

## RECIENTES DESARROLLOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA \*

Prof. Dr. Peter Häberle (Bayreuth/St. Gallen)

### Introducción



El tema que vamos aquí a tratar tiene una vasta extensión. Pues en ningún otro de los terrenos del Derecho Constitucional han trabajado la literatura y la jurisprudencia, durante la vigencia de la Grundgesetz (GG), de forma tan extensiva e intensiva. No sólo de forma irónica podría caracterizarse la doctrina jurídico-pública alemana posterior a la segunda guerra mundial como “ciencia de los derechos fundamentales”, y el Tribunal Federal Constitucional ha adquirido su prestigio, que rebasa las fronteras de Alemania, muy especialmente gracias a sus decisiones pioneras en materia de derechos fundamentales. En este sentido merecen citarse, entre otras, la sentencia en el caso “Lüth”, relativa al efecto indirecto sobre terceros (E 7,198); la sentencia sobre farmacias, en relación con la libertad para el acceso y el ejercicio de profesión (E 7,377); el caso

---

\* Traducción del profesor doctor don Luciano Parejo Alfonso.

del “tabaco” sobre la confianza en la publicidad (E 12,1); la decisión sobre interdicción de pluralidad de sanciones a los Testigos de Jehová (E 23,191); el acuerdo sobre matrimonio e imposición fiscal (E 6,55); las, al día de hoy, seis sentencias sobre televisión (comenzando con E 12,205, E 83,238); la primera de las sentencias sobre escuelas superiores (E 43,242); la sentencia sobre el “Dique de Hamburgo”, en relación con el artículo 14 GG (E 24,367); y, en época más reciente, la sentencia sobre el derecho a la autodeterminación informativa (E 65,1). Son legión las decisiones sobre tutela judicial efectiva (art. 19, apdo. 4 GG), así como sobre el principio de igualdad como interdicción de la arbitrariedad (art. 3, apdo. 1 GG) y cabría interrogarse críticamente por qué los derechos fundamentales de los alemanes han llegado a ser bien supremo e “hijo predilecto”. Una de las causas radica en el rechazo del régimen totalitario de la época nacionalsocialista que en ello se manifiesta, otra causa podría encontrarse, sin embargo, en una apuesta desproporcionadamente fuerte y casi impolítica por los derechos fundamentales y el Estado de Derecho (y no tanto por la democracia y por el proceso político de convivencia en libertad).

En todo ello quedará puesto de manifiesto que ha sido y continúa siendo gracias a las discusiones de principio de la época weimariana como la literatura y la jurisprudencia alemanas han podido ir construyendo a partir de 1945: las doctrinas de un M. Wolff y E. Kaufmann sobre la concepción institucional de los derechos fundamentales (la posterior doctrina de C. Schmitt de las garantías institucionales y de los institutos jurídicos también es conocida fuera de Alemania), el entendimiento de los derechos fundamentales orientado valorativamente de un Rudolf Smend, y también A. Hansel, que condujo a la posterior interpretación global y armonizadora de la Constitución de un U. Scheuner y a la “concordancia práctica” de K. Hesse y también del Tribunal Federal Constitucional<sup>1</sup>.

En formulación más rotunda: todos nosotros vivimos hoy en Alemania en gran medida de “Weimar”, cabalgamos en calidad de epígonos “sobre los hombros de gigantes” y, por ello, estamos en condiciones de ver algo más hacia adelante que éstos. Sólo un tiempo posterior podrá proporcionar la perspectiva para reconocer con claridad si bajo la GG se han logrado y logran

<sup>1</sup> Véase M. WOLFF: *Reichsverfassung und Eigentum Festgabe für Kahl*, 1923, pp. 3 y ss.; E. KAUFMANN: *WDSiRL* 44 (1928), pp. 77 y ss. (coloquio); C. SCHMITT: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien*, 1931; R. SMEND: “Das Recht der freien Meinungsäusserung”, *WDSiRL* 4 (1928), pp. 44 y ss.; A. HENSEL: “Grundrechte und Rechtsprechung”, en *Die Rechtsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. I, 1929, pp. 1 y ss.; U. SCHEUNER: “Pressefreiheit”, *WDSiRL* 22 (1965), pp. 1 y ss.; K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 18 ed., 1991, pp. 19 y ss. y 117 y ss.

conquistas pioneras comparables. Así pues, precisamente la convulsionada Weimar ha preparado conceptualmente la literatura y la jurisprudencia sobre derechos fundamentales productora de paz y de integración: la doctrina iuspublicista, según mi punto de vista, debe producir “política científica de aprovisionamiento”, desarrollar ofertas teoréticas, elaborar alternativas que luego deben ser articuladas y compuestas por otros, preferentemente los Tribunales Constitucionales (también mediante votos particulares), en una suerte “integración pragmática de elementos teoréticos”. El Tribunal Federal Constitucional ha cumplido esta tarea hasta ahora de forma ejemplar, si bien la fuerza para las “decisiones pioneras” y la colocación de hitos importantes se desplegó en los primeros años de su funcionamiento.

En nuestros días ha comenzado ya hace tiempo una nueva y diferente fase. Ya no es tanto la mirada hacia atrás sobre los textos clásicos de Weimar la que puede ayudar a abrir camino (es decir, la comparación jurídica en el *tiempo*), ya tiene tanta demanda la actualización de la historia de los derechos fundamentales; hoy, como nunca antes, está a la orden del día de la interpretación y de la política de los derechos fundamentales la comparación jurídica en el *espacio* (la mirada por sobre las fronteras). Lo dicho refleja, por de pronto, en la creciente importancia de los Tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo, que interpretan el Convenio Europeo de Derechos Humanos e, incluso, han avanzado hasta la concepción de los derechos fundamentales como “principios jurídicos generales” de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Esto conduce a una “*europaización*” de los *Tribunales Constitucionales nacionales*. Pues éstos deben proceder comparatistamente también en la aplicación de derechos fundamentales internos. Ya existen ejemplos por que hace al Tribunal Federal Constitucional Alemán<sup>2</sup>. Se dibuja así el camino hacia el comparatismo jurídico como *quinto* método interpretativo *desde Savigny*. La *ciencia* jurídica de los derechos fundamentales, trabajando comparatistamente, debería ser “guardián preventivo” y “guardián *a posteriori*”, en el sentido del *agmen novissimum* de Roma. Estamos al comienzo de una época de *europaización*, por todo lo alto, de las *doctrinas iuspublicistas nacionales*. Si la expresión “de Bolonia a Bruselas” (*H. Coing*) puede parecer demasiado atrevida, en el horizonte se dibujan ya hoy en todo caso los perfiles de un “Derecho Constitucional europeo común”<sup>3</sup>. En el terreno de la “política de los derechos fundamentales” —un concepto que yo propuse por

<sup>2</sup> A este respecto, P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3.<sup>a</sup> ed., 1983, pp. 407 y ss.

<sup>3</sup> A este respecto, de manera programática, P. HÄBERLE: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ, 1991, pp. 261 y ss.

primera vez en 1971<sup>4</sup>—, ha de procederse igualmente de forma comparatista, y en él hace ya tiempo se trabaja comparatistamente: hoy existe una sociedad europea e, incluso, mundial de producción y recepción en materia de derechos humanos y fundamentales. Esto es comprobable en la formación de las nuevas Constituciones en el Este y el Oeste, en el Norte y el Sur, incluyendo los países en desarrollo (por ejemplo, Perú y Guatemala) y los países pequeños (tempranamente en los Cantones suizos, hoy en Eslovenia y Croacia), así como en los Miniestados. Los constituyentes copian, en el buen sentido de la palabra, unos de otros, y con ello hacen progresar literalmente los derechos fundamentales, es decir, incorporan al mismo tiempo en sus textos la realidad de los derechos fundamentales. Esto es lo que quiere significar el “paradigma del escalonamiento de textos”<sup>5</sup>.

Volviendo a Alemania e Italia, cuya Corte Costituzionale merece y encuentra creciente atención. En el contexto de la historia constitucional europea existe desde luego mucho intercambio informal y es presumible que los jueces constitucionales alemanes e italianos que trabajan hace tiempo en común mucho más de lo que se expresa verbal-textualmente y metodológicamente en las decisiones. “Pre-juicio y elección del método” en el sentido de J. Esser, se hacen comunes europeos e invitaciones honrosas como la que da lugar a la reunión de hoy en Turín, que agradezco, contribuyen a ello. La generación directiva de Profesores de Derecho público italianos lee —y cita— intensivamente la evolución alemana de los derechos fundamentales —menciono aquí únicamente a los presidentes A. Corasaniti, A. Baldassare y G. Zagrebelsky, así como P. Ridola—, y nosotros los alemanes debemos preocuparnos, por nuestra parte, de seguir la literatura italiana y dejar de citar sólo a *Dante* y *Pasolini*, leer a clásicos como C. Mortati y Esposito y, por lo demás, disfrutar atentamente las nuevas ideas constitucionales del jefe de Estado Cossiga.

## PRIMERA PARTE: ELEMENTOS DE UN ESTADO DE SITUACION

### I. TEORIAS Y CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES —RECEPCIONES DE LA EPOCA DE WEIMAR—: INNOVACIONES BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY FUNDAMENTAL

La doctrina iuspublicista alemana lucha con gusto en Weimar, como hoy también, por teorías de los derechos fundamentales, sobre todo por teorías

<sup>4</sup> “Grundrechte im Leistungsstaat”, *WDSiRL* 30 (1972), pp. 43 (103 y ss.).

<sup>5</sup> En este sentido, P. HÄBERLE: *Textstufen als Entwicklungsweg des Verfassungsstaates*, FS Partsch, 1989, pp. 555 y ss.

*generales*, lo que quizá sea una herencia de la filosofía alemana y del “querer-ser-principal”, en su caso, de la “obsesión por la sistematización” que se nos imputa. Mucho ha sido recibido de Weimar —la “teoría jurídico-pública como literatura” se transformó en jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional—, algo se renueva y se desarrolla. La “clasificación” de las distintas teorías de los derechos fundamentales es querida hasta el punto de la dislocación en diferentes mundos de lo que se pertenece recíprocamente y la descomposición analítica en el generalizado “pensamiento por compartimentos”. Para una primera orientación puede ser de gran ayuda, sin embargo, una clasificación.

### **1. La concepción clásica, también llamada liberal, de los derechos fundamentales**

La concepción clásica, conocida como liberal, de los derechos fundamentales coloca el acento en el *status negativus*, en el sentido de G. Jellinek: los derechos fundamentales primariamente como derechos reaccionales, libertad *frente a* y *contra* el Estado. Los conceptos claves son: la pretensión negativa de libertad y como principio, la intervención estatal como excepción, la libertad como libertad del Estado. Esto está conectado con la vieja idea liberal del Estado (en el sentido, por ejemplo, de W. von Humboldt), no la de “la libertad natural de acción” preexistente al Estado propia del “Vor-märz” de 1848, como si toda libertad no fuera una libertad *cultural* y no precisara de principio la configuración jurídica! Esta doctrina está adquiriendo nuevo auge recientemente, al igual que, por lo demás, las distintas teorías de los derechos fundamentales parecen estar sometidas a la ley del “movimiento de las olas”; imagen que no pretende ser negativa.

### **2. La teoría del “doble carácter” de los derechos fundamentales —vertientes-jurídico-subjetiva y jurídico-objetiva—: el pensamiento sistémico valorativo**

La doctrina del doble carácter tiene igualmente en Weimar su fase conceptual preparatoria fue desarrollada por K. Hesse y por mí<sup>6</sup>, y quiere decir lo siguiente: los derechos fundamentales son *no sólo* derechos indivi-

<sup>6</sup> K. HESSE: *Grundsätze des Verfassungsrechts der BR Deutschland* (1.ª ed., 1966), 18.ª ed., 1991, pp. 118 y ss.; P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG* (1.ª ed., 1962, pp. 70 y ss.), 3.ª ed., 1983, pp. 70 y ss., y 332 y ss.

duales subjetivos de cada uno y de los grupos, protegen también relaciones objetivas, complejos normativos construidos por el Derecho ordinario; ello es fácilmente visible en la propiedad privada, en las normas del derecho público y privado de asociación, en el matrimonio y la familia; pero también en el derecho de reunión, que precisa de un “régimen” jurídico, e, incluso, en la libertad religiosa, respecto de la que, por ejemplo, es preciso prefigurar la “mayoría de edad religiosa”; y en el Derecho eclesiástico del Estado alemán las iglesias y las sociedades religiosas son objeto de especial protección, apoyo y promoción. La visión unidimensional individuo/Estado es notoriamente insuficiente; los derechos fundamentales son y operan en el plano objetivo y transpersonal, por ejemplo, como fines estatales, mandatos constitucionales y principios para el desarrollo legislativo; baste pensar, por ejemplo, en la libertad de enseñanza y en los derechos medioambientales, así como en la libertad informativa en la radio y en la televisión. A este tipo de reflexiones pertenece la visión de los derechos fundamentales orientada valorativamente de un G. Dürig: los derechos fundamentales como “sistema de valores”; en último término debe estimarse claramente alimentada por el pensamiento valorativo de un M. Scheler y N. Hartmann, así como motivado también por la doctrina social católica. No puede olvidarse a este propósito que el pensamiento valorativo ha sido despreciado como filosóficamente “naif” (así por E. Forsthoff); pero en los primeros tiempos del Tribunal Federal Constitucional operó literalmente como “cohetes de impulso”; hoy contamos con una jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional que reposa *sobre sí misma*, de tal suerte que las premisas filosóficas han pasado a un segundo plano (pionera BVerfGE 6,55; art. 6, apdo. 1 GG como “derecho fundamental clásico”, “garantía de instituto” y “norma principal”, es decir, “decisión valorativa vinculante” para el conjunto del ámbito del matrimonio y la familia).

### **3. La concepción “democrática” de los derechos fundamentales (los derechos fundamentales como “fundamento funcional” de la democracia).**

La doctrina de los derechos fundamentales como “fundamento funcional” de la democracia<sup>7</sup> significa lo siguiente: los derechos fundamentales tienen una vertiente privada y altamente personal y una vertiente público-democrática. Las libertades de opinión y prensa, y también, en un sentido más

---

<sup>7</sup> P. HÄBERLE: *Wesensgehaltgarantie*, 1, edición 1962, pp. 17 y ss.; 3, edición 1983, pp. 335 y ss.

profundo, las libertades científica y artística constituyen el presupuesto de una democracia que funcione. Aunque la libertad de opinión sea “el aire vital necesario” del individuo (R. Smend), crea la base para el proceso vital global del pluralismo en libertad, sin el que una democracia no puede existir. Todos los derechos fundamentales tienen un ámbito nuclear más próximo o más lejano de vinculación con la democracia, también la libertad para la propiedad: la libertad económica es presupuesto de la libertad política, como ha enseñado —en calidad de contrapunto— el marxismo-leninismo. Precisamente la retirada a zonas privadas objeto de protección reabre de nuevo, en último término, el camino a la libertad pública, democrática. Es cierto que esto significa el abandono de una comprensión privativa de la libertad. De otro lado debe quedar claro que existe también la libertad “sin mí”. En sentido contrario, son posibles limitaciones de la libertad en beneficio de la vertiente democrática de los derechos fundamentales. Allí donde la libertad económica pone en peligro el poder y la apertura del proceso democrático de formación de la voluntad (monopolios, cárteles, caso Flick!), allí es posible contrarrestar ese peligro (leyes de cárteles contra el abuso del poder económico, ley sobre fusiones en la prensa, entre otros supuestos).

Pensando en los fundamentos de la comunidad política, todo ello significa: la dignidad de la persona (art. 1, apdo. 1 GG), base de todas las libertades individuales y premisa cultural-antropológica del Estado constitucional, tiene como consecuencia la democracia en libertad (art. 20 GG). Formulado de otra forma: la dignidad de la persona no puede ya continuar siendo entendida de forma exclusivamente “apolítica”. Los artículos 1 y 20 GG deben ser llevados a *un* punto, deben ser explicados desde *un* punto. Los derechos humanos son también “derechos del pueblo”, en un sentido más profundo y filosófico-jurídico aún no plenamente elaborado por la teoría de los derechos fundamentales, constitucional y del Estado<sup>8</sup>.

Indudablemente: el hombre no vive sólo de democracia, sus libertades no deben ser instrumentalizadas exclusivamente al servicio de la democracia. Pero ellas tienen desde luego *también* la función democrática descrita.

#### **4. Los derechos fundamentales como derechos de participación: la concepción de dichos derechos como prestaciones estatales**

La reunión de Profesores de Derecho del Estado, celebrada en Regensburg en 1971<sup>9</sup>, ha sensibilizado la conciencia de la cuestión de “los de-

<sup>8</sup> En este sentido, P. HÄBERLE: *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, HdBStR, tomo I (1987), pp. 815 y ss.

<sup>9</sup> “Grundrechte im Leistungsstaat”, *WdStRL* 30 (1972), pp. 7 y ss., y también 43 y ss.

rechos fundamentales en el Estado prestacional” y colocado un cierto acento en la historia de la teoría. Desde entonces se discute el problema de “los derechos fundamentales como derechos de participación”. La idea directriz es la comprobación de que los derechos fundamentales tienen presupuestos *reales*, respecto de los cuales el Estado constitucional ha de realizar contribuciones. Son conceptos-guía: la realidad de los derechos fundamentales, el cumplimiento efectivo de éstos, la comprobación de los derechos fundamentales desde el principio del Estado social, las libertades sociales. El estado constitucional debe responsabilizarse de que los derechos fundamentales puedan llegar a ser ejercidos *realmente por muchos* y no sólo por unos pocos privilegiados. Así, la ayuda social asegura el mínimo económico existencial de todas las otras libertades, también de las políticas (BVerwGE 1, 159); de esta forma, la financiación de las escuelas privadas por el Estado es realización efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de la enseñanza (BVerwGE 27, 360), la seguridad social —desde Bismarck hasta la “renta dinámica” de Adenauer— es materialización de la libertad de acceso y ejercicio de la profesión, el mandato constitucional dirigido al Estado de poner plazas de estudio a disposición de los estudiantes significa cumplimiento *real* de la libertad de enseñanza según el artículo 12/5, apartado 3, en relación con el artículo 20/3 GG (véase la decisión BVerfGE 33,303). Es cierto que las pretensiones estatales se entienden bajo “la reserva de lo posible”, pero igualmente lo es que los derechos fundamentales también deben serlo bajo “la exigencia de lo real”.

La “vertiente prestacional” es sólo *una* de las dimensiones de los derechos fundamentales, que, sobre todo, no debe convertirse en una estatalidad total del bienestar. Los derechos fundamentales no deben degenerar en deberes fundamentales. Pero en esta delimitación, la dimensión estatal prestacional resulta imprescindible para la comprensión moderna de los derechos fundamentales. Ello se confirma, por lo demás, en el análisis comparatista de los textos. Muchos de los derechos fundamentales clásicos encuentran hoy a su lado el momento del Estado prestacional, cuando menos bajo la forma de fines estatales o encomiendas constitucionales o legales: la inviolabilidad del domicilio aparece envuelta por el mandato de responsabilidad estatal en la vivienda (véase el art. 22, apartado 3, de la Constitución de los Países Bajos de 1983); lo mismo vale para la protección de la vida y la salud, para la seguridad social, por ejemplo en las Constituciones cantonales suizas de los años ochenta, como las de Aargau y Basel-Landschaft<sup>10</sup>. El Pacto de derechos

<sup>10</sup> En este sentido, P. HÄBERLE: *Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz*, JÖR 34 (1985), pp. 303 y ss.



humanos para los derechos económicos, sociales y culturales (1966), la Carta social europea (1961), contienen también momentos prestacionales. Y, sobre todo, las Constituciones hoy en curso de aprobación en los cinco nuevos Länder en Alemania del Este expresan una fuerte necesidad de justicia en el sentido de derechos fundamentales en cuanto fines del Estado.

*Incursum:* El *status activus processualis* (protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento); deberes de protección del Estado.

Gracias al campo de problemas que evoca la expresión “derechos fundamentales en el estado prestacional” se desarrolló en 1971 la idea del *status activus processualis*<sup>11</sup>. Esto significa: los derechos fundamentales deben ser garantizados hoy también desde la *vertiente procesal*. Esto es especialmente visible desde la distinción de una protección de los derechos fundamentales en sentido estricto y en sentido amplio. En sentido estricto, la protección se consigue mediante audiencia jurídica y tutela judicial efectiva; en sentido amplio, a través de otros instrumentos, como, por ejemplo, el Comisionado de los ciudadanos, el Comisionado para la mujer, las Comisiones de petición, etc... A menudo la tutela judicial llega demasiado tarde, por lo que se requiere un *preprocedimiento* garantizador de los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en el Derecho administrativo. Pero los “intereses de los derechos fundamentales” en sentido amplio pueden ser protegidos específicamente a través de procedimientos no judiciales. Precisamente las nuevas Constituciones del estado actual de desarrollo del Estado constitucional son en este punto enormemente creativas: de Perú a Guatemala, de Estonia a Polonia y Rumania, de Mecklenburg-Vorpommern hasta Sachsen, en todos lados los constituyentes buscan proteger de forma complementaria al ciudadano a través de Comisionados especiales. En mi opinión, todo ello puede ser subsumido en el concepto *status activus processualis*. En este contexto, debería buscarse la conexión con la doctrina clásica del *status* de G. Jellinek: se haría evolucionar ésta, así, de manera acorde con los tiempos. De vez en cuando hay que sustraer la teoría de los derechos fundamentales a la sombra de los Grandes, asumir su “luz” y convertirse de posglosador en, cuando menos, “glosador”. La doctrina del *status activus processualis* es un ensayo en tal sentido de la teoría alemana de los derechos fundamentales. La idea de la “protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento” ha logrado consolidarse entre tanto<sup>12</sup>. A ella se ha añadido el pensamiento

<sup>11</sup> P. HÄBERLE: *VVDStRL*, tomo 30 (1972), pp. 86 y ss., 121 y ss.

<sup>12</sup> Véase K. HESSE, *Gründzüge*, 18.ª ed., 1991, pp. 152 y s.

de que en los derechos fundamentales se incluyen “deberes de protección” del Estado [a partir de BVerfGE 39, 1 (42 y ss.)]. También esto es una “composición” estatal-prestacional o jurídico-prestacional y acerca los derechos fundamentales a la idea de la tareas del Estado.

## 5. ¿Vuelta a la concepción viejoliberal de los derechos fundamentales?

Recientemente tienden a colocarse en primer plano dos teorías de los derechos fundamentales: de un lado, el concepto de los derechos fundamentales como *principios*<sup>13</sup> resulta próximo, sobre todo desde H. Heller y J. Esser, y constituye un valioso complemento de las anteriores teorías de los derechos fundamentales, así como la vuelta a una doctrina viejoliberal, que acentúa sobre todo la defensa frente a la intervención<sup>14</sup>. Si bien la doctrina principal podría proporcionar un buen denominador común para las muchas dimensiones de los derechos fundamentales, la recuperación de la teoría viejoliberal de éstos representa un empobrecimiento. En mi opinión, sólo la concepción *pluridimensional* de los derechos fundamentales puede hacer presentes todos los peligros actuales que, desde siempre, acechan a la libertad personal y acreditar los derechos fundamentales como elementos de justicia. Además, resulta contradicha ya simplemente por los nuevos textos constitucionales. Con carácter general se incorpora a los textos, junto a la jurídico-individual, las vertientes jurídico-objetiva, estatal-prestacional y procesal. La teoría de los derechos fundamentales no debería “recaer” en un estadio anterior al propio de estos textos. Problema distinto es el de la acentuación. Así sigue siendo un interrogante si en Europa del Este, y a la vista de la situación económica, debe, por de pronto, enfatizarse más bien el *status negativus* y *processualis*, restando por ahora “platónica” la faceta estatal prestacional, puesto que no hay nada que “distribuir”. Aquí puede existir una cierta “diacronía”. De esta manera quizás debería valorarse y desarrollarse la dogmática de los derechos fundamentales, incluso dentro de Europa, de manera flexible y variable; del mismo modo que, en cuanto a los límites de la justiciabilidad constitucional, se dan fases de *judicial activism* y de *judicial restraint* (comprobable en el caso del Tribunal Supremo norteamericano).

<sup>13</sup> Así, R. ALEXU: *Theorie der Grundrechte*, 1985; además, mi intervención en: *Der Staat* 26 (1987), pp. 135 y ss. Dominante en Suiza: J. P. MÜLLER: *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982.

<sup>14</sup> Así, G. LÜBBE-WOLFF: *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988.

## II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRIBUNAL FEDERAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN: LA "DOCTRINA PRETORIANA" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Federal Constitucional alemán, tal como se indicó al principio, ha efectuado extraordinarias contribuciones al desarrollo de los derechos fundamentales de la GG<sup>15</sup>.

Fundamentalmente, gracias al Instituto de la Demanda de Amparo (art. 93, apdo. 1, núm. 4 a, GG) se ha transformado en una suerte de "Tribunal de los derechos fundamentales". Por más que el porcentaje de las demandas que efectivamente prosperan (aproximadamente un 1 por 100), las decisiones que han recaído sobre este tipo de demandas son fundamentales<sup>16</sup>. Ya se mencionaron algunas de las decisiones pioneras y directivas de los años fundacionales. Hoy (1992) se trata ya más bien de desarrollar la filigrana de los derechos fundamentales especiales<sup>17</sup>.

Merece aprobación que el Tribunal no se haya vinculado prácticamente a una determinada teoría general de los derechos fundamentales, trabajando de manera atendida al caso, flexible y abierta: esto es especialmente claro en su jurisprudencia relativa a la libertad artística<sup>18</sup>, que cada vez se torna más abierta. El Tribunal ha encontrado su camino incluso en los asuntos más delicados, como el de la oración escolar (E 52, 223). Son pocas las sentencias cuestionables (es el caso, por ejemplo, de la decisión sobre escuchas: E 30, 1<sup>19</sup>). Es posible la crítica de algunos excesos (así, por ejemplo, por lo que hace al derecho fundamental a la autodeterminación informativa: E 65, 1); en la mayoría de los casos, sin embargo, el Tribunal encuentra refugio en una línea intermedia. Discutida es actualmente la generosa protección otorgada a la libertad de opinión y de prensa a costa de los particulares (E 54, 208 y 147); también las sentencias más recientes sobre televisión están bajo el fuego cruzado de la crítica (E 83, 238).

<sup>15</sup> Véase la visión de conjunto de K. HESSE: *Bestand und Bedeutung der Grundrechte*, EuGRZ, 1978, pp. 427 y ss.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión en su conjunto, mi *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 431 y ss.

<sup>17</sup> La literatura al respecto es inabarcable. Véase, por ejemplo, A. BLECKMANN: "Staatsrecht II", *Die Grundrechte*, 3.ª ed., 1989; C. STARCK: *GG-Kommentar*, tomo I, 3.ª ed., 1985, preámbulo artículo 1 a 5. Insuperables son hoy, como ayer, los comentarios de DÜRIG en: "Maunz/Dürig/Herzog", *GG-Kommentar* (arts. 1, 2 y 3), realizado en los años cincuenta y setenta.

<sup>18</sup> *BVerfGE* 30, 173; 36, 321; 75, 369; 77, 240; 83, 130.

<sup>19</sup> A este respecto, véase mi crítica en *JZ* 1971, pp. 145 y ss.; véase también el voto particular *BVerfGE* 30, 33, como "jurisprudencia alternativa" ejemplar.

### III. LA CULTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si uno se hace presente, el trabajo mano a mano de Weimar y Bonn, de la ciencia y la jurisprudencia (también de los otros Tribunales), así como la alta sensibilidad de la opinión pública alemana en materia de derechos fundamentales, es posible hablar de “cultura de los derechos fundamentales”. Esta ha crecido a lo largo de muchos decenios, revela simbiosis entre “Derecho de los derechos fundamentales” escrito y no escrito, que hoy comienza a transformarse en un “Derecho común europeo de los derechos fundamentales”. Junto al federalismo quizás sea la cultura de los derechos fundamentales la mejor contribución de Alemania al “concierto” de los Estados constitucionales europeos; así como el Reino Unido ha aportado la democracia parlamentaria, Francia su catálogo de derechos humanos en 1789, los Estados Unidos el Estado federal y la jurisprudencia de su Tribunal Supremo e Italia su artículo de los partidos políticos (49), las formas del regionalismo y su artículo 3 (Constitución italiana) en cuanto “voz” o “nota” genuinas a la gramática del Estado constitucional. Aun cuando entre nosotros se incurra en algunas ocasiones en exageraciones; aun cuando el francés De Gaulle —a la vista del inminente procesamiento de J. P. Sartre— haya dicho de forma inimitable: “no se procesa a un Voltaire” (¡también esto es cultura de los derechos fundamentales!) Alemania hoy vive de y en sus derechos fundamentales como en ningún otro período histórico anterior.

*Incursus:* El nacimiento y el desarrollo de nuevos temas y dimensiones de los derechos fundamentales en los nuevos Estados federados de Alemania del Estado desde 1990.

En especial: el deseo de Comisionados del pueblo como garantía de los derechos fundamentales en amplio sentido.

En los Estados federados de Alemania del Este ha surgido en un brevísimo tiempo una “fábrica” de política de derechos fundamentales: en estos momentos, más de 25 proyectos de Constitución pugnan por establecer por textos de derechos fundamentales clásicos y nuevos, un “movimiento constitucional” fascinante, que comienza con el proyecto de la “mesa redonda” central de la todavía República Democrática Alemana de abril de 1990<sup>20</sup>, la cual, de un lado, abre a la ciencia de los derechos fundamentales una ocasión de participación en la configuración, pero, de otro lado, representa también para ésta un reto de primera importancia. Aludamos a algunos ejemplos. No

<sup>20</sup> Publicada en *JÖR* 39 (1990), pp. 350 y ss.; posteriores proyectos aparecieron publicados en *JÖR* 40 (1991/92), pp. 291 y ss.

es aún previsible cuáles de los textos van a prosperar finalmente. Desde ahora puede decirse, sin embargo, que los desarrollos en Alemania del Este en materia de derechos fundamentales merecen atención y respeto por parte de la esencia de los derechos fundamentales en toda Europa. Incluso en el plano federal de la GG debería tomarse nota de estos desarrollos: aun cuando los Länder estén vinculados a la GG en calidad de Constitución-macro, pueden no obstante transmitir "impulsos" hacia arriba. Puede "explorar" la GG hasta sus límites y no debería reaccionarse en Alemania del Oeste de forma demasiado temerosa y renuente frente a todo lo nuevo que viene de los recientes Estados Federados. En el Estado federal tiene lugar un toma y daca entre los Länder y el Derecho constitucional federal; la regla "el Derecho federal quiebra el Derecho del Land" (art. 31 GG) es demasiado burda; excluye interacciones más sutiles. De esta manera, el Tribunal Federal Constitucional debería permitir, en las cuestiones aún abiertas de los derechos fundamentales, la infiltración en su interpretación creadora de desarrollos de los derechos fundamentales en Alemania del Este.

Debe diferenciarse entre el desarrollo de nuevas cuestiones y dimensiones (también límites) materiales hasta el extremo de los fines estatales orientados hacia los derechos fundamentales, de un lado, y la tutela procesal intensificada de éstos, por ejemplo, a través de Comisionados del pueblo, de otro lado.

En Alemania del Este florecen como jardines en flor textos de derechos fundamentales. En vanguardia muy destacada están Brandenburg (con su "coalición del semáforo") y Sachsen (con los llamados "proyectos góhricos" y otros proyectos constitucionales); también los otros Länder son innovadores. En todo este proceso se pone de manifiesto que los textos no sólo elaboran la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional y la literatura germano-occidental sobre derechos fundamentales y llaman por su nombre a nuevos peligros de la libertad personal, sino que retoman el Convenio europeo de derechos fundamentales y la jurisprudencia establecida en Estrasburgo y en Luxemburgo y, además, claramente conocen y en algunos casos reciben el desarrollo mundial de los derechos fundamentales. Si con ello, y en el afán de innovación, disparan por encima de la meta y cubren más bien el espectro partidista desde "la izquierda al verde" (desde la perspectiva del Oeste), su fantasía en materia de derechos fundamentales merece respeto.

En concreto: la última versión por el momento en Brandenburg (diciembre 1991) propone un capítulo común titulado "derechos fundamentales y fines del Estado", y avanza notablemente en el artículo 5 (eficacia), cuyo apartado 1 dice literalmente:

Los derechos fundamentales garantizados en esta Constitución al individuo y a los grupos sociales vinculan, en calidad de Derecho inmediatamente aplicable, al legislador, el poder ejecutivo y la jurisprudencia y, en la medida en que así lo disponga esta Constitución, también a terceros. Los fines del Estado deben ser realizados por los órganos del Estado y tenido en cuenta en la aplicación de la Ley.

De forma nueva —y enteramente en el espíritu de I. Kant— se dice en el artículo 7, apartado 2: “Todos deben a todos el reconocimiento de su dignidad.” En el artículo 11 se consigna un derecho, finamente modelado, a la protección de los datos, que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional asume. En el artículo 12, apartado 3, se obliga al Land a velar, mediante medidas efectivas, por la igualdad de hombre y mujer en la profesión, la vida pública y la formación y la familia, así como en el ámbito de la seguridad social. Nuevo es un capítulo independiente sobre “derechos políticos de configuración” (arts. 21 a 24). En el artículo 26, apartado 2, se reconoce la necesidad de protección de otras “comunidades de vida” (distintas del matrimonio y la familia), establecidas con vocación de permanencia, y, de forma análoga a la de algunos ejemplos de Constituciones de países en desarrollo; en el artículo 35, apartado 3, se dice: “El Land apoya la participación en la vida cultural y posibilita el acceso a los bienes culturales.” Se encuentran también el derecho a la vivienda y al trabajo (arts. 48 y 49), y el artículo 52, apartado 3, prohíbe “autorizaciones de intervención y autorizaciones desproporcionadas”, conectando así en parte con la jurisprudencia federal alemana.

Ahora, una mirada al caso especialmente interesante de Sachsen. Conoce, como casi todos los proyectos, no sólo la protección clásica del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, sino también la protección de la vida no nacida (art. 8 *a*, versión de mayo de 1991). Declara asimismo (también art. 13, apdo. 2): “La inviolabilidad de la dignidad es la fuente de todos los derechos fundamentales”, con lo que plasma en un texto el estado actual de la ciencia. La libertad de radiodifusión queda obligada a la “verdad” (art. 18, apdo. 3), pero también a la pluralidad de opiniones; incluso se encuentra la garantía de la permanencia y el desarrollo de la radiodifusión jurídico-pública; un préstamo del Tribunal Federal Constitucional. Mecklenburg-Vorpommern crea, en su proyecto de octubre de 1990, la protección de “las personas débiles corporal, espiritual o socialmente” (art. 7, apdo. 4) e, incluso, una limitación de la libertad de investigación (art. 24, apdo. 2): deberes de información y controles en el caso de investigaciones que “estén conectadas con un riesgo para el ser humano o el medioambiente natural”. Se desarrolla de manera importante la protección de los fundamentos na-

turales de la vida (art. 30). Sachsen-Anhalt (segundo proyecto de 1990) establece una "protección de datos con relevancia personal" (art. 12), los principios de una "economía de mercado social y obligada por la ecología" (art. 28), y Thüringen, en el artículo 25 de su proyecto de 1990, hace de "la protección del medio ambiente natural", en cuanto fundamento de la vida de las generaciones actuales y futuras, una "obligación del Land, de los Municipios y de todos los ciudadanos".

*En especial:* el deseo de Comisionados del pueblo como garantía, en amplio sentido, de los derechos fundamentales.

Si bien todos los proyectos de Constitución desarrollan intensamente la tutela judicial de los derechos fundamentales a través de los derechos constitucionales y generales, contemplan en la mayoría de los casos, además, un instituto de garantía, en amplio sentido, de dichos derechos fundamentales: el Comisionado de los ciudadanos. Así, el artículo 102 del proyecto de Brandenburg (segunda versión de 1990) crea un Comisionado para la protección de los datos y el de *Melcklenburg-Vorpommern* (art. 59 de 1990) Comisionados del Parlamento del Land para la protección de los derechos humanos y de los ciudadanos: "Abogado de los ciudadanos", "Abogado de los niños", "Abogado de los ancianos", "Comisionado para las cuestiones de la igualdad de hombre y mujer".

Esto tiene razones comprensibles. De un lado, la figura de los Ombudsmen se está imponiendo universalmente, desde los países en desarrollo hasta Polonia, Lituania y Estonia. De otro lado, los ciudadanos, tras los años de la dictadura SED, desean estar bien protegidos, y también precisamente por Comisionados del pueblo. Los complicados mecanismos de la tutela clásica de los derechos fundamentales parecen difíciles a los ciudadanos, por lo que su complemento con otros procedimientos y gremios se ofrece pleno de sentido.

Con ello damos por concluido el repaso de los proyectos constitucionales germano-orientales. Aunque en los últimos meses sea apreciable una nivelación y uniformización lamentables de los proyectos, la influencia de los partidos políticos desde el Oeste hacia el Este adeuda aquí un cierto reequilibrio. Sigue siendo reconocible una sorprendente frescura de los textos y mucho valor para la innovación. Merece un juicio positivo la apreciable medida en que los proyectos conocen y elaboran la conexión, a efectos de producción y recepción, entre los textos constitucionales. En conjunto, se nos ofrecen "materiales" para una doctrina constitucional, que desde luego aún está por hacer como ciencia. Especialmente la teoría de los derechos fundamentales queda

retada: debe continuar trabajando con el rasero teórico en el que encajan los materiales y, en su caso textos, aun cuando éstos hayan sido condicionados, a su vez, por la teoría.

## **SEGUNDA PARTE: LA POSICION PROPIA: UNA CONCEPCION MIXTA Y ABIERTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

A lo largo del texto ya ha ido aflorando puntualmente la propia posición, por lo que, en lo que sigue, bastará con exponerla sintéticamente.

### **I. INTEGRACION PRAGMATICA DE ELEMENTOS TEORETICOS (NO A UNA TEORIA "PURA" DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, NO AL "PENSAMIENTO POR CASILLAS")**

Debe prevenirse frente a cualquier absolutización de teorías determinadas. Las nuevas teorías deben quizás formularse de forma más radical y comprometida de como realmente son, en cuanto que es irremediable la "exageración" en el concierto de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. A medio plazo, y pensando en los Tribunales, las distintas teorías de los derechos fundamentales tienen su razón *relativa* propia: la jurídico individual, la jurídico-objetiva, la democrática, la social-prestacional y la procesal. En su relación recíproca éstas se "mezclan" de manera diversa según la peculiaridad de los específicos derechos fundamentales —la libertad de religión precisa de menor configuración que, por ejemplo, la libertad para la propiedad—; en su conjunto, sin embargo, todas las teorías de los derechos fundamentales realizan una apreciable contribución. Ante todo, hace bien el Tribunal Federal Constitucional al integrar "pragmáticamente", citándolas o no, las distintas teorías, de forma acorde con el mandato de pluralismo y su tarea de generación de unidad. Pues también las teorías representan determinados valores fundamentales en el cuadro pluralista de conjunto, formulan —en el sentido del concepto popperiano— verdades "relativas", están sujetas al procedimiento de "trial and error", incluso también a una evolución en el tiempo. Problemático es sólo "pensamiento por casillas": fragmenta lo que se pertenece recíprocamente, lo disgrega analíticamente y oculta así que todas las teorías son ensayos de aproximación al microcosmos de un derecho fundamental individual y sólo de forma conjunta pueden cubrir todas las facetas.



## II. LA MAXIMA DEL “DESARROLLO DE LA EFICACIA ASEGURADORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” AL SERVICIO DE UN PENSAMIENTO DE PROTECCION PERSONAL: LA APERTURA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CUANTO A TEMAS Y DIMENSIONES

Toda *política* de los derechos fundamentales en la mano del poder constituyente y toda interpretación de los derechos fundamentales en la de los intérpretes de éstos debería orientarse por la máxima del “desarrollo de la eficacia aseguradora de los derechos fundamentales”: ésta se legitima desde el pensamiento de la protección de la persona<sup>21</sup>. Sobre la base de la dignidad de la persona todos están llamados a enfrentarse de manera sensible e imaginativa a los peligros actuales en cada momento de la libertad humana. De esta forma, y en tanto que funciones “pretorianas”, la política, la dogmática y la jurisprudencia, nunca alcanzan su meta; antes al contrario, están en permanente desarrollo: así lo demuestran la dinámica y la apertura del desarrollo textual e interpretativo de los derechos fundamentales en Europa y fuera de ella. *Los temas* de los derechos fundamentales son abiertos, es decir, siempre surgen temas nuevos, tales como la protección del medioambiente y la protección de datos; *las dimensiones* deben ser concebidas en el espíritu de un *numerus apertus*: ello quiere decir que, en caso de “necesidad” de los hombres, deben añadirse nuevas dimensiones de los derechos fundamentales; en último término, por ejemplo, la idea de la protección de dichos derechos a través de “organización y procedimiento”. Pero, quizá, también surgen vinculaciones inesperadas: nuevos deberes fundamentales y límites a la libertad de los individuos a la vista de la solidaridad sobre el peculiar “planeta azul” Tierra, la cual nos obliga, de palabra y obra, a un ayuntamiento (la cuestión del medioambiente, los problemas del tercer mundo). Aquí podría estar llamada a jugar un papel una nueva ética de los derechos fundamentales, que requiere responsabilidad allí donde hoy, en su caso, rige demasiada (permissiva) libertad.

## III. FINES DEL ESTADO ORIENTADOS POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO TEMA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO “TAREAS DEL ESTADO”

Si se examinan los nuevos textos de derechos fundamentales, también en Europa del Este y en los nuevos Estados federados alemanes no puede

<sup>21</sup> A este respecto, ya en mi contribución en *Regensburg: VVDStRL 30* (1972), pp. 43 (69 y ss.).

dejar de apreciarse un incremento, incluso una “inflación” de los fines del Estado. Con toda evidencia el Estado no sólo debe ser organizado, debe también *legitimarse* desde sus propios fines. Ya “1789” definió el “fin último” de manera insuperable (art. 2: “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos humanos naturales e inalienables. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia contra la opresión”). Puede y debe progresarse en el pensamiento sobre los temas, por ejemplo, en relación con el trabajo y al medioambiente y extenderlos en el tiempo (protección de generaciones futuras, extensión a la dimensión temporal del contrato social en tanto que contrato generacional); pero el artículo 2 permanece como el texto clásico del Estado constitucional. Sobre ello, legitima también, ya en su planteamiento, la conexión entre tareas del Estado y derechos fundamentales. Los nuevos textos expresivos de tareas estatales de las más recientes Constituciones<sup>22</sup> tienen importantes elementos relacionados con los derechos fundamentales, puesto que todo no puede ser derecho realizable judicialmente, pero si todo circula alrededor del hombre. El “sujeto” sigue siendo el punto arquimédico del estado constitucional; no podemos ni queremos retroceder a un tiempo anterior a Kant. Incluso el antropocentrismo limitado, la atención a la naturaleza y el medio ambiente —como cultura— sucede en último término en función de ese sujeto. Con Goethe cabe ser escéptico acerca de si el hombre puede aún estimarse a sí mismo. Para el jurista, ello no puede ponerse en cuestión, a la vista de sistemas totalitarios siempre amenazantes de forma latente.

## **FINAL Y RECAPITULACION: LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ALEMANIA UNIFICADA (DEFICIT Y POSIBILIDADES)**

El esquema hasta aquí trazado ha debido trabajar “al fresco”: muchas cosas sólo han podido ser simplemente aludidas. Pero quizás ha sido posible dividir en algún momento la mirada hacia el panorama completo del desarrollo alemán de los derechos fundamentales. Los déficit y los retos de la protección de los derechos fundamentales en la Alemania unificada de hoy deben ser mencionados por su nombre: falta personal para los Tribunales y la Administración; falta conciencia y mentalidad de derechos fundamentales: los derechos fundamentales, al igual que la democracia y la economía de

---

<sup>22</sup> A este respecto, mi análisis de textos: *Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre*, AöR 111 (1986), pp. 595 y ss.

mercado, deben ser “aprendidos”. En la Alemania del Este es imposible ciertamente crear de hoy para mañana la realidad de los derechos fundamentales que caracteriza al Oeste y que éste ha creado y, en algunas ocasiones, padecido a lo largo de muchos años. Sin embargo existen también posibilidades: en la confrontación con el estado de injusticia de la República Democrática Alemana aprendemos nuevamente cuán caros nos son los derechos fundamentales. También nuestra dogmática está retada, sobre todo por lo que hace al problemático tiempo de transición; cito aquí la sentencia del Tribunal Federal Constitucional sobre las colas y la decisión sobre la expropiación en el período entre 1945 y 1949<sup>23</sup>. Sólo poco a poco puede surgir en el Este una realidad europea de derechos fundamentales que responda al estándar común europeo. Esto exige tiempo y paciencia. Pero ofrece también una posibilidad de continuar progresando, no en último término en diálogo con la literatura y la jurisprudencia italianas sobre derechos fundamentales<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> *EuGRZ* 1991, pp. 133 y ss., también pp. 121 y ss.

<sup>24</sup> Véase A. BALDASSARE: “Liberta, II Problemi Generali”, estrato dal vol. XIX della *Enciclopedia Giuridica*, 1988, pp. 1 y ss.; P. GROSSI: *I diritti di liberta ad uso di lezioni*, I, 1, II, edizione ampliata, 1991; A. PACE: *Problemática delle Liberta Costituzionale*, Lezioni, parte generale 1985; parte Speciale II, I, 1985, II, 1988; CRISAFULLI/PALADIN: *Commentario breve alla Costituzione*, 1990.

