentencias (Erkenntnisse)* que emplea el art. 146 B-VG: ha incluido también resoluciones sobre costas y sobre la eficacia suspensiva de un recurso de amparo. *Vid.* Mayer (1997: 414).

¹⁷ Ringhofer (1977: 408).

¹⁸ Walter (1972: 793).

Walter alcanza conclusiones similares¹⁹. Descarta la ejecución de las sentencias que resuelven conflictos de competencia (art. 138.1 B-VG), pues la controversia competencial queda zanjada con la decisión y un eventual comportamiento posterior que no respete esa decisión deberá ser combatido con los recursos ordinarios. También la descarta en los supuestos de declaración de la competencia contemplados en los arts. 126a y 138.2 B-VG, así como en relación con la declaración de nulidad o de inconstitucionalidad de una ley, de un tratado internacional o de un reglamento, ya que la expulsión del ordenamiento jurídico se produce *ipso facto* con la publicación. Tampoco concibe la ejecución en el marco de la jurisdicción electoral (art. 141 B-VG), ya que las resoluciones que se adoptan tienen una eficacia jurídica inmediata²⁰. En la medida en que una sentencia dictada con arreglo al art. 142 y siguientes B-VG²¹ supone la privación del cargo o de los derechos políticos, no requiere ejecución, aunque puede requerirla si, además, se impone una sanción o una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados²². Finalmente, tampoco las sentencias dictadas por el TC como tribunal administrativo especial requieren de ejecución, aunque anulen o declaren la inconstitucionalidad del acto recurrido: el que las autoridades administrativas tengan que acomodarse en cierto modo a la sentencia es consecuencia, no contenido, de la sentencia del TC²³.

Un segundo problema es el de los medios de ejecución admisibles. El art. 146.2 B-VG no los precisa, ya que solo indica que la ejecución se realizará

¹⁹ *Idem*. La única diferencia es de orden dogmático. El autor discrepa de la opinión mayoritaria de que la obligación de publicación de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una norma (que incumbe al canciller federal o al respectivo presidente de *Land*, según quién sea el autor de la norma declarada nula) sea ejecución: considera que la obligación de publicación no es un contenido, sino una consecuencia de la sentencia. Argumenta que, según el art. 138.2 B-VG, la sentencia del TC obliga al órgano competente a publicar sin demora la sentencia, no que en la sentencia o mediante la sentencia haya que obligar al órgano competente a publicar sin demora la sentencia. En cualquier caso, añade el citado autor, si la sentencia incluye un pronunciamiento vinculante de este tipo, como ocurre en la práctica, entonces sí es posible una ejecución.

²⁰ Walter (1972: 794).

²¹ Se trata del procedimiento de destitución de autoridades.

²² Walter (1972: 794). El autor señala que la acción de evitar que una persona ejerza indebidamente un cargo no es una ejecución de la sentencia que ordena la privación del cargo, pues de la misma manera hay que proceder contra cualquier persona que ocupe ilegalmente un cargo.

²³ *Idem*.

de forma discrecional por el órgano al que se le encomiende la ejecución de acuerdo con las instrucciones impartidas por el presidente federal. El presidente federal no ejecuta por sí mismo la sentencia del TC, sino que con plena libertad encomienda la tarea a otro órgano. Ya que el constituyente configuró un procedimiento autónomo de ejecución asumiendo la idea de un procedimiento ordinario de ejecución forzosa, se considera que serían aplicables los principios generales del derecho austriaco en materia de ejecución forzosa y los medios de ejecución generalmente admitidos²⁴. En virtud de la habilitación conferida por el art. 146.2 B-VG, el presidente federal no está sometido a la distribución competencial a la hora de elegir el órgano de la ejecución y de impartirle instrucciones²⁵.

Se considera que, por regla general, la ejecución subsidiaria resulta un medio apropiado, y solo en un caso muy extraordinario lo sería la coacción directa; y que, de los medios dirigidos a vencer la resistencia del obligado, no serían idóneas las multas coercitivas y las sanciones privativas de libertad. Tampoco podría vencerse la voluntad de un *Land* mediante sanciones militares colectivas²⁶.

El art. 140 B-VG atribuye al TC la última palabra en las controversias sobre la interpretación de la Constitución; pero ello no impide que el legislador apruebe una ley materialmente idéntica a una declarada inconstitucional, en cuanto que «persigue, principalmente, objetivos de oportunidad política en el marco de los límites constitucionales»²⁷. En suma, la ejecución no puede utilizarse para expulsar del ordenamiento jurídico una norma posterior idéntica a la declarada inconstitucional. Tampoco podría utilizarse la ejecución para reclamar el coste del procedimiento de ejecución; por ejemplo, el importe de los gastos que suponga la ejecución subsidiaria: dichas reclamaciones tendrían que tramitarse como acciones patrimoniales al amparo del art. 137 B-VG y solo después serían ejecutables por los tribunales ordinarios²⁸.

²⁴ Schäffer (1968: 205, 208). El autor excluye como medio de ejecución forzosa la retención de prestaciones que, por ejemplo, la Federación deba a un *Land* o la privación de libertad (que se dirigiría al titular del órgano incumplidor).

²⁵ Schäffer (1968: 209-210).

²⁶ *Ibidem*, 245.

²⁷ Schäffer (1998: 40). En la práctica constitucional austriaca, el legislador no suele reaccionar ante pronunciamientos desfavorables del TC reiterando las disposiciones jurídicas anuladas, sino mediante leyes o preceptos de rango constitucional que legitiman que se dicte la regulación pretendida a través de una ley ordinaria (*ibidem*, 40-42). Sobre la discusión en la doctrina española, *vid.* Viver Pi-Sunyer (2013); y el volumen colectivo de Ahumada Ruiz *et al.* (2012).

²⁸ Schäffer (1968: 244).

2.3. Procedimiento de ejecución

El art. 146 B-VG contiene una atribución de competencia y una mínima regulación de la iniciación del procedimiento. A diferencia de lo que ocurre en los demás casos (art. 67 B-VG), el presidente federal no actúa aquí ni por iniciativa propia ni a instancia del Gobierno federal, sino a instancia del TC. La doctrina mayoritaria considera que el TC no tiene discrecionalidad a la hora de incoar el procedimiento de ejecución, sino que está obligado a ello, toda vez que la ejecución sea posible (Schäffer, 1968: 241; Walter, 1972: 794). No obstante, la falta de iniciación del procedimiento no es controlable (Schäffer, 1968: 241). Las partes en el procedimiento previo no tienen un derecho reconocido a solicitar la ejecución, pero el TC nunca ha inadmitido *a limine* las solicitudes presentadas a este respecto (Schäffer, 1968: 240). La iniciación requiere siempre una resolución formal del TC, con arreglo a las reglas generales de quórum y toma de acuerdos (Schäffer, 1968: 241). Con esa resolución, el TC pone de manifiesto que considera que la sentencia en cuestión es susceptible de ser ejecutada.

El presidente federal está vinculado a la sentencia objeto de ejecución y a la solicitud de ejecución presentada por el TC, pero no a las indicaciones concretas sobre la forma de ejecución que se le formulen (Schäffer, 1968: 241). La discrecionalidad del presidente federal versa sobre el cómo, no sobre lo que debe ejecutarse (Schäffer, 1968: 242). En el procedimiento no hay audiencia de la parte contra la que se dirige la ejecución ni se prevé recurso alguno (Schäffer, 1968: 239). El presidente federal adopta formalmente una «resolución» (*Entschliessung*), aunque materialmente contiene una «instrucción» (*Weisung*) (Schäffer, 1968: 242). El presidente federal puede emitir instrucciones al órgano encargado de la ejecución; esas instrucciones no necesitan el refrendo del canciller federal o del ministro federal competente (art. 67.2 B-VG)²⁹ cuando la ejecución se dirige contra la Federación o contra órganos federales.

El procedimiento de ejecución se dirige principalmente contra entidades territoriales (Federación, *Länder*, municipios, etc.). El art. 146.2 B-VG *in fine* admite que las ejecuciones se dirijan «contra la Federación o contra órganos federales», pero esa diferenciación no tiene relevancia jurídica: aunque la obligación deba ser cumplida por un órgano determinado de una

²⁹ Se considera que el refrendo podría negarse si el acto jurídico en cuestión fuera contrario a derecho, pero se discute si ello sería posible también en los demás casos. *Vid.* Mayer (1997: 233).

entidad territorial, la ejecución se dirige siempre contra la persona jurídica³⁰.

III. ALEMANIA

1. FUNDAMENTO Y SENTIDO DE LOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Los poderes de ejecución del *Bundesverfassungsgericht* o TCF alemán³¹ no están previstos en la Ley Fundamental (LF), sino en la Ley reguladora de ese Tribunal (BVerfGG). La Constitución alemana solo prevé que una ley federal regulará la constitución del TCF y el procedimiento y determinará cuáles de sus decisiones tienen fuerza de ley (art. 94.2 LF) y que el TCF actuará, además de en los casos previstos en la Constitución, en los demás casos atribuidos por una ley federal (art. 93.2 LF).

Las decisiones del TCF vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*, y a todos los tribunales y autoridades (parágrafo 31 BVerfGG). En cuanto a su ejecución, el parágrafo 35 BVerfGG dispone de forma escueta: «El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su decisión el órgano responsable de la ejecución; también puede establecer en el caso concreto la forma de la ejecución». El parágrafo 35 no ha sido modificado desde la entrada en vigor de la versión original de la Ley reguladora del TCF el 17 de abril de 1951. Para un sector de la doctrina, la circunstancia de que la Constitución no contenga previsión alguna sobre la ejecución de las sentencias del TCF es razón suficiente para dudar de la constitucionalidad del parágrafo 35³². Debe tenerse en cuenta que la cuestión había sido expresamente contemplada en la Constitución de Weimar (CW)³³.

El parágrafo 35 BVerfGG tiene un parco contenido y carece de desarrollo normativo alguno. En consecuencia, propicia una amplísima libertad del TCF para configurar sus poderes de ejecución. Ya en 1957 el TCF se concibió así mismo como «señor de la ejecución» (*Herr der Vollstreckung*), pues afirmó que en el parágrafo 35 BVerfGG, de manera consciente, no se le ha prescrito un procedimiento específico, «con la finalidad de dejarle plena libertad para

³⁰ Schäffer (1968: 245).

³¹ Sobre la naturaleza y las competencias del TCF puede consultarse en castellano: Manzanares Samaniego (1981), Weber (1998), Hesse (2005) y Häberle (2009).

³² Herzog (1965: 38, 41).

³³ *Vid. infra* 3.2.

que alcance lo exigido de la forma más objetiva, rápida, adecuada, simple y eficaz posible en cada caso»³⁴. En su jurisprudencia posterior, el TCF no ha reiterado esa superlativa formulación, sin que ello signifique que haya variado su concepción de fondo³⁵. El propio TCF definió así en 1985 las potestades que ostenta en virtud del citado precepto³⁶:

De acuerdo con el § 35 BVerfGG, el Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su decisión el órgano responsable de la ejecución; también puede establecer en el caso concreto la forma de la ejecución.

Por ello, el Tribunal adopta todas las disposiciones necesarias para proporcionar validez a las decisiones de fondo finalizadoras del procedimiento. La forma, la medida y el contenido de las disposiciones de ejecución dependen por un lado del contenido de la decisión de fondo que debe ejecutarse y, por otro, de las concretas relaciones que hay que armonizar con la decisión, en particular del comportamiento de las personas, organizaciones, autoridades u órganos constitucionales a los cuales o frente a los cuales se dirige la decisión. Ejecución es aquí «el concepto que engloba todas las medidas necesarias para crear aquellas situaciones que se requieren para realizar el derecho hallado por el Tribunal Constitucional Federal» (Arndt, DVBl. 1952 S. 3). El párrafo 35 BVerfGG presupone que las disposiciones a adoptar para la ejecución de la decisión se adoptan en la misma decisión. No obstante, cuando la necesidad de esas disposiciones se manifiesta con posterioridad, también pueden adoptarse mediante una resolución autónoma del Tribunal. Pero este no puede cambiar, modificar, completar o ampliar la decisión de fondo, a cuya ejecución atiende [...]

Las anteriores afirmaciones han sido criticadas en ocasiones por la doctrina alemana, en cuanto que el TCF parece autoatribuirse potestades ilimitadas en el ámbito de la ejecución de sus resoluciones. No obstante, tales afirmaciones deben ponerse en contexto y no considerarlas de forma aislada. De un lado, son afirmaciones hijas de un tiempo en el que, con carácter general, el TCF tenía todavía que afirmar su propia autoridad y, en particular, tenía que lidiar con las complejas consecuencias de algunas decisiones, como la relativa a la prohibición del Partido Comunista de Alemania. De otro lado, el carácter escueto del párrafo 35 BVerfGG no significa que el TCF goce de una discrecionalidad absoluta, pues está limitado en general por la Constitu-

³⁴ BVerfGE 6, 300 (304).

³⁵ Benda y Klein (2001: 556).

³⁶ BVerfGE 68, 132 (140).

ción³⁷ y, en concreto, por el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad, las consideraciones teóricas sobre la posición y función del TCF frente al legislador o frente a la jurisdicción ordinaria y, sobre todo, por la naturaleza de la materia «ejecución»³⁸. En cualquier caso, la amplia habilitación que le otorga el parágrafo 35 BVerfGG constituye el principal apoyo de la doctrina de la «autonomía procesal» del TCF, bajo la cual se entiende su capacidad para configurar con criterios de oportunidad las reglas necesarias, abstractas o concretas, para resolver las cuestiones procesales que se le plantean en su actividad jurisdiccional y que no están contempladas por la Ley³⁹. En definitiva, la condición de «señor de la ejecución» se relaciona con la condición más general de «señor del proceso».

La cuestión de si la competencia de ejecución de las sentencias constitucionales se extiende a las decisiones declarativas y constitutivas, como las que declaran la inconstitucionalidad y/o nulidad de una norma, o no, divide a la doctrina alemana desde los años veinte del siglo xx⁴⁰. Así, se contraponen un concepto *estricto* (de carácter civil-procesal) a un concepto *amplio* (de carácter jurídico-constitucional) de ejecución: la cuestión es cuál de los dos subyace al parágrafo 35 BVerfGG (y, antes, al precedente art. 19.2 CW).

³⁷ En especial cuando la medida de *ejecución* afecta a los derechos fundamentales e incluso constituye una injerencia masiva en ellos. Un ejemplo puede verse en la BVerfGE 109, 190 (239): el TCF declara la inconstitucionalidad de las normas de dos *Länder* sobre la custodia de seguridad por falta de competencia legislativa en la materia, pero mantiene temporalmente su eficacia y la competencia subyacente relativa al internamiento de los responsables de conductas delictivas, y considera, en el marco de una ponderación de bienes, que el interés prevalente de la comunidad en una protección efectiva frente a conductas delictivas especialmente peligrosas puede prevalecer sobre el derecho fundamental concernido.

³⁸ Lechner y Zuck (2011: 303-305) y Pestalozza (1991: 267).

³⁹ Una completa introducción en castellano a la doctrina alemana del mismo nombre puede verse en Rodríguez-Patrón (2001, 2003). Para el tema del presente artículo son útiles las referencias en las páginas 148-150 y 19-29, 112-124, respectivamente.

⁴⁰ Entre quienes han defendido un concepto amplio de *ejecución* en relación con el parágrafo 35: Herzog (1965: 39), Pestalozza (1991: 265), Laumen (1997: 25-29) y Benda y Klein (2001: 556). En contra: Triepel (1923/1965: 110-111) (incluso para las sentencias que impusieran obligaciones de hacer a la parte vencida), Flad (1929: 141), Anschütz (1933/1960: 174) e Ipsen (1980: 236-237). Triepel, Flad y Anschütz se refieren a la posible ejecución de las sentencias del *Staatsgerichtshof* con arreglo a la Constitución de Weimar, cuyas competencias eran más limitadas que las del *Bundesverfassungsgericht*.

Ipsen (1980: 235) advierte contra la clasificación de las decisiones del TCF en materia de control de normas, de conflictos entre órganos constitucionales y entre la Federación y los Estados e, incluso, de prohibición de partidos políticos dentro de la categoría civil-procesal de las sentencias declarativas: a su juicio, ninguna de dichas decisiones se agota en un efecto declarativo y la aparente contraposición entre un concepto *civil-procesal* y un concepto *jurídico-constitucional* de ejecución trae causa de la errónea asunción de que en el derecho procesal civil y en el derecho procesal constitucional existen tipos idénticos de sentencias. En esa relativización se basan también algunos partidarios del concepto amplio de ejecución, que arguyen que, en la práctica, la realización forzosa de obligaciones de hacer, no hacer y de soportar no es posible en el ámbito de los órganos constitucionales⁴¹ y que, en cambio, a diferencia del derecho procesal civil y administrativo, puede haber medidas de ejecución con relación a las sentencias declarativas y constitutivas⁴².

Para Ipsen (1980: 233-234, 237), los autores del párrafo 35 pretendieron atribuir al TCF los medios necesarios para la ejecución de sus sentencias, sin tener claro cuál sería el alcance de dicha competencia. Considera que se mantiene implícitamente la condición restrictiva («que requieran una ejecución») que recogía el texto del proyecto de ley, que se habría eliminado por considerarla una obviedad⁴³. En particular, excluye, desde una perspectiva jurídica, la posibilidad de ejecución de las decisiones relativas al control de cons-

⁴¹ Roellecke (2005: 645-646, 649).

⁴² Bethge (2015: 11). Sobre la relatividad, en la jurisdicción constitucional y a efectos de la ejecución, de la distinción entre sentencias declarativas, constitutivas y que reconocen una prestación, *vid.* Bethge (2015: 28-29).

⁴³ La fundamentación del proyecto de ley, que preveía en el párrafo 32 (luego convertido en párrafo 35) la ejecución de las decisiones del TCF que la requirieran, señalaba lo siguiente: «Las decisiones del TC Federal no requieren por regla general ejecución: las sentencias declarativas, las decisiones sobre la validez o invalidez de una norma jurídica no pueden ser objeto de ejecución (*nicht fähig*). Otras sentencias no necesitan ejecución (*nicht bedürftig*), porque las partes (órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*) las cumplirán voluntariamente. Cuándo excepcionalmente sea necesaria (*nötig*) una ejecución, queda en manos del presidente federal. De qué forma se ejecuta, queda a él confiado. Puede servirse de todos los órganos y autoridades de la Federación y de los *Länder*. La disposición se inspira en el párrafo 146 de la Constitución Austriaca». Pestalozza (1991: 261), que recoge el texto que se acaba de reproducir, señala que el más detallado párrafo 146 B-VG (analizado *supra*, apartado 2) no es reconocible y que más bien recuerda al art. 19.2 de la Constitución de Weimar.

titucionalidad de normas⁴⁴. En cambio, Pestalozza (1991: 265; en sentido parecido, Herzog, 1965: 39) considera que la información que proporciona la génesis del párrafo 35 es ambigua; que el legislador, pudiendo hacerlo, no ha previsto un concepto estricto de ejecución; y que, en consecuencia, los términos amplios del precepto avalan la interpretación de que todas las decisiones podrían ser ejecutadas. Otro argumento a favor de la noción amplia de ejecución es el de la necesidad de velar por la preservación de la Constitución en cualesquiera circunstancias.

Se comparta o no, es indiscutible que el TCF interpreta de forma amplia la noción de ejecución que se regula en el párrafo 35 BVerfGG. Ahora bien, esto no significa que todas las decisiones del TCF puedan ser ejecutadas o requieran en la práctica medidas de ejecución. La aplicación del precepto ha sido más bien modesta. Los supuestos que en aplicación del párrafo 35 ha abordado la jurisprudencia del TCF se pueden clasificar en cuatro grandes grupos⁴⁵:

- a) El otorgamiento de tutela judicial hasta que el órgano judicial al que se devuelve el asunto, tras la estimación del recurso de amparo, dicte una decisión constitucionalmente conforme⁴⁶.
- b) Las consecuencias jurídicas derivadas de la prohibición de partidos⁴⁷.

⁴⁴ No se pronuncia sobre las demás modalidades de procedimiento, pues su estudio se centra en las consecuencias jurídicas de la declaración de inconstitucionalidad de normas.

⁴⁵ La clasificación se recoge en numerosos autores: Lechner y Zuck (2011: 305), Bethge (2015: 10) y Benda y Klein (2001: 558-559). Pestalozza (1991: 267-270) y Roellecke (2005: 646-647) ofrecen el elenco de supuestos en los que el TCF ha utilizado el párrafo 35 hasta 1991 y 2005, respectivamente. Las medidas de ejecución basadas expresamente en el párrafo 35 no son frecuentes (Schlaich y Korieth, 2010: 289).

⁴⁶ Principalmente se ha tratado de prohibiciones temporales de expulsión o de internamiento o de suspensiones temporales de la prohibición de estancia o de entrada en el país. El carácter cautelar de las medidas es evidente. A menudo se trata de las mismas medidas que el TCF ha adoptado ya previamente como medidas cautelares en el mismo procedimiento.

⁴⁷ Benda y Klein (2001: 558) señalan que la invocación del párrafo 35 BVerfGG se debió a la existencia de un vacío normativo —el problema del destino de los escaños del partido prohibido— que el TCF tuvo que colmar, pues la cuestión no podía esperar a que el legislador la regulase. El TCF resolvió la pérdida de los escaños. Posteriormente se introdujeron disposiciones específicas a este respecto en la Ley de Partidos Políticos, aunque su párrafo 32.3 sigue permitiendo derogaciones de las medidas allí previstas basadas directamente en el párrafo 35 BVerfGG.

c) La posibilitación de una nulidad diferida (esto es, la preservación temporal de validez) en normas declaradas inconstitucionales y el consiguiente plazo fijado al legislador y la determinación, en su caso, de las eventuales consecuencias en el caso de que el legislador no cumpla el plazo.

d) La creación de reglas transitorias en decisiones de control de normas que expulsan normas del ordenamiento⁴⁸.

Este último es el grupo más importante y más controvertido de supuestos⁴⁹. La mayor parte de la bibliografía específica más reciente se centra en él⁵⁰: muchos autores muestran escepticismo e incluso malestar ante la potestad legislativa cautelar o sustitutiva que ejerce el TCF con base en el parágrafo 35 BVerfGG. Desde esta perspectiva se debe entender la afirmación doctrinal de que el parágrafo 35 es la disposición más problemática de la BVerfGG, pues, más que otras disposiciones aparentemente procesales (parágrafos 31, 32 y 79 BVerfGG), toca «el nervio de la institución de la jurisdicción constitucional»⁵¹. Por ejemplo, en las dos decisiones de control abstracto de normas sobre la regulación penal de la interrupción del embarazo (parágrafo 218 StGB) se adoptaron con base en el parágrafo 35 BVerfGG normas transitorias hasta que el legislador dictara una nueva regulación conforme con la Constitución: en la primera sentencia se ordenó un derecho transitorio a caballo entre el viejo y el nuevo derecho; en la segunda, se dispusieron detalladas normas transitorias de hasta tres páginas impresas de extensión, que incluían cuestiones de contenido y organizativas sobre la configuración constitucional del concepto de asesoramiento de la embarazada. En ambos

⁴⁸ En un nivel inferior de intensidad están las sentencias denominadas *apelativas* y las que formulan directrices legislativas, pero dejando intacta la competencia formal del legislador.

⁴⁹ Lechner y Zuck (2011: 305) y Bethge (2015: 8).

⁵⁰ *Vid.* Roth (1999) y, recientemente, Bethge (2015: 29-54).

⁵¹ Bethge (2015: 7). *Vid.*, en términos críticos, Zembsch (1971: 135-138), tanto sobre el contenido del parágrafo 35 como sobre su utilización jurisprudencial, en particular debido a la creación de derecho desligada del procedimiento; Gusy (1985: 199-202); y Schlaich y Koriath (2010: 290). Entre los autores favorables, Klein (1968: 33-42), contempla el parágrafo 35 como habilitación del TCF para modular la eficacia de sus decisiones con vistas a evitar peligros para la existencia del Estado; y Benda y Klein (2001: 562), subrayan que la interpretación amplia que del parágrafo 35 BVerfGG realiza el TCF extrae las últimas consecuencias de la decisión de instaurar una jurisdicción constitucional.

casos la regulación posterior coincidió con el contenido de las normas transitorias establecidas por el TCF⁵².

De la jurisprudencia constitucional se desprende que el ámbito de aplicación del párrafo 35 BVerfGG no reside en la ejecución en sentido clásico, sino en la «regulación de las consecuencias»⁵³: la eliminación de las consecuencias que han tenido las medidas declaradas inconstitucionales y el mantenimiento, en su caso, de las situaciones de confianza legítima que deben respetarse⁵⁴. Al párrafo 35 subyace implícitamente una «responsabilidad por las consecuencias» a cargo del TCF, en cuanto que la LF le atribuye una autoridad especial en forma de poder de decisión vinculante de última instancia⁵⁵.

La determinación de las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad del TCF son, en principio, competencia del legislador: de ahí que se suscite la discusión sobre el respeto a la división de poderes. No obstante, un determinado sector doctrinal argumenta que el problema de la ejecución no estriba principalmente en la relación entre jurisdicción constitucional y legislación, sino en las relaciones vitales que regulan las normas expulsadas del ordenamiento jurídico y que, con frecuencia, no pueden esperar a que el legislador adopte una nueva regulación respetuosa con el fallo del TCF. Así, para Roellecke (2005: 648-649), la «ejecución» que contempla el párrafo 35 consiste en una adaptación de las decisiones jurídicas a las relaciones fácticas, y puede ser llevada a cabo con respecto a las decisiones que se adopten en cualesquiera procedimientos, siempre que el TCF respete la razón por la que la BVerfGG generalmente solo prevé decisiones declarativas: la autonomía de la política, en particular la legitimación de las decisiones políticas. En consecuencia, la aplicación analógica de las normas de ejecución de la legislación de enjuiciamiento civil debe tener en cuenta la capacidad de funcionamiento de la política; ello incluye, a su juicio, la debida ración de oportunidad (Roellecke, 2005: 655).

En la adaptación a las situaciones fácticas y en la compensación de las exigencias temporales yace, según Roellecke (2005: 649), una similitud estructural entre la ejecución regulada en el párrafo 35 y las medidas cautelares contempladas en el párrafo 32: ambos procedimientos sirven a la

⁵² Sentencias de 25 de febrero de 1975 y de 28 de mayo de 1993. Críticos al respecto Ipsen (1980: 241-244), Gusy (1985: 201), Schlaich y Koriath (2010: 289-290) y Schneider (1994: 2591-2594).

⁵³ Roellecke (2005: 647), Zuck (2006: 345), Lechner y Zuck (2011: 306) y Bethge (2015: 11).

⁵⁴ Roellecke (2005: 648).

⁵⁵ Bethge (2015: 11, 23).

realización de una decisión y son por tanto accesorios⁵⁶. Solo la perspectiva es distinta: en un caso la decisión de fondo ha sido ya adoptada, en el otro tiene todavía que ser adoptada, y ello repercute naturalmente en la motivación de esas decisiones accesorias. A menudo, incluso, las mismas medidas dictadas cautelarmente se vuelven a ordenar, después de la decisión de fondo, como medidas de ejecución: tanto en los procedimientos de tutela de los derechos fundamentales como en los de control abstracto de normas.

En la doctrina alemana suelen recordarse los límites jurídicos y políticos de la potestad de ejecución de las sentencias constitucionales. H. H. Klein (1968: 34) subrayó que no es una tarea del TCF romper la desobediencia de un órgano habilitando a otro para que adopte medidas extraconstitucionales, que no harían más que agudizar la situación de conflicto y serían abiertamente contradictorias con la función pacificadora del TCF; no se trataría de romper la desobediencia, sino de sustituir una situación declarada inconstitucional por el TCF por una situación conforme a la Constitución, sin poner en peligro con ello el Estado. Benda y E. Klein (2001: 562) recuerdan que el TCF no dispone de «la espada o el monedero»⁵⁷, sino de una autoridad que se fundamenta en la lealtad de los demás órganos constitucionales y que hunde sus raíces no en la arbitrariedad, sino en el persistente esfuerzo por esclarecer de forma coherente, garantizadora de la paz jurídica y, por tanto, aceptable las cuestiones constitucionales que se le someten. Bockslaff (1987: 89) afirma que el TCF tiene que vincularse a su función jurisdiccional y no puede convertirse en una «superinstancia» por encima de las demás que ejerza la violencia de forma autónoma y activa. Roellecke (2005: 656) previene asimismo contra un eventual «activismo ejecutivo» del TCF: «No es función de la ejecución, contribuir a la plena realización del Derecho constitucional, incluidos los derechos fundamentales. La ejecución debe velar únicamente por que los órganos políticos se atengan al Derecho y por que, una vez que lo han infringido, puedan hablar de nuevo unos con otros de la forma más rápida posible».

⁵⁶ En un caso es la tramitación del procedimiento ante el TCF lo que requiere cierto tiempo para poder decidir sobre el fondo de la pretensión: por ello, en determinadas circunstancias el TCF se ve obligado a tomar una medida cautelar que preserve la eficacia de la eventual decisión que ponga fin al procedimiento principal. En el otro caso, es el legislador el que necesita tiempo para adoptar una nueva regulación que sustituya a la declarada inconstitucional: por ello, el TCF ha de crear una regla de derecho provisional para integrar la laguna jurídica que surge como consecuencia no deseada de una declaración de nulidad.

⁵⁷ Referencia alusiva a una cita de Hamilton, en *The Federalist*, núm. 78: «The judiciary [...] has no influence over either the sword or the purse».

Quizás sea Herzog el autor que más abiertamente ha prevenido contra los peligros que encierra el parágrafo 35 BVerfGG. En un artículo doctrinal publicado a mediados de los años sesenta del pasado siglo, quien después sería su presidente (1987-1994) e incluso presidente federal (1994-1999) escribía que el TCF está para preservar el orden constitucional mediante la decisión autorizada de cuestiones jurídico-constitucionales controvertidas; en los conflictos constitucionales no pertenece a su función instar a la acción directa de una de las partes —aunque sea la parte leal a la Constitución—. Advirtió contra la conversión del TCF en titular de una competencia del estado de necesidad que el constituyente conscientemente no quiso establecer y contra la pretensión de asimilar la jurisdicción constitucional a una jurisdicción ordinaria. Para el citado autor, la idea a la que el parágrafo 35 BVerfGG debe en realidad su existencia —la de que también los órganos superiores del Estado pueden ser objeto de una ejecución forzosa de conformidad con la legislación de enjuiciamiento civil— «pasa por alto la esencia de la Constitución»; un aparato de ejecución «solo es concebible frente al ciudadano sometido al poder público. Cuando se trata de contribuir a realizar el ordenamiento jurídico *entre complejos de poder* que reivindican para sí el más alto nivel desde el punto de vista teórico y práctico, es una utopía»⁵⁸.

2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA EJECUCIÓN

2.1. Titular de la potestad de ejecución

La evolución de la jurisdicción constitucional alemana se aprecia de forma especial en la cuestión de la titularidad de la potestad de ejecución. El derecho constitucional alemán ha separado tradicionalmente la función de resolver controversias materialmente constitucionales, por un lado, y la función de ejecutar las correspondientes resoluciones, por otro⁵⁹.

En la época del antiguo Imperio romano-germánico, los propios territorios autónomos eran quienes ejecutaban las resoluciones del Tribunal Cameral Imperial. En el período de la Confederación Germánica la resolución de las controversias entre los Estados miembros le correspondía a una tercera instancia designada por las partes, y la ejecución de las resoluciones materialmente

⁵⁸ Herzog (1965: 46, 49) (cursiva en el original). Ya Bocanegra Sierra (1982: 247-248) se hizo eco del fragmento de Herzog reproducido en el texto. No obstante, la idea de Herzog, allí expuesta, de que la ejecución constituya un límite inmanente de la jurisdicción constitucional es rechazada por el austriaco Schäffer (1968: 246).

⁵⁹ Para lo que se indica a continuación en el texto se sigue a Roellecke (2005: 644-645).

constitucionales le correspondía a la *Bundesversammlung*, el órgano de representación de los Estados miembros de la Confederación. Con la Constitución del Imperio alemán de 1871 la resolución de controversias entre los Estados miembros se residenció en el *Bundesrat*, esto es, en la representación de los Estados miembros que conformaban el *Deutsches Reich*.

Bajo la CW, la ejecución de las resoluciones del *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*—Tribunal de Estado competente, con carácter subsidiario a la jurisdicción ordinaria, para conocer de los litigios constitucionales dentro de un *Land*, de los *Länder* entre sí y entre estos y el *Reich*— fue atribuida al presidente del *Reich* (art. 19.2 CW)⁶⁰. Además de la vía judicial de resolución de conflictos, el *Reich* contaba también con la vía coactiva de ejecución directa (la llamada *Reichsexekution*), expresamente prevista en el art. 48 CW, que se fundamentaba en la potestad administrativa de vigilancia (*Aufsichtsrecht*) del *Reich* sobre los *Länder*. Si consideraba que un *Land* no cumplía las obligaciones que le imponían la Constitución o las leyes del *Reich*, el presidente del *Reich* podía instarle a su cumplimiento «con ayuda de la fuerza armada» (art. 48.1 CW)⁶¹. Asimismo, cuando la seguridad y el orden públicos resultaran o estuvieran en peligro de ser gravemente dañados, el presidente del *Reich* podía adoptar las medidas necesarias, en caso necesario «con ayuda de la fuerza armada», para restaurarlos (art. 48.2 CW). Las medidas adoptadas por el presidente con arreglo al art. 48 CW debían comunicarse sin demora al *Reichstag*, el cual podía dejarlas sin efecto.

El marco constitucional de la ejecución de sentencias bajo la CW no dejaba de suscitar problemas teóricos y prácticos. Si quien incumplía una sentencia del Tribunal de Estado (por ejemplo, una que impone una prestación)

⁶⁰ Sobre la discusión doctrinal en torno al art. 19.2 CW *vid.* Triepel (1923/1965); Flad (1929: 137-154) (esta obra compara las dos vías existentes, la judicial y la coactiva); y Anschütz (1933/1960: 174-175). En castellano puede verse el breve comentario al precepto de Bühler (2010: 176-178).

⁶¹ *Vid.* al respecto en castellano Bühler (2010: pp. 203-207). En alemán *vid.* la citada obra de Flad (1929), que delimita la jurisdicción constitucional del *Staatsgerichtshof* de la *Reichsexekution* del art. 48, párrafo primero CW, como posibilidades de incidir en los conflictos entre el *Reich* y los *Länder*; y Nitsche (1932). Algunos autores diferencian tajantemente el supuesto del primer párrafo y el del segundo párrafo del art. 48. Solo en el primer caso se trataría de *Reichsexekution* en sentido estricto. Otros autores usan el concepto para englobar ambos supuestos. En la concepción de Schmitt, el párrafo segundo del art. 48 regula una situación con unas implicaciones jurídicas y políticas muy diferentes a las del párrafo primero. *Vid.* el escrito de 1924 de Schmitt, «La dictadura del presidente del Reich según el art. 48 de la Constitución de Weimar», incluido en Schmitt (2013: 295-350).

era alguno de los órganos pertenecientes al Estado en su conjunto (*Reich*), la ejecución podía no resultar viable (si el presidente no quería o su decisión no era refrendada por el canciller); tampoco era concebible la utilización de la fuerza física. De otro lado, aspectos controvertidos eran si el presidente estaba autorizado u obligado a ejecutar las sentencias y si estaba vinculado al orden constitucional de competencias —y, en particular, a sus propias competencias— a la hora de ejecutar las resoluciones del *Staatsgerichtshof*: parecía contradictorio que el presidente del *Reich* pudiera ejecutar una sentencia dirigida a restaurar el orden constitucional en ruptura de dicho orden. En cualquier caso, en ningún momento fueron necesarias medidas de ejecución en sentido estricto del presidente del *Reich*⁶².

Tras la Segunda Guerra Mundial, el proyecto de ley reguladora del TCF volvía a atribuir al presidente federal la competencia para la ejecución de las sentencias del TCF previsto por la LF de Bonn. No obstante, en consideración tanto a la discusión que se había desarrollado bajo la CW como al argumento de que la LF no debía atribuir al presidente federal competencias que la CW no hubiera previsto expresamente, en la redacción finalmente aprobada de la ley se atribuyó la competencia de ejecución al propio TCF⁶³. En cambio, en los tribunales constitucionales de los *Länder* alemanes hay un abanico mayor de soluciones: la ejecución de las resoluciones se atribuye a menudo al presidente o al Gobierno del respectivo *Land*, pero también al TC del *Land*⁶⁴.

2.2. Forma de la ejecución

La BVerfGG no contiene norma alguna con respecto a la forma de la ejecución. La forma de la ejecución depende de la parte dispositiva de la decisión de fondo, que es un problema de derecho material, por lo que tendrían cabida todas las medidas necesarias para realizar el derecho fijado por el TCF. Entre ellas se incluyen las medidas típicas de la ejecución forzosa: ejecución

⁶² Roellecke (2005: 645).

⁶³ Pestalozza (1991: 261-262), ofrece un relato detallado de la elaboración del precepto. Para más información se puede acudir a la edición de los trabajos parlamentarios a cargo de Schiffers (1984: 171 y ss.).

⁶⁴ Para una panorámica de la cuestión en los «antiguos *Länder*», *vid.* Pestalozza (1991: 400 —Baden-Württemberg: el TC del *Land*—, 460 —Baviera: el TC del *Land*—, 516 —Bremen: no hay regulación específica—, 539 —Hamburgo: el Gobierno—, 572 —Hesse: el presidente—, 584 —Baja Sajonia: aplicación supletoria del párrafo 35 BVerfGG—, 607 —Renania del Norte-Westfalia: el Gobierno—, 625 —Renania-Palatinado: el presidente—, 641 —Sarre: el Gobierno).

subsidiaria, compulsión sobre las personas, etc., si se trata de ejecución en sentido estricto⁶⁵. Si esas medidas entran dentro del ámbito competencial del órgano o autoridad al que se le encomienda la ejecución, no necesitan precisarse en la decisión del TCF que lleve a cabo dicha encomienda. En cambio, si entre las competencias del órgano en cuestión no está la de adoptar medidas de ejecución, el segundo inciso del párrafo 35 vendría a precisar que «en el caso concreto» el TCF puede establecer la forma de la ejecución⁶⁶.

El TCF admite que las medidas cautelares son también decisiones en el sentido del párrafo 35 BVerfGG y, por tanto, susceptibles de ejecución de acuerdo con dicha disposición. Por ejemplo, por decisión de 23 de junio de 1958 el TCF suspendió como medida cautelar unas consultas locales organizadas en Hesse sobre la disposición de armas nucleares por el Ejército alemán: con arreglo al párrafo 35 encomendó al ministro de Interior del *Land* que adoptara todas las medidas necesarias para su ejecución y que le informara por escrito sobre lo actuado antes del día 28 de junio⁶⁷. En 1974 el TCF ordenó como medidas cautelares la suspensión de la eficacia de la nueva regulación penal de la interrupción del embarazo y determinadas disposiciones transitorias⁶⁸. El ministro federal de Justicia publicó la parte dispositiva de la decisión en el *Diario Oficial de la Federación* de acuerdo con la decisión del TCF (aunque esta no se refería a la publicación por el ministro ni al párrafo 35); sin embargo, las tres prórrogas posteriores de dichas medidas cautelares acordadas hasta la decisión de fondo se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* invocando expresamente el párrafo 35⁶⁹. En 1976, el TCF ordenó la suspensión cautelar de una disposición de la Ley Marco de Universidades y con arreglo al párrafo 35 ordenó, en cuanto necesaria para su realización, una ampliación de los plazos de matrícula hasta el primer semestre del año académico 1976-1977⁷⁰.

La BVerfGG contempla expresamente determinadas consecuencias de la decisión de fondo o prevé normas específicas de ejecución para procedimientos especiales: el párrafo 34 regula el cobro de las tasas; el párrafo 39, el plazo y la imposición de limitaciones en la *Verwirkung* o caducidad de derechos fundamentales; el párrafo 46, la disolución y la confiscación del patrimonio de los partidos políticos prohibidos; el párrafo 59.3, el traslado

⁶⁵ Lechner y Zuck (2011: 306).

⁶⁶ Pestalozza (1991: 266).

⁶⁷ BVerfGE 8, 42 (43, 47).

⁶⁸ BVerfGE 38, 52 (52).

⁶⁹ Pestalozza (1991: 269).

⁷⁰ BVerfGE 43, 47 (53) y Pestalozza (1991: 269).

forzoso o la jubilación forzosa en los procedimientos de acusación contra jueces federales.⁷¹ En esos supuestos, las disposiciones mencionadas de la BVerfGG prevalecen como reglas especiales sobre el parágrafo 35. Además, normas especiales pueden contenerse en otras normas legales, como es el caso del parágrafo 32 de la Ley de Partidos Políticos, que se refiere a la ejecución de la prohibición de partidos políticos inconstitucionales⁷². De otro lado, en relación con el control abstracto de constitucionalidad se considera que el parágrafo 79 —que establece la posibilidad de revisar una sentencia penal firme que se basa en una norma declarada inconstitucional o que se basa en una interpretación de una norma que ha sido declarada incompatible con la Constitución⁷³— ya regula parte de los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, efectos que se contienen en el propio fallo o parte dispositiva de la sentencia: se puede considerar que ahí se contiene la regulación de la ejecución de las decisiones sobre el control de normas. No obstante, como el parágrafo 79 no resuelve todos los problemas que pueden surgir, el parágrafo 35 le permite al TCF regular él mismo las consecuencias de sus resoluciones⁷⁴.

Desde esa perspectiva, se considera que, si bien el TCF está vinculado a la Constitución, a la Ley y al derecho (art. 20.3 GG), la potestad de ejecución que contempla el parágrafo 35 no puede limitarse estrictamente a lo establecido en la Constitución y en las leyes,⁷⁵ pues las consecuencias de un compor-

⁷¹ Debe subrayarse que los tres procedimientos mencionados en el texto (pérdida de derechos fundamentales, prohibición de partidos políticos, acusación contra jueces federales), que proporcionan al TCF potestades de investigación importantes, son jurisdicciones constitucionales especiales del TCF atribuidas expresamente por la Constitución: arts. 18, 21.2 y 98 LF. Nunca se ha incoado un procedimiento de pérdida de derechos fundamentales o de acusación contra un juez federal.

⁷² Así lo admiten Benda y Klein (2001: 557). El art. 32.1 de la Ley de Partidos Políticos habilita a las autoridades competentes de los *Länder* para adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia constitucional de prohibición de un partido político y «cualesquiera medidas adicionales de ejecución del TC Federal».

⁷³ Bethge (2015: 31): «Una disposición aceptable, que representa un compromiso entre los principios contrapuestos del Estado de Derecho *libertas y auctoritas*».

⁷⁴ Roellecke (2005: 648).

⁷⁵ Determinadas autoridades o instituciones disponen constitucional o legalmente de autonomía funcional y no están sujetas al control o tutela de un poder público. En diversas sentencias el TCF ha encomendado la ejecución a las autoridades locales de policía, que legalmente no están sujetas a instrucción u orden de autoridad alguna. Herzog (1965: 48) admite que la ejecución vía parágrafo 35 BVerfGG pueda derogar la autonomía funcional (*Aufsichtsfreiheit*) de un órgano o autoridad en la medida necesaria para la realización de la sentencia constitucional.

tamiento inconstitucional solo de forma muy limitada pueden regularse de forma negativa (nulidad, etc.): algunas consecuencias de la inconstitucionalidad tienen que valorarse de forma positiva, y se alude en concreto al criterio de la tutela de la confianza legítima (Roellecke, 2005: 649). Más controvertida es la cuestión de si, de esta forma, puede contradecirse el orden de distribución competencial. Herzog (1965: 41-47) se muestra de forma contundente en contra de dicha posibilidad, argumentando que el orden constitucional de competencias y procedimientos no puede estar a disposición de una ley federal (parágrafo 35 BVerfGG) que carece de una previsión constitucional explícita —todo lo más se ampara en una habilitación genérica de los arts. 93.2 y 94.2 LF—, y que el TCF carece de una competencia para el estado de necesidad que la Constitución conscientemente quiso evitar. Para Pestalozza (1991: 267), los poderes de ejecución del TCF no pueden ir más allá que los de los órganos judiciales, en particular frente al poder público, y no pueden afectar al Estado federal, a la división de poderes y al derecho organizativo de la Constitución, «a no ser que la decisión no pueda ser ejecutada de otra forma». Benda y Klein (2001: 560-561) argumentan que, si se planteara realmente la cuestión, significaría que se habría llegado a los límites del Estado constitucional; y consideran que, en una situación semejante, el TCF podría eximir al órgano encargado de la ejecución de los límites competenciales que establece la LF, pero no en virtud del parágrafo 35, sino de una competencia no escrita de estado de necesidad.

La doctrina científica venía entendiendo que el parágrafo 35 no podía utilizarse para declarar la nulidad, inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma posterior del mismo autor idéntica a la declarada nula y/o inconstitucional, mucho menos cuando la norma idéntica es de otro autor⁷⁶. Una reciente Sentencia de la Sala Segunda del TCF ha confirmado ese criterio y ha aportado precisiones importantes⁷⁷. Si una sentencia constitucional declara la inconstitucionalidad de una legislación y obliga al legislador a adoptar en un plazo determinado una nueva regulación conforme con la Constitución que la sustituya, esa nueva regulación no puede controlarse por la vía del parágrafo 35. Estos fueron los argumentos del TCF: la nueva regulación crea una nueva situación jurídica, cuya conformidad o no con la Constitución exigiría un nuevo pronunciamiento sobre el fondo; una decisión de este carácter no sería una mera ejecución de la decisión de fondo anterior, sino que la completaría

⁷⁶ Bethge (2015: 42-43). Sobre la cuestión más general de si el legislador puede aprobar de nuevo disposiciones legales declaradas nulas, desde la perspectiva alemana, *vid.* Kischel (2005).

⁷⁷ Sentencia de 7 de junio de 2016, 2 BvL 3/12, 2 BvL 6/12, 2 BvL 5/12 y 2 BvL 4/12.

y ampliaría; la nueva situación jurídica debe ser objeto de un examen autónomo en un procedimiento incidental de control de normas o en un recurso de amparo; la finalidad del párrafo 35 no es conceder al favorecido por un fallo anterior, además de la facultad de instar un nuevo proceso constitucional, un recurso potestativo adicional en forma de solicitud de adopción de una orden de ejecución⁷⁸. Con todo, el TCF deja la puerta abierta a una posible excepción a la exclusión de la utilización del párrafo 35: la vía de la ejecución sería admisible si el legislador, a quien una sentencia le ha impuesto la obligación de adoptar una regulación en un plazo determinado, no la adoptara o lo hiciera de forma que manifiestamente quedara tan por debajo de las exigencias fijadas en la decisión de fondo que, materialmente, equivaliese a una inactividad⁷⁹. Hasta entonces el TCF había esperado a un nuevo control incidental de constitucionalidad para poder examinar si el legislador había adoptado la legislación conforme con la Constitución reclamada por una sentencia anterior⁸⁰. Por tanto, el pronunciamiento de 7 de junio de 2016 abre

⁷⁸ *Ibidem*, apartados 8 y 9. La peculiaridad del caso es que quienes habían solicitado la ejecución de la decisión de fondo anterior eran los cuatro particulares que habían intervenido como demandantes en los procesos *a quo* en los que se habían promovido las cuestiones de inconstitucionalidad que dieron lugar a la citada declaración de inconstitucionalidad. Por ello, el TCF añade un segundo argumento para inadmitir la solicitud de ejecución planteada por esos particulares: aceptar lo contrario supondría alterar la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional; las funciones de preparación, de examen previo y de descongestión que llevan a cabo los órganos judiciales tienen una gran importancia a la vista de la complejidad del examen constitucional que debe realizar el TCF (apartado 10).

⁷⁹ *Ibidem*, apartado 11.

⁸⁰ Es ilustrativo a este respecto el caso de la jurisprudencia constitucional que obligaba al Estado a proporcionar a los funcionarios casados con más de dos hijos a su cargo una remuneración adecuada a sus cargas familiares. La primera declaración de inconstitucionalidad se produjo en 1977. Trece años más tarde, en 1990, el TCF volvió a constatar que el legislador no había remediado la inconstitucionalidad ya apreciada. Finalmente, en una nueva cuestión de inconstitucionalidad resuelta con fecha de 24 de noviembre de 1998 la Sala Segunda del TCF (2 BvL 26/91 y otros) volvió a declarar la incompatibilidad del régimen retributivo con el deber de alimentación que tiene el Estado con respecto a sus funcionarios. El legislador no había cumplido las resoluciones anteriores. Al igual que en la sentencia de 1990, el TCF excluyó la retroactividad de los efectos del fallo por las especialidades del derecho de la función pública y limitó los efectos de la sentencia a los funcionarios que, durante el ejercicio presupuestario en curso, hubieran solicitado en vía administrativa o contencioso-administrativa una remuneración adecuada. Ahora bien, con base explícita en el párrafo 35 BVerfGG le impuso al legislador la obligación de poner fin a la inconstitucionalidad decla-

una nueva vía, la de la ejecución regulada en el párrafo 35, como mecanismo de control del incumplimiento absoluto del legislador de la obligación de adoptar una regulación conforme con la Constitución establecido en una sentencia constitucional.

2.3. Procedimiento de ejecución

Toda medida de ejecución requiere una decisión previa. La decisión sobre la ejecución (orden y/o medidas de ejecución) se debe adoptar en la parte dispositiva de la decisión que se ejecuta, como *anexo* a esa decisión. A pesar de la dicción del párrafo 35 BVerfGG, el TCF ha admitido que esa decisión sea complementada por una resolución posterior⁸¹. Esa resolución posterior sobre la ejecución no puede cambiar, modificar, completar o ampliar la decisión a cuya ejecución sirve.

El párrafo 35 BVerfGG no prescribe un procedimiento específico para ejecutar las decisiones del TCF. Lo deja todo —forma y procedimiento— en manos del TCF. El propio TCF aduce que todo ello es deliberado, como ya se ha indicado, «con la finalidad de dejar plena libertad para que el Tribunal alcance lo exigido de la forma más objetiva, rápida, adecuada, simple y eficaz posible en cada caso»⁸². En general, la doctrina considera acertada esa ausencia de reglas procedimentales: la perspectiva centrada en las consecuencias impide una formalización del procedimiento⁸³.

rada antes del 31 de diciembre de 1999 y, para el supuesto de que no lo hiciera así, el TCF estableció él mismo un complemento específico por el tercer hijo y por cada hijo sucesivo (calculado sobre la base de la media de la ayuda social correspondiente al tercer hijo incrementada en un 15 %) que los órganos judiciales podrían aplicar directamente a partir de la mencionada fecha.

⁸¹ BVerfGE 68, 132 (140), cuyo fragmento se ha reproducido *supra* en castellano en el apartado 3.1. En contra, Pestalozza (1991: 266 y 270): se basa en la literalidad del párrafo 35 para excluir la adopción de medidas de ejecución en una decisión posterior; si no se han adoptado como anexo a la decisión principal, el interesado tendría que promover un nuevo procedimiento. Para el citado autor, las medidas de ejecución adoptadas con posterioridad a la decisión principal, que carece de ellas porque se confiaba en su pacífico cumplimiento, para forzar las resistencias inesperadas encontradas, no están cubiertas por el párrafo 35. No obstante, acepta que resoluciones posteriores revoquen, prolonguen o modifiquen las medidas de ejecución ya adoptadas en la decisión principal.

⁸² BVerfGE 6, 300 (304).

⁸³ Roellecke (2005: 650); también Bethge (2015: 18). Un argumento similar ya se halla en Flad (1929: 151), en relación con la parca regulación, en el art. 19.2 CW, de la

La ausencia de regulación conlleva la inexistencia de derecho subjetivo alguno a participar en el procedimiento de ejecución o a que se observen determinados trámites, pero no significa que la ejecución no pueda ordenarse según criterios procedimentales⁸⁴. En otras palabras, el derecho de audiencia que existe en el procedimiento principal no existe en el procedimiento de ejecución, pues la medida de ejecución no puede modificar el contenido de la resolución que se ejecuta; no obstante, el TCF puede dar a las partes la oportunidad de ser oídas⁸⁵. El TCF subraya que él decide libremente qué información recaba y de quién requiere testimonio⁸⁶. Roellecke (2005: 652) considera que la exclusión de la audiencia de las partes es correcta, aunque la fundamentación dogmática no debe ser la que sugiere el TCF (su discrecionalidad en esta materia), sino el hecho de que, una vez tomada la decisión de fondo, no existe ya espacio para oír a las partes, pues la ejecución se rige por el fallo de la decisión de fondo. De afectarse a los derechos y deberes de personas concretas, serían aplicables por analogía, a falta de una remisión explícita, las normas previstas en la legislación de enjuiciamiento civil (Roellecke, 2005: 650).

La decisión de fondo es el fundamento y el límite de la medida de ejecución, pero no se confunde con ella. Por tanto, se debe diferenciar entre la eficacia vinculante de la decisión del TCF, contemplada en el párrafo 31⁸⁷, y su ejecución.

El TCF adopta de oficio las medidas de ejecución. De la jurisprudencia no se deduce con claridad si las solicitudes de medidas de ejecución que presenten las partes son admisibles o no. La doctrina entiende que la posibilidad de presentar solicitudes de medidas de ejecución no afecta a la condición del TCF como «señor de la ejecución». En cualquier caso, solo las partes del procedimiento principal podrían solicitar medidas de ejecución⁸⁸.

ejecución de las sentencias del *Staatsgerichtshof*: la diversidad de las obligaciones que pueden ser objeto de una demanda y de una sentencia. En cambio, Pestalozza (1991: 262-263), ve problemas jurídico-constitucionales en la redacción del párrafo 35, pues la Constitución no puede habilitar de forma ilimitada al legislador para atribuir una competencia de ejecución que puede interferir en el ámbito competencial de otros órganos constitucionales; y señala que el proyecto de ley no contemplaba decisiones autónomas de ejecución que no estuvieran vinculadas a la decisión principal.

⁸⁴ Roellecke (2005: 650).

⁸⁵ Benda y Klein (2001: 560).

⁸⁶ BVerfGE 6, 300 [305].

⁸⁷ «1. Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como a todos los tribunales y autoridades.»

⁸⁸ Roellecke (2005: 651).

El titular de la potestad de ejecución —el TC— puede ordenarla él mismo o encomendársela a otro órgano, pudiendo en este caso determinar la forma de ejecución en el caso concreto. El TCF no tiene su propio aparato de ejecución, por eso necesita el auxilio de la capacidad ejecutiva de otros órganos del Estado. Estos órganos están obligados a proporcionársela, no por una vaga obligación de lealtad institucional o federal, sino, justamente, por lo que establece el parágrafo 35⁸⁹.

La Ley no especifica a qué órganos se les puede encomendar la ejecución. No tiene que tratarse de órganos entre cuyas funciones ordinarias esté la de ejecutar actos públicos, tampoco es necesario que se trate de órganos federales. También a las autoridades de los *Länder* o de los entes locales, así como a otras personas jurídicas de derecho público, se les puede encomendar la ejecución: en todo caso, únicamente a titulares de poder público. El TCF debe tener en cuenta las competencias para regular las consecuencias de sus decisiones que vengan establecidas en otras normas, pues, si está previsto que un órgano concreto deduzca las consecuencias de sus decisiones, le corresponde a ese órgano concreto esa función y no al TCF⁹⁰. El TCF debe encomendar la ejecución a la autoridad idónea en el caso concreto y debe tomar en consideración las competencias ordinarias de la autoridad encomendada de la forma más amplia posible en las circunstancias del caso⁹¹.

Al inicio de su jurisprudencia, el TCF diferenció dos formas de encomendar la ejecución a una autoridad⁹². En primer lugar, el TCF le puede encomendar a una autoridad *de forma genérica* la ejecución de una de sus decisiones: las competencias de dicho órgano se amplían si los actos de ejecución no pertenecen a su ámbito propio de competencias. En este supuesto, los actos de ejecución se realizan en el marco de la discrecionalidad del órgano en cuestión. En segundo lugar, el TCF puede asignar *un encargo concreto de ejecución*: la autoridad que recibe ese encargo se convierte en órgano de ejecución del TCF, y ya no actúa en el marco de su propia discrecionalidad.

El criterio de delimitación sería la generalidad o indeterminación de la orden de ejecución. Ejemplos históricos claros de la encomienda genérica son el mandato a los ministros de Interior de los *Länder* para que ejecutaran la disolución del Partido Socialista del *Reich* (SRP) y la prohibición de organizaciones sucesoras, así como la instrucción al ministro de Interior de Hesse para

⁸⁹ Bethge (2015: 22).

⁹⁰ Roellecke (2005: 652), pone el ejemplo de una norma electoral declarada nula, cuyos efectos deben ser apreciados por la Administración electoral.

⁹¹ Lechner y Zuck (2011: 306).

⁹² BVerfGE 2, 139.

que adoptara las medidas necesarias de ejecución de la prohibición de una consulta (prohibida por versar sobre una materia de competencia federal). Ahora bien, Roellecke (2005: 653) considera que el grado de determinación de la orden de ejecución no es un criterio preciso de delimitación. En consecuencia, la encomienda concreta y, por tanto, la consideración del órgano en cuestión como un «órgano de ejecución del TCF» quedarían limitadas a los supuestos en los que el TCF encomienda específicamente el uso de la fuerza física. A este respecto, Roellecke (2005: 653) señala que la utilización de la fuerza física requiere una especial justificación, pues el ordenamiento jurídico no puede apoyarse en la «bayoneta»: la fuerza física solo puede aparecer para hacer valer el derecho frente a la injusticia; por ello, cuando se quiere utilizar la fuerza física, el TCF debe aparecer como el autor intelectual de la decisión de su utilización.

Contra la decisión de ejecución del TCF no existe recurso alguno. Cuando el TCF encomienda a una autoridad de forma genérica la ejecución de una de sus decisiones, las medidas de ejecución que adopte aquella autoridad pueden ser impugnadas con los recursos existentes contra tales actos, en aplicación del principio proclamado en el art. 19.4 GG. En cambio, si la autoridad ejecutora actúa como órgano de ejecución del TCF, no actúa en el marco de su propia discrecionalidad, y la queja contra la medida del órgano de ejecución solo sería admisible ante el TCF, quedando excluido otro medio de recurso. Aunque no está previsto recurso alguno contra las decisiones del TCF, el Tribunal ha admitido en estos casos la posibilidad de una «queja contra la ejecución» (*Vollstreckungsbeschwerde*)⁹³; hasta la fecha no ha conocido ninguna.

IV. VALORACIÓN

El presente estudio ha analizado la regulación y la experiencia práctica de la ejecución de las resoluciones de los tribunales constitucionales en dos concretos ordenamientos constitucionales, Austria y Alemania. La muestra es inevitablemente limitada; no obstante, por las razones que se apuntaron en la introducción puede resultar ilustrativa para contextualizar las nuevas potestades de ejecución atribuidas al TC español por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, con el trasfondo de otros sistemas constitucionales europeos. Por

⁹³ BVerfGE 2, 139 [143]; 68, 132 [140]; 100, 263 [265]. Benda y Klein (2001: 561) se han manifestado en contra de dicha posibilidad no contemplada por la BVerfGE, por razones de legalidad y de competencia de atribución del TCF.

ello, no parecerá impertinente considerar que de la experiencia constitucional austriaca y alemana se pueden extraer ideas interesantes que, de confirmarse con estudios más amplios, se podrían elevar a postulados más generales.

1. En ambos sistemas constitucionales, la ejecución no pertenece a la *primera división* de los problemas de derecho procesal constitucional⁹⁴. La regulación constitucional y legal es parca, y los estudios doctrinales monográficos son escasos.

2. La equiparación de la ejecución de las sentencias constitucionales con la ejecución civil-procesal de las sentencias no constitucionales es una cuestión tradicionalmente controvertida en las doctrinas alemana y austriaca desde los años veinte del siglo xx. En contra de la traslación del concepto *civil-procesal* de ejecución al ámbito jurídico-constitucional se aducen los siguientes argumentos: por un lado, se afirma que gran parte de las resoluciones de un TC —en referencia, principalmente, a las que se adoptan en la jurisdicción sobre la competencia y en el control de normas— no requieren, por su naturaleza, ejecución alguna; por otra parte, se aprecia una diferencia entre la ejecución frente a particulares típica de la justicia civil y la ejecución frente a órganos constitucionales que caracteriza a la justicia constitucional.

3. No obstante, dejando al margen las atribuciones más genuinas de la justicia constitucional, como son la determinación de la competencia y el control de normas, las necesidades de ejecución de las sentencias de un TC dependen del tipo de proceso atribuido a su jurisdicción. Así, se admite pacíficamente que pueden y suelen requerir ejecución las decisiones que adopta el TCF alemán en materia de prohibición de partidos o las sentencias del TC austriaco que resuelven pretensiones de carácter patrimonial frente a las Administraciones territoriales. De hecho, la ejecución de estas últimas sentencias, aunque dictadas por el TC, no se atribuye en Austria a un órgano constitucional, sino a los tribunales ordinarios, que las ejecutan conforme a las leyes procesales ordinarias.

4. Como pone de relieve el caso alemán, la atribución al propio TCF de la ejecución de sus decisiones no es algo impropio de la jurisdicción constitucional. Podrán resultar impropias o inadecuadas, en su caso, las concretas modalidades o el procedimiento de ejecución que se establezca, pero no la atribución en sí al TCF de la potestad de ejecución de sus resoluciones.

5. Se atribuyan directamente al TCF (Alemania) o a un órgano distinto como el presidente federal (Austria), el TC tiene siempre pleno control

⁹⁴ En este sentido, de forma expresa, *vid.* Ipsen (1980: 213-232) en relación con el ordenamiento alemán. Una impresión similar produce también, a mi juicio, el ordenamiento austriaco.

sobre el qué y el cuándo de la ejecución. En Alemania, o bien se determina en la propia decisión de fondo o bien, si se establece con posterioridad, la ejecución se inicia y se resuelve de oficio por el TCF; en Austria la ejecución se inicia de oficio por el TC y se resuelve por el presidente federal. Ni en Austria ni en Alemania se prevé una ejecución a instancia de parte.

6. En Alemania y Austria se consideran suficientes disposiciones legales genéricas que atribuyan la potestad de ejecución al titular correspondiente, sin más precisiones en cuanto a la forma y el procedimiento de ejecución. Debido a la diversidad de procedimientos atribuidos a la jurisdicción constitucional en esos Estados, no se considera acertada mayor precisión. Ni siquiera se estima conveniente establecer de forma expresa la supletoriedad de una o varias de las leyes procesales ordinarias: lo que haya que aplicarse será por vía analógica.

7. En la doctrina alemana suelen recordarse los límites jurídicos y políticos de la potestad de ejecución de las sentencias constitucionales. En particular se advierte del peligro de adoptar medidas extraconstitucionales y se previene contra la conversión de la habilitación legal para adoptar medidas de ejecución en una competencia de estado de necesidad que el constituyente conscientemente no quiso establecer.

8. Por lo que se refiere a la utilización efectiva de los poderes de ejecución conferidos, los dos ordenamientos constitucionales analizados ofrecen, desde enfoques jurisprudenciales distintos, una imagen modesta. En Alemania, el TCF ha adoptado una noción amplia de ejecución, con el apoyo de un número creciente de autores. La aplicación del párrafo 35 BVerfGG, cuya redacción coincide en gran medida con la del apartado 1 del art. 92 LOTC, no se ha orientado en la jurisprudencia constitucional a la ejecución en sentido estricto, sino a la ordenación de las consecuencias de los fallos del TCF: ha servido para fundamentar la adopción de disposiciones transitorias que permitan resolver los problemas de adaptación de las decisiones jurídicas a las relaciones fácticas, básicamente hasta que el órgano competente en su caso, judicial o legislativo, dicte una nueva resolución o una nueva legislación conformes con el pronunciamiento del TCF. No se plantean problemas asociados a la ejecución forzosa en sentido estricto. En el pasado se suscitaban dudas en el momento de la ejecución en relación con el alcance de las sentencias de prohibición de partidos políticos, más por un déficit puntual de regulación posteriormente remediado que por un problema relativo al mecanismo de ejecución. En Austria, en cambio, se ha preservado un concepto técnico de ejecución, y la ejecución de sentencias constitucionales que no resuelven pretensiones patrimoniales frente a las Administraciones públicas —cuya ejecución se atribuye a los tribunales ordinarios y no al presidente Federal— tiene poca relevancia práctica: pocas sentencias se consideran ejecutables, y con res-

pecto a las que son ejecutables en pocas ocasiones resulta necesario acudir al art. 146 B-VG.

9. Podría pensarse que las conclusiones anteriores sobre el carácter modesto del análisis doctrinal, de la regulación legal y de la utilización de los poderes de ejecución en Austria y Alemania se deben a la ausencia de supuestos de incumplimiento en dichos ordenamientos. Aunque excepcionales, algunos conflictos han existido. La forma de abordar el conflicto muestra también la diferente comprensión de cada TC, como un órgano meramente nomofiláctico o como un órgano también nomotético.

Con respecto a Alemania, en el texto se ha aludido al incumplimiento reiterado de la jurisprudencia constitucional (1977 y 1990) que obligaba al Estado a proporcionar a los funcionarios casados con más de dos hijos a su cargo una remuneración adecuada a sus cargas familiares, hasta que en 1998 el TCF decidió crear, con base en el parágrafo 35 BVerfGG, un complemento económico específico, directamente exigible ante los tribunales por los particulares, para el supuesto de que el legislador no remediara la inconstitucionalidad antes del 31 de diciembre de 1999⁹⁵.

Austria ofrece el caso más grave, probablemente, de crisis político-constitucional originada en el incumplimiento de una sentencia constitucional. Una sentencia del TC de 13 de diciembre de 2001 ordenó la señalización bilingüe (en alemán y en esloveno) de aquellas localidades del *Land* de Carintia cuya población austriaca de lengua eslovena superase el 10 % de la población total, en consonancia con las obligaciones contraídas por Austria en el Tratado de Estado de 1955 celebrado con las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial y por el cual Austria recuperó la soberanía: se trataba simplemente de instalar una indicación bilingüe del nombre de cada localidad en cuestión, a la entrada y a la salida de su ámbito geográfico⁹⁶.

El pronunciamiento del TC fue recibido con absoluta beligerancia por los miembros del partido en el Gobierno, el populista partido liberal FPÖ. El líder del partido liberal y presidente del *Land* de Carintia, Jörg Haider, reprochó al presidente del TC, Ludwig Adamovich (Jr.), un «comportamiento indigno» por la sentencia sobre la señalización bilingüe⁹⁷. Por lo demás, la reacción política contra la sentencia sobre la señalización bilingüe en Carintia

⁹⁵ *Vid. supra* nota 80.

⁹⁶ VfSlg. 16.404/2001. La Sentencia V 64/05-11, de 12 de diciembre de 2005, reiteró el fallo. Para el tema de fondo y el contenido de la sentencia, desde la perspectiva de la protección de las minorías, *vid.* Arzoz Santisteban (2003).

⁹⁷ Le acusó de haber conversado sobre el objeto de la sentencia con el jefe del Estado esloveno, con ocasión de una visita oficial de este a la República de Austria, y de haber

se revistió de argumentos jurídicos de diversa naturaleza. Algunas objeciones aparentemente jurídicas apenas encubrían una carga política de profundidad contra la institución del TC, como las relativas a la imposibilidad de ejecutar el fallo o a la nulidad de pleno derecho de la propia sentencia⁹⁸. Dado el cariz de las acusaciones y la reiteración de afirmaciones semejantes ante la opinión pública, en interés del propio Estado de Derecho y con objeto de garantizar la dignidad del TC y de sus miembros, el TC se vio en la necesidad de esclarecer los hechos y extraer las debidas consecuencias del resultado de este esclarecimiento. Tramitó de oficio un procedimiento contradictorio, con audiencia a Haider, para determinar la fundamentación de los reproches vertidos contra el presidente del TC. El procedimiento concluyó con la resolución de 6 de enero de 2002, que declaraba el carácter infundado de dichos reproches y la inexistencia de base para iniciar el procedimiento para la destitución del presidente del Tribunal⁹⁹.

Jörg Haider se negó durante años (hasta su fallecimiento en octubre de 2008, en un accidente de tráfico) a cumplir el fallo de la sentencia relativa a la señalización bilingüe, sin que en ningún momento se iniciara un procedimiento de destitución contra él o medida coactiva alguna en relación con la ejecución de la sentencia. En 2006, en claro desafío al TC, participó personalmente en el desplazamiento por unos metros de la señalización en una localidad que una nueva sentencia del TC había declarado que debía ser bilingüe. Solo tras el fallecimiento de Haider, el Gobierno federal y el *Land* de Carintia llegaron en 2011 a un memorándum de entendimiento para cumplir el pronunciamiento del TC. Tras negociaciones con los representantes de la minoría eslovena, se acordó la instalación de señalización bilingüe en una lista de 164 localidades pertenecientes a 24 municipios de Carintia, y que en esas mismas localidades el esloveno fuera lengua oficial. El acuerdo se sometió a consulta del conjunto de la población de Carintia: el 68 % del censo se manifestó a favor; y el 32 %, en contra. Inmediatamente después, el Parlamento y el Consejo Federal aprobaron, con una amplia mayoría, una ley federal de modificación de la Ley Federal de Minorías Étnicas de 1976 que recogía el contenido del acuerdo y que tiene rango constitucional¹⁰⁰.

cambiado arbitrariamente de criterio con respecto a su pasada responsabilidad, como alto cargo, en la aplicación de la Ley de Grupos Étnicos treinta años antes.

⁹⁸ *Vid.* Kolonovits (2001/2002), Winckler (2002) y Hilpold (2003).

⁹⁹ Resolución DV 1/01-10.

¹⁰⁰ BGBl. I Nr. 46/2011, de 26 de julio de 2011. Las nuevas disposiciones también se aplican a las minorías croata y húngara en los *Länder* en que residen tradicionalmente.

Bibliografía

- Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Civitas.
- et al. (2012). *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics.
- Alonso García, E. (1981). El Tribunal Constitucional austriaco. En Dirección General de lo Contencioso del Estado. *El Tribunal Constitucional*, vol. I (pp. 409-459). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Anschütz, G. (1933/1960). *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft [reproducción facsímil en 1960 de la 14.^a ed., Berlín, 1933].
- Arzoz Santisteban, X. (2003). Señalización viaria y lenguas minoritarias. Algunas reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco sobre la señalización bilingüe en Carintia. *Revista de Llengua y Dret* (40), 109-147.
- Balaguer Callejón, F. y Azpitarte Sánchez, M. (2010). Das Grundgesetz als ein Modell und sein Einfluss auf die spanische Verfassung von 1978. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (58), 15-39.
- Benda, E. y Klein, E. (2001). *Verfassungsprozessrecht*. 2.^a ed. Heidelberg: C. F. Müller.
- Bethge, H. (2015). § 35. En T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreue, F. Klein y H. Bethge (dirs.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 45.^a actualización. München: C. H. Beck.
- Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local.
- Bockslaff, R. (1987). *Die Behandlung des «Mephisto-Falles» als Beispiel für die Problematik der Vollstreckung von bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen*. Frankfurt: Peter Lang.
- Bühler, O. (2010). *La Constitución de Weimar (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Madrid: Tecnos.
- Cruz Villalón, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1990). Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen. Bericht Spanien. En U. Battis, E. G. Mahrenholz y D. Tsatsos (eds.). *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen – 40 Jahre Grundgesetz* (pp. 93-108). Berlin: Duncker und Humblot.
- (2011). La Ley Fundamental en la evolución constitucional española (1978-2008). En C. Hohmann-Dennhardt, R. Scholz y P. Cruz Villalón. *Las Constituciones alemana y española en su aniversario* (pp. 43-60). Madrid: CEPC.
- Flad, W. (1929). *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Gusy, C. (1985). *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Duncker und Humblot.

- Häberle, P. (2009). El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (9), 113-139.
- Herzog, R. (1965). Die Vollstreckung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. *Der Staat* (4), 37-49.
- Hesse, K. (2005). El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (9), 141-151.
- Hilpold, P. (2003). Der Ortsnamenstreit in Kärnten und in Südtirol aus rechtsvergleichender und völkerrechtlicher Sicht. *Juristische Blätter* (125), 92-105.
- Ipsen, J. (1980). *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden: Nomos.
- Kelsen, H., Froehlich, G. y Merkl, A. (1922/2003). *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*. Wien: Verlag Österreich [reproducción facsímil en 2003 de la edición de 1922, con prólogo e introducción de Robert Walter].
- Kischel, U. (2005). Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? Zum erneuten Erlaß für nichtig erklärter Gesetze. *Archiv des öffentlichen Rechts* (131), 219-254.
- Klein, H. H. (1968). *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*. Frankfurt/Berlin: Alfred Metzner.
- Kolonovits, D. (2001/2002). «Ortstafelerkenntnis» (VfGH 13.12.2001, G 213/01, V 62, 63/01 – Umsetzung möglich? *Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung* (3), 187-192.
- Laumen, S. (1997). *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG: eine systematische Darstellung*. Frankfurt: Peter Lang.
- Lechner, H. y Zuck, R. (2011). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. 6.ª ed. München: C. H. Beck.
- Manzanares Samaniego, J. L. (1981). El TC Federal alemán. En Dirección General de lo Contencioso del Estado. *El Tribunal Constitucional*, vol. II (pp. 1551-1570). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Mayer, M. (1997). *Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Kurzkommentar*, 2.ª ed. Wien: Manz.
- Messner, V. (2009). ¿Viviendo el mito? La jurisdicción constitucional austríaca. *Revista General de Derecho Constitucional*, 7.
- Nitsche, G. (1932). *Die Reichsexekution nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung* [tesis doctoral]. Göttingen: Georg-August-Universität Göttingen.
- Pestalozza, C. (1991). *Verfassungsprozeßrecht*. München: C. H. Beck.
- Ringhofer, R. (1977). *Die österreichische Bundesverfassung*. Wien: Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes.
- Rodríguez-Patrón, P. (2001). La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal. *Revista Española de Derecho Constitucional* (62), 125-178.
- (2003). *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Roellecke, G. (2005). § 35. En D. C. Umbach, T. Clemens y F.-W. Dollinger (eds.). *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2.ª ed. Heidelberg: C. F. Müller.
- Roth, W. (1999). Grundlagen und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen. *Archiv des öffentlichen Rechts* (124), 470-502.

- Schäffer, H. (1968). Die Exekution der Erkenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (18), 185-246.
- (1998). Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador. En E. Aja (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (pp. 1-51). Barcelona: Ariel (con la colaboración de T. Haas).
- (2010). Giurisdizione costituzionale e conflitti tra poteri legislativi centrali e regionali nell'esperienza austriaca. En *Atti del XXI Convegno annuale: la circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (pp. 119-150). Napoli: Jovene.
- Schiffers, R. (1984). *Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit: Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951*. Düsseldorf: Droste.
- Schmitt, C. (2013). *Ensayos sobre la Dictadura 1916-1932*. Madrid: Tecnos.
- Schlaich, K. y Koriath, S. (2010). *Das Bundesverfassungsgericht*, 8.^a ed. München: C. H. Beck.
- Schneider, H. P. (1994). Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG – ein Norverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts? *Neue Juristische Wochenschrift* (40), 2591-2594.
- Triepel, H. (1923/1965). *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Verfassung*. Bad Homburg: Hermann Gentner [reproducción facsímil en 1965 del texto originalmente publicado en *Festgabe für Wilhelm Kahl*, Mohr, Tübingen, 1923].
- Vernet i Llovet, J. (1997). *El sistema federal austriaco*. Madrid: Marcial Pons.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿Puede este reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional* (97), 13-44.
- Walter, R. (1972). *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*. Wien: Manz.
- Weber, A. (1998). Alemania. En E. Aja (dir.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (pp. 53-88). Barcelona: Ariel.
- (2007). Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. En C. Starck y A. Weber (eds.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2^a ed., Vol. I (pp. 313-376). Baden-Baden: Nomos.
- Winckler, G. (2002). Zweisprachige Ortstafeln und Volksgruppenrechte. *Zeitschrift für öffentliches Recht* (57), 129-202.
- Zembsch, G. (1971). *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*. Köln: Carl Heymanns.
- Zuck, R. (2006). *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3.^a ed. München: C. H. Beck.

