

Recientes aportes sobre los Derechos Fundamentales en Alemania

PETER HÄBERLE⁽¹⁾

Con una breve descripción sobre las teorías que en materia de Derechos Humanos ha desarrollado la doctrina alemana, el autor se detiene a analizar el rol unificador e integrador, que sobre estos postulados, realiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, al tiempo que describe las fórmulas nuevas, altamente creativas, que en materia de Derechos Humanos, se vienen desarrollando en los Länder de Alemania y en los países de la Europa del Este.

Introducción

El tema que tratamos ocupa un campo que pareciera muy amplio. No existe otro ámbito del Derecho Constitucional, como el que concierne a las Leyes Fundamentales, en el que la doctrina y la jurisprudencia hayan trabajado de modo, a la vez, intenso y extenso. Y no es por simple ironía que la doctrina alemana sobre la cuestión, producida después de la segunda guerra mundial, podría llamarse «ciencia de los derechos fundamentales». También, el Tribunal Constitucional Federal debe su fama internacional a las grandes decisiones «pioneras», especialmente por haberse pronunciado en esta materia. Es preciso, antes que nada, recordar la sentencia «sobre las farmacias» en la esfera de la libertad profesional; el «caso de las tabaquerías», en cuestión de publicidad; la decisión sobre la ilegitimidad de las sanciones penales emitidas por los Testigos de Jehová; la sentencia acerca del régimen fiscal de los

¹ La presente publicación ha sido autorizada por su autor, la traducción se ha realizado de la versión italiana «*Recenti Sviluppi dei diritti fondamentali in Germania*», publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino. Ponencia presentada el 12 de marzo de 1992 en Turín. (Traducido del italiano por Carlos Ramos Núñez).

cónyuges; las seis sentencias en materia de radiotelevisión; la sentencia en materia universitaria; la primera sentencia *Hamburger Deichurteil* sobre la propiedad (Art. 14 de Leyes Fundamentales) y, en época más reciente, la sentencia sobre el derecho fundamental a la autodeterminación informática. Actualmente, son innumerables las resoluciones de tutela efectiva de los derechos, así como las sentencias contra la arbitrariedad que reposan en el principio de igualdad (Art. 3, inciso 4).

Con un sentido crítico se podría preguntar cómo los derechos fundamentales constituyen el objeto más alto y, a la vez, el «hijo pródigo» de los alemanes. Una de las razones consiste en el hecho de que aquí se manifiesta un cambio respecto al régimen totalitario del nacional-socialismo. Viceversa, otra razón podría derivarse de la tendencia a poner el énfasis de modo desproporcionado, casi apolítico, sobre los derechos fundamentales y sobre el Estado de Derecho (antes que en la democracia o en la participación en la vida política).

En todo ello se evidencia que la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que siguen al año 1945, se han construido especialmente sobre los debates teóricos de Weimar; las doctrinas de Martín Wolff y Erich Kaufmann sobre la concepción institucional de los derechos fundamentales; la más reciente teoría de Carl Schmitt en torno a las garantías de los institutos y de las instituciones⁽²⁾; la

*Hoy interesa
caminar
más allá
de las
fronteras,
atender a la
comparación
jurídica
en el espacio.*

concepción de los derechos fundamentales orientada hacia los valores, sostenida por Rudolf Smend, pero además por A. Hensel, que ha dirigido posteriormente Ulrich Scheuner, quien ha desarrollado un tipo de interpretación constitucional integral y armónica, inspirando además la «concordancia práctica» de Konrad Hesse e, incluso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁽³⁾.

En términos más puntuales: en la Alemania de hoy todos vivimos bajo la influencia de «Weimar», como epígonos que cabalgamos sobre «espaldas de gigantes». Justamente por eso estamos en condiciones de ver un poco más allá. Sólo en un tiempo futuro se podrá establecer con mayor claridad si bajo la Ley Fundamental se han cumplido y se cumplen obras pioneras. Aquella desgarrada República de Weimar preparó, en el plano conceptual, la fuerza pacificadora e integral de la doctrina y de la jurisprudencia contemporáneas sobre los derechos fundamentales.

Desde mi punto de vista, la doctrina debe crear una política científica de las provisiones judiciales, desarrollar nuevos alcances teóricos, elaborar aquellas

2 En la doctrina jurídica alemana e italiana se distingue entre instituto e institución. En forma esquemática, diríamos que el instituto vendría a ser una figura jurídica, mientras que la institución es, más bien, un organismo normalmente del Estado. La literatura jurídica argentina sigue también esta distinción entre una y otra. (Nota del traductor).

3 Cfr. M. Wolff, «Reichsverfassung und Eigentum», en: *Festgabe für Kahl*, 1923, y siguientes; E. Kaufmann, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (en adelante: VVDStRL) VOL. 4 (1928), pp. 77 y siguientes (debate); C. Schmitt, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien», 1931; R. Smend, «Das Recht auf freie Meinungsäußerung», VVDStRL 4 (1928), pp. 44 y siguientes; A. Hensel, «Grundrechte und Rechtsprechung», en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, vol I, 1929, pp. 1 y siguientes. V. Scheuner, «Pressefreiheit», VVDStRL 22 (1965), pp. 1 y siguientes; K. Hesse, «Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland», 18 edición, 1991, pp. 19 y siguientes; 117 y siguientes.

alternativas que luego deben ser articulados y compuestas por otros especialmente por los jueces (inclusive mediante votos disidentes) a través de la «integración pragmática de los elementos teóricos». El Tribunal Constitucional Alemán hasta ahora ha ejecutado este deber de modo ejemplar, si bien la fuerza para las «cuestiones pioneras» y por el impulso de cambios sustanciales se han llevado a cabo en años no tan recientes.

En nuestros días asistimos desde hace algún tiempo al inicio de una nueva fase. Hoy puede servir no tanto mirar hacia atrás, auscultando a los clásicos textos de Weimar, es decir, echando mano a la comparación jurídica en el tiempo. Ni tener excesivamente en cuenta la historia de los derechos fundamentales. Antes bien, interesa mirar más allá de las fronteras, atender a la comparación jurídica en el espacio, informarnos de aquello que encontramos a la orden del día en la interpretación y en la política de los derechos fundamentales. Para confirmar lo dicho tenemos a la vista la creciente importancia de las Cortes Europeas de Estrasburgo y Luxemburgo que interpretan la Convención Europea de los derechos fundamentales y que están llamadas a individualizar los derechos fundamentales, bajo los «principios generales del Derecho» de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Ello, a la larga, conducirá a la «*europización*» de las Cortes Constitucionales nacionales. Estas últimas deben recurrir al método comparativo también en la aplicación de los derechos fundamentales internos. Existen ya algunos ejemplos por parte del Tribunal Constitucional Alemán⁽⁴⁾. La vía de la comparación jurídica —trazada desde Savigni como «quinto» canon interpretativo—, resulta prioritaria. La ciencia de los derechos fundamentales operante sobre la base de la comparación jurídica debería estar en la «vanguardia» y en la «retaguardia» en el sentido del *agmen novissimum* de Roma. Estamos al inicio de una época de europeización de las doctrinas constitucionales nacionales. Puede ser que la fórmula «de Bolonia a Bruselas» (Helmut Coing) sea muy audaz. Sin embargo, en el horizonte se delinean los perfiles de un «Derecho común constitucional europeo»⁽⁵⁾. También en el campo de la «política de los derechos fundamentales», concepto que por primera vez propuse en el año en 1971⁽⁶⁾, se necesita acudir al método juscomparatista. En este ámbito se recurre hace tiempo a la comparación jurídica: existe hoy una sociedad europea, más exactamente, mundial, de producción y recepción (*Produktions-und Rezeptionsgesellschaft*) en materia de derechos fundamentales y derechos del hombre. La cual ha comprobado que los constituyentes de los países del Este o del Oeste; del Norte o del Sur, incluidos los países en vías de desarrollo (como Perú y Guatemala), comprendidos también los «países menores» (los cantones suizos, a los que se suman Eslovenia y Croacia), además de los mini-Estados; copian, en el mejor sentido de la palabra, «reescribiendo» literalmente los derechos fundamentales; esto es, engloban en los textos la realidad de los derechos. En esto reside el significado del «paradigma de la nivelación de los textos» (*Textstufenparadigma*)⁽⁷⁾.

En los círculos constitucionalistas europeos existen, efectivamente, muchos

4 Sobre este punto vid. P. Häberle, «Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, inciso L.F.», 3a. edición 1983, pp. 407 y siguientes.

5 En forma programática P. Häberle, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», en: *Europäische Grundrechtszeitschrift* (en adelante: EuGRZ), 1991, pp. 261 y siguientes.

6 *Grundrechte im Eistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), 43, pp. 103 y siguientes.

7 P. Häberle, «Textstufen als Entwicklungsweg des Verfassungsstaates, Festschrift Partsch», 1989, pp. 555 y siguientes.

intercambios informales y se puede presumir que los jueces constitucionales alemanes e italianos colaboran, hace tiempo, mucho más entre sí de cuanto se puede comprobar en el plano verbal-textual y metodológico de sus decisiones.

«Comprensión previa y elección de métodos», en el sentido que le confiere Josef Esser, asumen dimensiones europeas. El encuentro de hoy en Turín contribuye en esa dirección. Los constitucionalistas italianos más importantes leen y citan intensamente la doctrina alemana de los derechos fundamentales. Basta nombrar a los presidentes Aldo Corasaniti, Antonio Baldassare y Gustavo Zagrebelsky, además de Paolo Ridola. Por parte nuestra, los alemanes, no podemos limitarnos a citar a Dante y Pasolini, debemos interesarnos por las obras de Constantino Mortati y Esposito y deleitarnos con las recientes ideas constitucionales del presidente de la República, Francesco Cossiga.

Primera Parte: Elementos de un balance

1. Teorías y concepciones de los Derechos Fundamentales Recepción de Weimar e innovaciones bajo la Ley Fundamental

La doctrina constitucional alemana privilegia hoy, como antes en la época de Weimar, la lucha por las teorías de los derechos fundamentales, especialmente por las *teorías generales* de los derechos fundamentales —quizás una herencia de nuestra tradición filosófica que insiste mucho en lo fundamental y en aquella «manía por la sistematización» que se nos atribuye—. Tantas cosas han sido recibidas de la República de Weimar —la doctrina constitucional de «literatura» se ha transformado en jurisprudencia del tribunal constitucional alemán—. Naturalmente, hay mucho que innovar y desarrollar.

Es muy sugerente la «clasificación» de las numerosas doctrinas de los derechos fundamentales, al punto de desmembrar las conexiones, descomponiendo las ideas en un difuso «razonamiento a través de pequeños compartimentos» (*Kästchendenken*). Para una orientación inicial la clasificación puede revestir cierta utilidad.

1. La concepción clásica «Liberal» de los Derechos Fundamentales

La concepción clásica, vale decir, liberal, de los derechos fundamentales pone el acento sobre el *status negativus* en el sentido que le daba George Jellinek: los derechos fundamentales entendidos, en primer lugar, como derechos de defensa, libertad frente y contra el Estado. Las palabras claves serían: la pretensión de libertad negativa como principio, la intervención del Estado como excepción, libertad como libertad frente al Estado (*Staatsfreiheit*). Posición que se conecta a una idea liberal a ultranza del Estado (en los términos de W. von Humboldt), diversa de aquella otra revolucionaria del «Vormärz» de 1848, a la idea de libertad de acción «natural» anterior al Estado, el cual no es entendido en sentido negativo —como si no todas las libertades fuesen libertades *culturales*; es decir, como si no tuvieran, desde un comienzo, necesidad alguna de conformidad jurídica—. Recientemente, esta doctrina reconquista terreno; así como, en gene-

ral, cada una de las teorías sobre los derechos fundamentales parecen seguir la ley «de los movimientos ondulantes».

2. La doctrina del «Doble Carácter» (aspectos de derecho individual y aspectos de derecho objetivo-institucional), la idea del sistema de los valores

También la teoría del doble carácter encuentra en Weimar su fase preliminar de elaboración conceptual. Fue desarrollada por Konrad Hesse y por mí⁽⁸⁾. Sostiene que los derechos fundamentales son *no sólo* derechos individuales subjetivos del individuo y del grupo, pues, tutelan también conexiones objetivas, complejos de normas constituidas por el Derecho positivo —fácilmente intuible en los casos de la propiedad privada, del derecho privado y público de las asociaciones, del matrimonio y de la familia; pero también en el caso de la libertad religiosa donde se necesita, por ejemplo, dar forma a la «capacidad de decidir en materia religiosa», más aún cuando en el Derecho eclesiástico alemán, las iglesias y las asociaciones religiosas son particularmente protegidas e, incluso, promovidas y sostenidas. La visión unilateral de la relación individuo-Estado es muy pobre; los derechos fundamentales están y operan en un plano objetivo, por encima de las personas, a saber, las directivas constitucionales y los principios para la actuación legislativa del Estado—.

Bastaría pensar en la libertad profesional y en los derechos sobre el medio ambiente o, en la libertad de información de la *mass media* en la radio-televisión.

Forman parte de estas reflexiones, la concepción de los derechos orientada hacia los valores de G. Düring —los derechos fundamentales como «sistema de valores»; tal visión se alimenta, probablemente, de la teoría de los valores de Max Scheller y Nicolai Hartmann y, tal vez, se sostiene también por la doctrina social católica. La teoría de los valores suele ser cuestionada por su «ingenuidad filosófica» (entre sus detractores tenemos a Ernest Forsthoff). En la primera fase de la jurisprudencia constitucional alemana esta doctrina es usada todavía, literalmente, como «fuerza motriz»—.

Hoy, sin embargo, la jurisprudencia de los derechos fundamentales del tribunal constitucional alemán tiende a regirse sobre sí misma, sin relevar las premisas filosóficas (Obra pionera BVerfGE 6, 55; Art. 6, 1, Ley Fundamental como derecho fundamental en sentido clásico, como garantía del instituto y como norma de principio, esto es, como decisión de valor vinculante para una materia integral como el matrimonio y la familia).

3. La concepción democrática de los Derechos Fundamentales: Derechos Fundamentales como «Base Funcional» de la Democracia

La doctrina de los derechos fundamentales como «base funcional» de la democracia⁽⁹⁾ considera que los derechos fundamentales tienen un aspecto del todo

8 K. Hesse, «*Grundsätze des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*» (1a. edición, 1966), 18a. edición, 1991., pp. 118 y siguientes. P. Häberle, «*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, 2 L.F.*» (1a. edición 1962, p. 70 y siguientes); 3a. edición, 1983, pp. 70 y siguientes y pp. 332 y siguientes.

9 P. Häberle, «*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, 2. L.F.*» (1a. edición, 1962, pp. 17 y ss.); 3a. edición, 1983, pp. 355 y ss.

personal y privado y, un aspecto democrático y público. La libertad de opinión y de prensa y, bajo un examen más profundo, también la libertad científica y artística, constituyen la premisa de una democracia funcional. Puede darse que la libertad de pensamiento sea el «aire éticamente indispensable de la vida» (R. Smend). En cualquier caso, establece las bases para un proceso vital libre y pluralista en su conjunto, sin el cual no puede existir democracia.

Todos los derechos fundamentales tienen un ligamen más o menos estrecho con la democracia, inclusive la libertad a la propiedad: la libertad económica es el presupuesto de la libertad política, como nos ha sido enseñado por el contraejemplo del marxismo-leninismo.

Verdaderamente, el retiro del Derecho Privado de áreas tradicionalmente protegidas por él, allana otra vez el camino hacia la libertad pública y democrática. Esto significa que aún se renuncia a una concepción privatista de la libertad. De otra parte, es evidente que también existe una libertad del «sin mí» (*Ohne mich*). Incluso bajo otro aspecto se legitiman limitaciones de la libertad a favor del lado democrático de los derechos fundamentales. Allá donde la libertad económica amenaza el poder y el carácter abierto de la formación de la voluntad democrática (monopolios, *cartels* como el caso Flick), es posible tomar una ruta contraria (palabras clave: leyes anti-trust contra el abuso del poder económico, leyes sobre la fusión de la prensa, etc.).

*Todos los
derechos
fundamentales
tienen un
ligamen
más o menos
estrecho
con la
democracia.*

Meditando sobre las bases de la comunidad política éstas conllevarían, ante todo: la dignidad del hombre (art. 1, 1, Ley Fundamental), premisa de todas las libertades individuales y base antropológica-cultural del Estado constitucional, que tiene como consecuencia la democracia liberal (Art. 20 Ley Fundamental). En otros términos, la dignidad del hombre no debe ser entendida de modo meramente «apolítico». Los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental deben ser reconducidos y explicados desde un punto de vista. Los derechos fundamentales son, asimismo, «derechos del pueblo» (*Volksrechte*), en un sentido más profundo y desde una perspectiva de la filosofía del Derecho, no suficientemente explorada por la teoría del Estado, de la Constitución y de los derechos fundamentales⁽¹⁰⁾.

Ciertamente, el hombre no vive solo de democracia, sus libertades no deben ser instrumentalizadas únicamente en dirección de la democracia. Aquéllas tienen también una función democrática.

4. Derechos Fundamentales como Derechos de Coparticipación: la concepción de los Derechos Fundamentales en el Estado intervencionista

La reunión de constitucionalistas alemanes en Ratisbon, en 1971, sensibilizó las conciencias por el tema «derechos fundamentales en el Estado intervencionista (*Leistungsstaat*)», incidiendo en el desarrollo teórico de estos derechos⁽¹¹⁾.

¹⁰ Vid. P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der Staatlichen Gemeinschaft, Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1 (1987), pp. 815 y siguientes.

¹¹ *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), pp. 7 y siguientes; pp. 43 y siguientes.

Desde entonces se discute el problema de los «derechos fundamentales como derechos de coparticipación» (*Teilhaberechte*). La idea inspiradora descansa en la intuición que los derechos fundamentales tienen presupuestos de hecho a los cuales el Estado constitucional debe prestarles su apoyo. La realidad de los derechos fundamentales, la efectiva actuación de éstos, la concepción de los derechos del Estado social, la libertad social constituyen las palabras claves.

El Estado constitucional debe hacer que los derechos sean *efectivamente gozados por todos* y no sólo, como acontece en la práctica, por unos cuantos privilegiados. Así, la asistencia social garantiza un mínimo de asistencia económica de todas las otras libertades (BVerwGE 1, 159), incluyendo a las libertades políticas. Así, el financiamiento estatal de las escuelas privadas (BVerwGE 27, 360) de parte del Estado sirve para materializar los derechos fundamentales en el ámbito de la escuela; el seguro social obligatorio de Bismarck hasta la «pensión dinámica» de Adenauer, cristaliza la libertad profesional; el mandato constitucional que obliga al Estado a suministrar vacantes de estudio a los estudiantes supone una actuación real de los derechos fundamentales. Es verdad que las prestaciones estatales son colocadas bajo la «reserva de lo posible», pero los derechos fundamentales son aplicados también bajo la «pretensión de lo real» (*Anspruch des Wirklichen*).

El aspecto de las prestaciones del Estado es sólo una de las dimensiones de los derechos fundamentales y no debe transformarse en un principio del Estado del bienestar total. Los derechos fundamentales no deben degenerar en deberes fundamentales. Con este límite, la dimensión de las prestaciones del Estado es todavía irrenunciable, dada la concepción moderna que los derechos fundamentales tienen.

Este criterio encuentra su ratificación en el análisis comparativo de los textos constitucionales. Al menos en la forma de mandatos constitucionales y mandatos de legislación o en la forma de fines del Estado, muchos derechos fundamentales clásicos se encuentran hoy necesariamente flanqueados por las prestaciones estatales.

La inviolabilidad del domicilio viene acompañada de la imposición de una previsión estatal para la vivienda (Art. 22, 3 de la Constitución holandesa de 1983). Razonamiento análogo sirve para la tutela de la vida y de la salud por parte de la Seguridad Social, por ejemplo, en las Constituciones de los Cantones suizos de Aargau y de Basilea⁽¹²⁾. Asimismo, el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Hombre de 1956 y la Carta Social Europea de 1961, contienen normas referidas a las prestaciones estatales. Especialmente, en las constituciones en vía de elaboración en los nuevos «Länder» orientales de Alemania, emerge una vigorosa exigencia de justicia dirigida a la atención de los derechos fundamentales como objetivos del Estado.

Incurtus: El «*Status activus processualis*».- (tutela de los derechos fundamentales mediante la organización y los procedimientos). Obligaciones de la protección estatal

En el ámbito de los problemas derivados de los «derechos fundamentales en

¹² Sobre el particular véase P. Häberle, *Neuere Verfassung und Verfassungsvorhaben in der Schweiz*, Jör 34 (1985), pp. 303 y siguientes.

un Estado interventor», fue desarrollada, hacia 1971, la idea del «*Status activus processualis*» (el Estado procesalmente activo)⁽¹³⁾. Esta expresión propone que los derechos fundamentales deben ser garantizados bajo la forma de *procedimientos*. Dentro de este aspecto deben distinguirse dos sentidos, uno amplio y otro estricto. La tutela de los derechos en sentido estricto se obtiene a través del derecho a ser escuchado (*rechtiliches Gehör*) y merced a una tutela jurisdiccional efectiva de aquellos. La tutela en sentido amplio se logra gracias a otros instrumentos, a saber, el defensor cívico o el defensor del pueblo, el garante de las mujeres, las comisiones de reclamos públicos, etc. Con frecuencia, la tutela jurisdiccional llega demasiado tarde, por ello se requiere un procedimiento *preliminar* para garantizar los derechos en juego, procedimiento usualmente de carácter administrativo.

En verdad, las nuevas constituciones de la fase actual de desarrollo del Estado Constitucional, son a este propósito enormemente creativas: desde la Constitución del Perú a la de Guatemala; de la de Estonia a la de Polonia y Rumania. En el lugar que sea, los constituyentes se preocupan de ofrecer al ciudadano una protección ulterior mediante defensores específicos. Desde mi perspectiva esta tendencia puede ir rotulada bajo la rúbrica: «*status activus processualis*». A tal fin se precisa rescatar el vínculo con la doctrina clásica del status de George Jellinek, ampliándola y adaptándola a los tiempos que corren. Esta vez la teoría de los derechos fundamentales deben salir de la sombra de los grandes clásicos, manifestarse, salir a luz y transformar su propio rol, como un camino inverso de un post-glosador al menos al de un «glosador». La doctrina del «*status activus processualis*» representa un intento alemán en esa dirección. La palabra clave «tutela de los derechos mediante la organización y los procedimientos» ha encontrado ahora plena afirmación⁽¹⁴⁾. A ella se ha plegado la idea que en los derechos fundamentales se encuentran «obligaciones de protección» a cargo del Estado. Esta también es una «composición» del Estado interventor y de sus prestaciones sociales y asocia los derechos fundamentales a la idea de los fines del Estado.

5. *¿Retorno a la antigua concepción liberal de los Derechos Fundamentales?*

En los últimos tiempos, dos teorías sobre los derechos fundamentales han emergido a primer plano. De un lado, la concepción de los derechos fundamentales como principios⁽¹⁵⁾, doctrina preparada sobre todo por Hermann Heller y Josef Esser y que representa una preciosa integración de las teorías tradicionales sobre el particular. De otro lado, el retorno de la antigua doctrina liberal que acentúa la defensa de los derechos frente a las ingerencias (*Eingriffsabwehr*)⁽¹⁶⁾. Mientras que la doctrina de los principios podría constituir un buen denominador común para las numerosas dimensiones de los derechos fundamentales; la reanudación de la vieja concepción liberal representaría un empobrecimiento. En mi criterio, solo una concepción pluridimensional puede detener todos los peligros actuales que se ciernen sobre la libertad personal y calificar a los derechos fundamentales como elementos de justicia. Por otro lado, la antigua concepción ha sido recha-

13 P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL, 30 (1972), pp. 80 y siguientes y 121 y siguientes.

14 Vid. K. Hesse, *Grundzüge*, cit. 18a. edición, 1991, pp. 152 y siguientes.

15 Así, R. Alexy, *Teorie der Grundrechte*, 1985, sobre la cual trata mi reseña, en: *Der Staat* 26 (1987), pp. 135 y ss. En Suiza, J.P. Müller, *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982.

16 Así, G. Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988.

zada en los textos constitucionales más recientes. En todas partes se trasluce en los textos, junto a la consagración de los derechos individuales, el reconocimiento de derechos objetivos, como los concernientes a las prestaciones estatales y a los procedimientos para hacerlas eficaces. La teoría de los derechos fundamentales no debería «retroceder» en relación al nivel positivo ya alcanzado. Otro problema emerge cuando nos preguntamos ¿dónde poner el acento? Queda, por ejemplo, por resolver si en Europa oriental, en la actual situación económica, se debe enfatizar el *status negativus* y el nivel *processualis*, relegando en una forma «platónica» la esfera positiva que encierran las prestaciones estatales en cuanto no existen bienes y servicios que distribuir. Aquí podría servirnos un cierto «anacronismo» (*Ungleichzeitigkeit*). De este modo, la dogmática europea de los derechos fundamentales, podría ser construida de manera flexible y variable, del mismo modo conforme al cual varían los límites de la justicia constitucional y según las fases de un «judicial activism» o de un «judicial restraint» (verificables en la Suprema Corte estadounidense).

II. La Jurisprudencia sobre los Derechos Fundamentales del Tribunal Constitucional Federal: «Derechos Fundamentales Pretorianos»

En la introducción se ha señalado que el Tribunal Constitucional Alemán ha cumplido una obra extraordinaria en el desarrollo de los derechos de la Ley Fundamental⁽¹⁷⁾. Sobre todo gracias al instituto del recurso constitucional individual (art. 92, 1, n. 4a. Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional ha devenido, en la práctica, en una suerte de «tribunal de los derechos fundamentales». Aunque el porcentaje de los recursos constitucionales acogidos es muy exiguo (alrededor de un 1%), las decisiones emanadas sobre la base de los recursos constitucionales resultan significativas⁽¹⁸⁾.

Ya se han indicado algunas decisiones-guía y, en sustancia, pioneras. Ahora, en 1992, se tratará, más bien, de penetrar en la filigrana de los derechos fundamentales especiales⁽¹⁹⁾.

Es plausible que el tribunal no se ha detenido en una determinada teoría general sobre los derechos fundamentales, laborando, por el contrario, muy cerca al caso de manera flexible y abierta. Ello se manifiesta de modo particularmente claro en la jurisprudencia, cada vez más avanzada, sobre la libertad de arte⁽²⁰⁾. También en casos muy delicados como el de la plegaria obligatoria en la escuela (E 52, 223), el Tribunal Constitucional ha encontrado su camino. Existen pocas sentencias cuestionables (por ejemplo, el fallo sobre interceptación telefónica (E. 30, 1)⁽²¹⁾. Ciertas exageraciones pueden ser criticadas (así, en el caso del derecho

17 Véase la síntesis de K. Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte*, EuGRZ 1978, pp. 427 y siguientes.

18 Sobre el particular, véase mi trabajo «Kommentierte Verfassungsrechtsprechung», 1979, pp. 431 y siguientes.

19 La literatura está diseminada, véase, por ejemplo, A. Bleckmann, *Staatsrecht II, Die Grundrechte*, 3a. edición, 1989; C. Starck, *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 1, 3a. edición, 1985, preámbulo artículos del 1.º al 5.º. Insuperables son hasta hoy los comentarios de Dürig, en: Maunz / Dürig / Herzog, *Grundgesetzkommentar* (arts. 1, 2 y 3) de los años 50 y 70.

20 Compendio oficial de las sentencias del *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 30, 173; 36, 321; 75, 369; 77, 240; 83, 130.

21 Consúltense mi crítica en *Juristeczeitung* 1971, pp. 145 y siguientes y también el voto disidente en BVerfGE 30, 33, un ejemplo encomiable de «jurisprudencia alternativa».

fundamental de autodeterminación informática, E. 65, 1); pero, a menudo, el tribunal retoma una línea media. Controvertida es en la actualidad la amplia tutela otorgada a la libertad de opinión y de prensa, a cargo de los medios privados (E. 54, 208 y 147). Asimismo, las recientes decisiones sobre radiotelevisión se han expuesto al fuego cruzado de la crítica (E. 83, 238).

III. La cultura de los Derechos Fundamentales

Si se tiene presente el tránsito entre la República de Weimar y el gobierno de Bonn, entre ciencia y jurisprudencia, además de la alta sensibilidad de la opinión pública alemana en materia de derechos fundamentales, podemos hablar, en efecto, de una «cultura de los derechos fundamentales» (*Grundrechtskultur*). Tal cultura, crecida durante tantos años, revela casi una simbiosis entre las fuentes escritas y las fuentes no escritas de los derechos fundamentales, los cuales comiencen a madurar «un derecho común europeo». Al margen del federalismo, la cultura de los derechos fundamentales es, quizás, la más grande contribución de Alemania en el «concierto» de los Estados constitucionales europeos, parangonable al aporte inglés de la democracia parlamentaria; o, al francés con el catálogo de los Derechos del Hombre de 1789; o, al norteamericano con el Estado Federal y la jurisprudencia de la Suprema Corte. Equivalente también con institutos italianos, tales como las normas sobre los partidos políticos (art. 49 de la Constitución), descentralización y regionalismo y con el artículo 3 de la Constitución, todas ellas «voces» genuinas y «conocidas» para quienes abogamos por el Estado constitucional.

Las regiones orientales de Alemania son, en este momento, un "laboratorio" de políticas de derechos fundamentales.

Ciertamente, no faltarán hasta ahora algunas exageraciones. Con motivo de la amenaza de arresto contra Jean Paul Sartre, De Gaulle dijo de manera rotunda: «¡No se arreste a un Voltaire!» ¡Esta es también una muestra de la cultura de los derechos fundamentales! En la actualidad, Alemania vive de y con sus derechos fundamentales como en ningún otro período histórico precedente.

• *Incursus*: El nacimiento y desarrollo de nuevos temas y dimensiones de los derechos fundamentales en los nuevos «Länder» orientales, a partir de 1990. En particular: la incorporación de los «defensores cívicos» como instrumentos de garantía de aquéllos.

En un tiempo brevísimo, en las regiones orientales de la federación alemana se ha creado un «laboratorio» de la política de los derechos fundamentales. Más de veinticinco proyectos constitucionales contienen fórmulas nuevas y viejas sobre el tema. Se trata de un movimiento constitucional fascinante que ha tomado las riendas del proyecto de la «Mesa Redonda», en la entonces todavía existente República Democrática Alemana (RDA), en el mes de abril de 1990⁽²²⁾ y, que, de

²² Publicado en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (en adelante: JöR), vol 39 (1990), pp. 350 y siguientes. Proyectos más recientes en JöR 40 (1991 / 1992), pp. 291 y siguientes.

una parte, ofrece a la ciencia de los derechos fundamentales una ocasión de participación y, de la otra, representa un desafío de primer rango. Hasta hoy no es previsible qué proyecto logrará prevalecer. En forma preliminar, se puede afirmar que la evolución de los derechos fundamentales en la Alemania Oriental amerita atención y respeto de parte de la ciencia europea. Este desarrollo se registraría hasta en el plano federal de la Ley Fundamental. Es verdad que los *Länder* se hallan obligados por la Ley Fundamental, en el marco constitucional, pero pueden darle impulso, sometiéndola a un «test», llevado al límite. Frente a todas aquellas novedades provenientes de los novísimos *Länder* de la federación, la Alemania Occidental no debería reaccionar con ansiedad y renuencia. En un Estado federal se lleva a cabo un «toma y daca» entre el Derecho Constitucional de los *Länder* y el del *Bund* (Tribunal Federal); la máxima «el Derecho federal deroga al derecho del *Land*» (Art. 31 de la Ley Fundamental) es demasiado torpe, descuida una serie de mecanismos refinados de intercambio y reciprocidad. De allí que el Tribunal Constitucional Federal, en el momento de resolver las cuestiones planteadas por los derechos fundamentales, perfectamente podría dejarse influir, merced a una interpretación creativa, por la evolución de estos derechos en la Alemania oriental.

Se necesita distinguir entre el desarrollo de los nuevos temas y las nuevas dimensiones sustanciales —también de sus límites— de los derechos aludidos, atendiendo a las metas del Estado orientadas hacia la observancia de los derechos fundamentales, de un lado; y, una tutela procedimental más intensa de estos derechos, digamos, mediante el trabajo de los defensores cívicos, de otro.

En el Este de Alemania nuevos derechos fundamentales desembocan en novedosos textos. Particularmente, «avanzados» son el *Brandenburg* (con su «coalición-semáforo»), el *Ampelkoalition* (con referencia al verde ecológico, al amarillo liberal y rojo social democrático) y la *Sassonia* (con los tres proyectos *Gohr* y algunos otros proyectos constitucionales). También los otros *Länder* parecen innovadores. Todos estos textos representan elaboraciones ya de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ya de la doctrina occidental. Los mismos designan los nuevos peligros que acosan a la libertad personal, valiéndose además de la convención europea y de la jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo. Demuestran, por añadidura, hallarse al día de los avances internacionales en asuntos de derechos fundamentales. Si bien, a veces (desde el punto de vista occidental), el celo reformador sobrepasa en los proyectos la medida prevista y predomina, dentro de su espectro político, un componente «de izquierda y verde», la fantasía en materia de derechos fundamentales merece todo respeto.

Tomemos un caso en particular. La última versión del proyecto constitucional en Brandenburgo (diciembre de 1991) propone una sección común «derechos fundamentales y fines del Estado» y da un gran salto adelante con el artículo 5° (validez), cuyo primer apartado señala:

«Los derechos fundamentales garantizados al individuo y a los grupos sociales en esta Constitución, obligan a la legislación, al Poder Ejecutivo, a la jurisdicción y, en los casos, en los cuales la Constitución lo prescribe, a los terceros, como derecho inmediatamente vigente. Los fines del Estado deben ser realizados por los órganos constituidos, teniéndolos presentes en la aplicación de las leyes».

establece: «Cada uno debe al otro el reconocimiento de su dignidad». El artículo 11º establece un bien resguardado derecho fundamental: la tutela de la información, retomada por la jurisprudencia del tribunal constitucional. En el artículo 12, 3, el Land se obliga a asegurar mediante medidas eficaces la paridad del hombre y la mujer en el trabajo, en la vida pública, en la formación profesional, en la familia y en la previsión social. Novedosa es una sección, convenientemente titulada: «derecho a la formación política» (Arts. 21 a 34). En el artículo 26, 2 se reconoce la «necesidad de tutela», al margen del matrimonio y la familia, de «otras formas de comunidad de vida constituida a tiempo indeterminado». El artículo 35, 3 prevé: «El Land promueve la participación en la vida cultural y facilita el acceso a los bienes culturales». Son fáciles de encontrar las normas que consagran el derecho a la casa y el trabajo (Arts. 48 y 49). El Art. 52, 3 prohíbe el «lock-out abusivo y el lock-out desproporcionado», plegándose en parte a la jurisprudencia federal.

Ahora demos una mirada vivaz a Sajonia. Su proyecto no se limita a prever la tutela clásica del «contenido esencial» de los derechos fundamentales y la tutela de la vida prenatal (Art. 8, versión del mes de mayo de 1991). El artículo 13, 2 recita: «La inviolabilidad de la dignidad es fuente de todos los derechos fundamentales». Así traduce con fidelidad el estado de la ciencia. La libertad radiotelevisiva es supeditada a la obligación de informar la «verdad» (Art. 18, 3) y también al pluralismo de las opiniones. Existe hasta una garantía para la subsistencia y desenvolvimiento de la radiotelevisión pública —un préstamo de la jurisprudencia del tribunal constitucional—.

El *Mecklenburg-Prepomerania* introduce, en su proyecto del mes de octubre de 1990, la tutela de las «personas física, síquica o socialmente débiles» (Art. 7, 4) y hasta una limitación a la libertad de investigación científica, imponiendo deberes de información y mecanismos de control para las investigaciones, «en las cuales haya un riesgo para el hombre y para el ambiente natural» (Art. 24, 2). La tutela de los fundamentos naturales de la vida es sumamente reforzada (Art. 30).

La *Sajonia-Anhalt*, en su segundo proyecto de 1990, postula la «tutela de la información de relevancia personal» (Art. 12). Establece además, principios de una «economía social de mercado y vinculada a la ecología» (Art. 28).

Turingia prevé, en el artículo 25 del proyecto de 1990, bajo el título de «Los Deberes del Land, de las Municipalidades y de los ciudadanos», la «tutela del ambiente natural como fundamento vital de las generaciones actuales y futuras».

Examinando con diligencia la tutela jurisdiccional sobre los derechos fundamentales, así como la eventual legislación ordinaria y constitucional, la mayor parte de los proyectos contempla un instituto de garantía de aquéllos: el *encargo cívico* (*Bürgerbeauftragter*). El artículo 102 del proyecto de *Brandenburg* (segunda versión, de 1990) propone un «defensor para la tutela de la información». *Mecklenbur-Prepomerania* (Art. 59 del año 1990) crea defensores cívicos adscritos al órgano jurisdiccional (*Landtag*), quienes velan por los derechos del hombre y del ciudadano, y cuidan de los derechos de los niños, ancianos y de la igualdad de sexos.

Existen motivos comprensibles que explican la incorporación de los «defensores cívicos». De un lado, el *Ombusman* y la *Ombudsfrau* se difunden en el mundo con velocidad vertiginosa. Desde países en vías de desarrollo hasta Polonia, Letonia y Estonia. De otro lado, después de tantos años de dictadura comunista, los ciudadanos buscan hallarse debidamente protegidos. De allí que sea sensata

la integración orgánica de los «defensores cívicos» al Estado, dotándolos de adecuados medios y procedimientos.

Para concluir la incursión a los proyectos constitucionales de la Alemania oriental, quisiera señalar que, en los últimos meses, he advertido con desagrado una cierta uniformización y retroceso de los proyectos. La influencia de los partidos del Oeste hacia el Este es, en parte, responsable de ello. De todos modos, queda a salvo la frescura de los textos y la valentía de las innovaciones. Resaltará positivamente, sin duda, en qué medida estos proyectos tengan en cuenta el contexto mundial de producción y recepción de normas de los Estados constitucionales. En este complejo proceso se irán descubriendo nuevos «materiales» para una doctrina constitucional, que se halla todavía retraída como ciencia. En particular, se reclama a la teoría de los derechos fundamentales el esfuerzo de continuar elaborando la red teórica sobre la cual se encuadren los materiales y los textos, a pesar que estos últimos no se hayan inspirado totalmente en la teoría.

Segunda Parte: Un planteamiento hecho propio, la concepción mixta y abierta de los Derechos Fundamentales

El planteamiento que asumí ha aparecido ya en diversos puntos abordados. Sin embargo, a continuación puntualizaré brevemente algunos aspectos.

I. Integración pragmática de elementos teóricos (rechazo de una teoría «pura» de los derechos fundamentales y del «razonamiento por compartimentos»)

Se precisa, ante todo, cuidarse de cualquier absolutización de alguna teoría en particular. Es verdad que las nuevas doctrinas deben presentarse más radicales y menos susceptibles de compromisos de lo que son en realidad, puesto que es inevitable una cierta «exageración» en el «concierto» de esa sociedad abierta que conforman los intérpretes constitucionales. Razonando sobre la base del justo medio y pensando en los jueces, las diversas teorías tienen un derecho *relativo*, ya sea que se afirmen sobre el derecho individual o el derecho objetivo; se reclamen democráticas; insistan en las prestaciones del Estado o, en el carácter social de las medidas o, en los aspectos procesales, etc. Entre sus diferentes propuestas puede haber una «mixtura», según la peculiaridad de los derechos especiales —la libertad religiosa requiere menos reglamentación, por ejemplo, que la libertad de propiedad—.

En su conjunto, todas las doctrinas sobre los derechos fundamentales ofrecen una contribución respetable. De allí que el Tribunal Constitucional alemán hace bien cuando integra las teorías de manera pragmática, con citas o sin ellas, cumpliendo así un rol unificador y ejerciendo un mandato de pluralismo. Las teorías representan, en efecto, ciertos valores inmersos en un cuadro pluralista y complejo; formulan, por otra parte, ciertas verdades relativas y, en el sentido asignado por Karl Popper, están sujetas al *trial and error* y, quizás, por añadidura se hallan destinadas a alternarse.

Algunas dudas suscita el «razonamiento por compartimentos», porque desme-

nuza objetos homogéneos, los descompone y sugiere que todas las teorías son intentos de acercarse al «microcosmos» de un derecho fundamental. En general, solo todas las teorías juntas logran agotar las múltiples facetas que presenta la problemática de los derechos fundamentales.

II. La máxima del «Perfeccionamiento de las garantías y efectividad de los Derechos Fundamentales», en función del personalismo garantista: la apertura de la tutela de los Derechos Fundamentales en nuevos temas y dimensiones

Cada política sobre los derechos fundamentales en manos de los constituyentes, cada interpretación de aquéllos por parte de los operadores debe orientarse al cumplimiento de la máxima que alude al «perfeccionamiento de las garantías y efectividad de los derechos fundamentales» (*grundrechtssichernde Geltungsförderung*). Tal máxima se legitima, a partir de la idea del personalismo garantista (*personelle Schutzdenken*)⁽²³⁾. Sobre la base de la *dignidad del hombre*, todos están llamados a afrontar con sensibilidad y riqueza de ideas los eventuales peligros de la libertad humana. De esta manera, la política, la dogmática y la jurisprudencia judicial de los derechos fundamentales no desaparecerán nunca y, más bien, estarán siempre alertas. Este perfil ya se manifiesta en el carácter dinámico y abierto de los procesos de perfeccionamiento tanto de los textos como de las interpretaciones, sea en Europa o en otros lugares. Los temas sobre esta problemática son abiertos, es decir, se renuevan continuamente, como ha acontecido con la tutela del ambiente y de la información. Sus *dimensiones* deben ser concebidas bajo el espíritu de un «*numerus apertus*», vale decir, que si subsisten para el hombre nuevas «exigencias», deben sumarse y acrecentarse siempre otras dimensiones de derechos fundamentales. Uno de los últimos ejemplos vendría a ser la idea de la «tutela de los derechos mediante organismos y procedimientos».

Quizás más adelante nacerán también algunas inesperadas *restricciones*: nuevos deberes fundamentales y nuevos límites a la libertad del individuo y a favor de la solidaridad aparecerán sobre nuestro planeta «azul», único en su género, que nos constriñe a reencontrarnos con palabras y hechos (cuestiones ambientales, problemas del tercer mundo). En este contexto se reclama una ética completamente nueva que imponga responsabilidad a todos, ahora que existe tal vez una exagerada libertad permisiva.

III. «Fines del Estado orientados hacia los derechos fundamentales» como tema de desarrollo constitucional a escala mundial. Derechos Fundamentales como «objetivos del Estado»

Explorando los nuevos textos de los derechos fundamentales en la Europa del Este y en los flamantes Länder orientales de la Federación Alemana, se detecta inevitablemente el aumento; más aún, la inflación de los fines del Estado. Pareciera que éste debe no solamente organizarse, sino también justificarse, a partir

²³ Véase mi contribución en el encuentro de constitucionalistas alemanes de Regensburg, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), 43, pp. 69 y siguientes.

de sus propios objetivos. Ya en el año 1789, se definía de manera insuperable el fin último del Estado (Art. 2.- El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión). Será posible, mejor dicho necesario, desarrollar los temas inherentes, por ejemplo, al trabajo, al medio ambiente y a consentir su expansión en el tiempo (protección de las generaciones futuras, ampliación de la dimensión temporal del contrato social hacia el perfeccionamiento de un pacto entre generaciones).

Por el momento, el Art. 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre permanece como un texto clásico del Estado constitucional y, por otra parte, legitima *in nuce* la vinculación entre los objetivos del Estado y los derechos fundamentales. Los textos sobre los fines del Estado en las Constituciones más recientes⁽²⁴⁾ tienen referencias relevantes a los derechos fundamentales, justificadas además, por cuanto no siempre se puede tener un derecho accionable a la mano para todas aquellas cosas que giran en torno al hombre. El sujeto sigue siendo el punto de Arquímedes del Estado constitucional: no podemos y no queremos volver a la época pre-kantiana. También la limitación del antropocentrismo, el respeto a la naturaleza y al ambiente —entendidos como cultura—, se desenvuelve, en definitiva, en función de este sujeto: el hombre.

Se podrá compartir el escepticismo de Goethe cuando se preguntaba si el hombre se ha concedido una estima tan alta de sí mismo. Pero, para el jurista, todavía de frente a la potencial amenaza de los sistemas totalitarios, semejante cuestión no entra en debate.

Conclusiones y perspectivas

Este bosquejo quería ofrecer una mirada general y panorámica al desarrollo reciente de los derechos fundamentales en Alemania. Los déficit y los desafíos de la tutela de estos derechos en la Alemania reunificada deben ser llamados por su nombre. Así, existe una enorme carencia de personal en los tribunales y en la administración; falta una mentalidad y una conciencia adecuada sobre estos derechos, dado que los derechos fundamentales deben ser apreciados del mismo modo en que lo son la democracia y la economía de mercado. En Alemania oriental no podrá ser creado de la noche a la mañana un sistema efectivo de protección de aquellos derechos, como el que caracteriza a la parte occidental, fruto de un largo trabajo y, quizás, también de sufrimientos. Asimismo, no faltan también las oportunidades: comparando nuestra experiencia con el Estado injusto que se edificó en el Este, aprendimos cuán caros son estos derechos. De otra parte, nuestra dogmática enfrenta un reto, sobre todo, para el delicado período de transición —hago referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el «corredor de espera» (Warteschleifenurteil) de los trabajadores y a la sentencia sobre las expropiaciones en el período comprendido entre 1945 y 1949⁽²⁵⁾. Paulatinamente se irá creando en el Este un sistema efectivo de protección y custodia de los derechos fundamentales conforme al *standard europeo común*. Ello requiere tiempo y paciencia, pero ofrece además la ventaja de mar-

24 Sobre este punto, consúltese mi análisis de los textos constitucionales en *Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre*, en: *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR) 111 (1986), pp. 595 y siguientes.

25 EuGRZ 1991, pp. 133 y siguientes y, también, pp. 121 y siguientes.

char a la vanguardia, aprovechando del debate doctrinario y jurisprudencial que sobre los derechos fundamentales se desarrolla en Europa⁽²⁶⁾.

²⁶ Como doctrina italiana sobre el particular, véase A. Baldassarre, voz «*Libertà, II, Problemi generali*. En: *Enciclopedia Giuridica*», XIX, 1988, pp. 1 y siguientes; P. Grossi, *I Diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II, edición ampliada, 1991; A. Pace, *Problematica della libertà costituzionali*, Lezioni, Parte generale, 1985, parte Speciale II, 1, 1988; V. Crissafulli-L. Paladin, *Commentario breve alla costituzione*, 1990.