

EL SISTEMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Klaus Stern

Profesor del Instituto de Derecho Público
Universidad de Colonia

No fue, ciertamente, un camino sencillo el que se hubo de recorrer hasta que se llegó a la nueva Constitución española de 29 de diciembre de 1978. Pero hoy en día, cuando esta Constitución está a punto de cumplir diez años de vigencia, nos es posible constatar que ha constituido un factor decisivo para fortalecer a España como Estado de derecho liberal, social y democrático. La conversión de España en un Estado constitucional ya está cumplida, y, en su condición de miembro del Consejo de Europa y de la Comunidad Europea, España se encuentra unida por una multiplicidad de vínculos a la Europa libre y de esta manera también con mi patria. Como alemán me siento feliz por poder registrar muchos puntos en común entre la Constitución española y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949. Prescindiendo de la forma de Estado federal y republicana, existen coincidencias en las definiciones estructurales fundamentales del Estado; concretamente: en la democracia parlamentaria, así como en el carácter de Estado de derecho y social. España también ha creado una jurisdicción constitucional para la defensa de su Constitución. En cuanto defensor de la Constitución, este Tribunal Constitucional posee una gran semejanza con el Tribunal Constitucional Federal alemán y con el Tribunal Constitucional italiano. Los puntos en común y las diferencias ya se han analizado desde diversas perspectivas en la bibliografía. Por ello, no me parece indicado dedicar mayor atención a la cuestión de la jurisdicción constitucional o a otros problemas de la organización del Estado que han sido objeto de análisis más frecuentemente. Más bien quisiera concentrarme en el sistema de los derechos fundamentales de ambas Constituciones, siendo mi intención principal familiarizarles con los elementos más importantes del sistema diseñado por la Ley Fundamental.

I

Todos sabemos que España puede exhibir una larga tradición en materia de derechos fundamentales. Con anterioridad incluso a la famosa Carta Magna inglesa de 1215, la Carta de León, dada por el Rey Alfonso en 1188, contenía derechos individuales. Posteriormente otras Constituciones siguieron esta línea; en 1978, finalmente, se estableció un amplio catálogo de derechos fundamentales a lo largo de los 45 artículos del Título I de la Constitución. Mientras que la Ley Fundamental en lo esencial reúne en un Título carente de subdivisiones, su Título I, los derechos fundamentales procesales, la Constitución española ha subdividido en varios capítulos su Título I. Esta subdivisión ha sido objeto de crítica dentro de la bibliografía científica, como, por ejemplo, la formulada por Gregorio Peces-Barba (*Los derechos fundamentales*, 1980, pp. 94 y ss.). En líneas generales se puede constituir una escala de reconocimiento que va desde los derechos del hombre hasta los derechos fundamentales del ámbito personal y político y los deberes fundamentales pasando por los derechos generales de los españoles y de los extranjeros y los principios rectores de la política económica y social. Esta estructuración tiene una significación dogmática fundamental, puesto que según el artículo 53 de la Constitución española solamente se declaran como vinculantes para todos los poderes públicos y otorgadores de derechos subjetivos los artículos 14 a 38. Las demás previsiones constitucionales no fundamentan derechos subjetivos, sino que constituyen sólo —si se me permite recurrir a conceptos alemanes— garantías jurídico-objetivas, definiciones de los fines del Estado, directivas o directrices interpretativas. En esta medida se aprecian ciertos paralelismos con respecto a la Constitución de Weimar, que también contenía numerosas normas de carácter directriz, mientras que la Ley Fundamental en este punto se muestra, prudentemente a mi juicio, reservada. No traiciono ningún secreto si digo que en la República Federal de Alemania circulan propuestas de modificación, de las cuales la más importante es la inclusión de la protección del medio ambiente como objetivos del Estado.

Si se prescinde de esta diferencia, el sistema de los derechos fundamentales y los propios derechos fundamentales individualmente considerados de ambas Constituciones resultan coincidentes en amplia medida. En ambos casos se trata justamente de Constituciones que proceden de la gran tradición de las ideas del Derecho natural, la Ilustración y el constitucionalismo europeo-americano. Este constitucionalismo, que yo llamo constitucionalismo de los derechos fundamentales, tenemos que fortalecerlo en aquellos puntos en que todavía no se encuentra culminado o está en peligro. Para ello no se ha de desplegar sólo una actividad política, sino también científica y, más especialmente, en el campo del Derecho comparado. En este sentido me propongo hoy ofrecer con la necesaria brevedad una exposición del sistema de derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

II

1. Según el artículo 3.1 LF, los derechos fundamentales constituyen derechos de vigencia inmediata. Esta afirmación constitucional resulta en el fondo evidente. Es la conclusión necesaria de la constitucionalización normativa de los derechos fundamentales y consecuencia de su incorporación al Derecho constitucional. El constituyente la consideró, sin embargo, necesaria en virtud de las dudas que sobre la actualidad de los derechos fundamentales se habían suscitado en tiempos de la Constitución de Weimar. Debía quedar fuera de discusión el que los derechos fundamentales no son meros enunciados programáticos, sino derechos reales actualmente vigentes. Así, pues, los derechos fundamentales se encuentran positivizados en normas jurídico-objetivas del rango supremo. Este carácter de Derecho objetivo tiene en el Derecho alemán una vieja tradición que se remonta hasta el Derecho político del primer constitucionalismo y durante tiempo primó sobre la condición de derecho subjetivo. Hoy día resulta relevante para una serie de funciones propias de los derechos fundamentales, a las que nos referiremos más adelante. De este modo, el artículo 1.3 LF formula en pocas palabras lo que los artículos 9 y 53 de la Constitución española expresan algo más complicadamente.

2. En cuanto derechos subjetivos, los derechos fundamentales garantizan al individuo y a sus asociaciones protecciones jurídicas que resultan fundamentales tanto para el hombre como para los ciudadanos. Garantizan un estatuto jurídico-constitucional frente al Estado. Este carácter jurídico-subjetivo y otorgador de un estatuto jurídico propio de los derechos fundamentales resulta indiscutible. Histórica y actualmente viene caracterizado de modo principal como ámbito de libre conformación de la propia vida (libertades individuales), como igualdad ante la Ley (igualdad jurídica), como garantías de la participación ciudadana y de la coestión política (participación ciudadana o política y derecho de participación). Los derechos que garantizan este estatuto son por una parte derechos reaccionales (derechos negativos) que otorgan protección frente a las intervenciones estatales, comprometiendo, pues, al Estado a abstenerse de intervenir. Otros constituyen derechos de pretensión y de protección (derechos positivos) dirigidos a obtener una determinada y positiva acción del Estado, a veces dentro del ámbito de la libertad individual y la igualdad jurídica, pero sobre todo en el ámbito de la participación y coestión ciudadanas. Esta acción de signo positivo en la mayoría de los casos se enfoca en la línea de obtener la garantía del Estado o determinadas conformaciones jurídicas, como, por ejemplo, el derecho del sufragio activo y pasivo, la garantía de la tutela judicial, la audiencia en derecho, el acceso a cargos públicos, la concesión de asilo, la protección penal de los bienes jurídicos que incorporan los derechos fundamentales, protección frente a la persecución en el extranjero, nacionalidad, equiparación de los sexos, etc. Derechos prestacionales

y de participación que vayan más allá de ese marco sólo encuentran cabida en la Ley Fundamental (arts. 6.4 y 5) con gran reserva, siendo objeto de discusión por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El ámbito de los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales ha crecido más allá del primitivo estándar tras las dos Guerras Mundiales. En parte se crearon nuevos derechos fundamentales, como el artículo 1.1 o el artículo 16 LF, en parte se procedió a una interpretación ampliadora de viejos derechos fundamentales, como, por ejemplo, al artículo 14 LF, y en parte se produjo un entendimiento de los derechos fundamentales como derechos generales de libertad, como el artículo 2.1 LF. No se encuentran previstas las protecciones de carácter social, económico y cultural, que, así se dice, sólo con dificultad podría integrarse en el sistema de los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales son estructuralmente distintos de los «clásicos». Una garantía de derechos fundamentales que dependa en amplia medida del legislador o del presupuesto estatal y además haya de caer necesariamente en conflicto con derechos fundamentales negativos traería consigo más inconvenientes que ventajas. No ha sido precisamente gratuito el hecho de que, en el plano internacional, en 1966 se optara por dos pactos dotados de garantías jurídicas de distinto orden, el pacto sobre «derechos civiles y políticos» y el pacto sobre los «derechos económicos sociales y culturales».

3. Junto al carácter jurídico-subjetivo, tal y como ya se ha apuntado, es posible extraer también de los preceptos en que se contienen los derechos fundamentales contenidos de derecho objetivo y principios de carácter valorativo. En 1975, el Tribunal Constitucional Federal (Sala 1.ª) pudo así formular, de modo determinante: «Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional Federal, las normas en que se plasman los derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos reaccionales del individuo frente al Estado, sino que a un mismo tiempo incorporan un orden axiológico objetivo que, en su condición de decisiones constitucionales básicas, vale para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia.» En 1978, la Sala 2.ª repitió ese enunciado de manera casi literalmente idéntica.

Esta dimensión de los derechos fundamentales sólo ha sido desarrollada en tiempos recientes. Por lo demás, aunque no está libre de cuestiones dudosas en lo terminológico y en cuanto al fondo, en lo esencial ya no es objeto de discusión. Con la formulación de contenidos de derecho objetivo y principios valorativos, yo también he optado por una coincidencia de fondo, aunque no literal, con la doctrina del Tribunal Constitucional y la doctrina científica dominante. Este nivel significativo de los derechos fundamentales hace acto de presencia junto a su componente de derecho subjetivo, pero puede existir también sin esa significación. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal las relaciones entre ambas dimensiones no estaban originariamente nada claras. En la actualidad puede considerarse como un dato bien asentado que los derechos fundamentales

han de ser en primera línea derechos individuales; la función de los derechos fundamentales como «principios objetivos» sólo ha de reposar sobre la base del «reforzamiento radical de su fuerza de validez» en cuanto derechos subjetivos.

4. Determinados preceptos en que se proclaman derechos fundamentales garantizan institutos de derecho privado y público. A esta categoría pertenecen: el arte y la ciencia (art. 5.3 LF), el patrimonio y la familia (art. 6 LF), los centros privados de enseñanza (art. 7.4 LF) o la propiedad y la herencia (art. 14 LF), entre las garantías tradicionales, a las que se suman, con carácter de novedad, la prensa y la radio (art. 5.1 LF). Unas y otras actúan como garantías de instituto o garantías institucionales, categoría que ya en la Constitución de Weimar se contaba dentro del acervo de la teoría de los derechos fundamentales. La protección de las instituciones garantizadas constituye un auténtico derecho subjetivo en favor de las personas beneficiadas por la garantía. En esta medida, estas garantías se encuentran muy próximas del contenido subjetivo de los derechos fundamentales. En la mayoría de las ocasiones, con ello se está garantizando la libertad de una esfera de la vida individual o social. Por lo demás, tales garantías no se encuentran contenidas sólo en las normas que proclaman derechos fundamentales, sino también en otras normas constitucionales, que, sin embargo, generalmente presentan una estructura similar a los derechos fundamentales, como el artículo 28.2, el artículo 33.5 y el artículo 140 LF.

5. Además de estas garantías, de casi todos los preceptos de la LF en que se contienen derechos fundamentales se extraen en la actualidad consecuencias jurídicas que se designan con denominaciones tales como principios jurídicos fundamentales, principios rectores, directivas, máximas de organización y procedimiento, principios fundamentales valorativos y deberes fundamentales de comportamiento de los poderes del Estado, constituyendo, por otra parte, criterios orientativos válidos para la totalidad del ordenamiento jurídico. Este elemento del sistema jurídico de los derechos fundamentales constituye una de las partes especialmente criticadas de la teoría de los derechos fundamentales, no tanto por el enfoque jurídico-objetivo, cuanto a causa de las consecuencias jurídicas que de ahí se obtienen, que no resultan circunscribibles en términos precisos. Si las definiciones de los derechos fundamentales plasmadas en el texto constitucional se entienden como principios fundamentales de derecho objetivo a partir de los cuales se extraen determinadas consecuencias jurídicas, resulta manifiesto, en tal caso, que aquí predomina una concretización jurídica que va más allá de la interpretación «clásica». En especial pueden describirse las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Las dos primeras grandes sentencias del Tribunal Constitucional Federal en materia de derechos fundamentales, de 17 de enero de 1957 y 15 de enero de 1958, han contemplado el contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales como indicaciones para in-

tervenciones en el conjunto del ordenamiento jurídico: como «norma de principios», esto es: como «decisión valorativa vinculante», como «decisión constitucional fundamental válida para todas las esferas del derecho». La legislación, la administración y el poder judicial reciben de ahí «directrices e impulsos». El derecho ordinario ha de ser interpretado de acuerdo con el «espíritu» de estos contenidos de los derechos fundamentales. El Tribunal ha mantenido en una jurisprudencia reiterativa esta caracterización, si bien las formulaciones no han sido siempre enteramente uniformes. A este respecto no sólo se plasma la primacía de la parte de la Constitución en que se contienen los derechos fundamentales, de acuerdo con lo proclamado en los artículos 20.3 y 1.3 LF, sino también y sobre todo la función de ser «fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo» (art. 1.2 LF).

Esto tiene consecuencias:

- para la interpretación y aplicación de todo el derecho ordinario;
- para la actuación del Estado según el derecho privado y el administrativo;
- para la eficacia (mediata) de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos de derecho privado (la llamada eficacia horizontal o frente a terceros de los derechos fundamentales).

b) El contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales ha conducido, además, de manera especial, a proporcionar criterios para la organización y el procedimiento de las instituciones públicas mediatas o inmediatas. Este aspecto se encontraba prefigurado en los derechos fundamentales, que no pueden realizarse sin la constitución y organización de tribunales y ordenamientos procesales. En esta medida, estos derechos fundamentales revisten una peculiaridad en su contenido significativo, encontrándose estructuralmente remitidos a un *status* procesal. Sin embargo, también derechos fundamentales de carácter no procesal experimentan una reinterpretación que los acerca a la concepción de un *due process* de la «participación en el procedimiento de conformación y asignación de bienes, oportunidades vitales y calidad de vida». Vistas las cosas en una perspectiva más global, de lo que se trata es de la «realización y aseguración de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento». Esto es lo que ha venido produciéndose desde hace tiempo en especial:

- por lo que hace a la protección de la personalidad, en el artículo 2, en relación con el artículo 1, ambos de la Ley Fundamental;
- por lo que respecta a la objeción de conciencia relativa al servicio militar, en el artículo 4 LF;
- en lo concerniente a la radiotelevisión, en el artículo 5.1 LF;
- en orden a las escuelas superiores de carácter científico (universidades), en el artículo 5.3 LF;

- en lo concerniente al deber de asistencia de los padres, en el artículo 6 LF;
- por lo que hace a las escuelas privadas, en el artículo 7.4 LF;
- en lo relativo a la cogestión en las fábricas y empresas, así como al sistema de convenios colectivos, en el artículo 9.3 LF;
- en lo relativo al acceso a la educación superior, en el artículo 12 LF;
- en lo relativo a las ventas forzosas en régimen de subasta, en el artículo 14 LF.

c) Recientemente se está procediendo a derivar del aspecto jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, sobre todo, deberes y mandatos protectores de los poderes públicos y, en especial, del legislador.

Comúnmente, la idea de la activación de los deberes protectores del Estado en el campo de los derechos fundamentales, sobre todo frente a intromisiones de terceros en los bienes jurídicos que los derechos fundamentales protegen, se imputa a la llamada «sentencia de la interrupción del embarazo» del Tribunal Constitucional Federal (TCF). De hecho, la idea de la función protectora de los derechos fundamentales ya se había expresado, sin embargo, en decisiones anteriores. En el fondo, el pensamiento ya se había explicitado en una resolución de 19 de diciembre de 1951, si bien en referencia exclusiva al artículo 1.1 LF, donde se contiene expresamente la función protectora. El artículo 1.1, inciso 2, LF dice: el Tribunal Constitucional Federal, «compromete al Estado ciertamente a la acción positiva de “proteger”, pero esta protección no quiere decir protección frente a la necesidad material, sino frente a los ataques a la dignidad humana por parte de otros, tales como la opresión, la estigmatización, la persecución, el desprecio, etc.». Durante mucho tiempo este enfoque no recibió mayor atención. Sólo mucho más tarde se puede leer en una sentencia del TCF, en la sentencia sobre las universidades, de 29 de mayo de 1973, lo siguiente: «Esta decisión valorativa (la del art. 5.3 LF) no significa sólo el rechazo de las intromisiones estatales en el ámbito propio de la ciencia; lo que hace más bien es asegurar la actuación del Estado, que se entiende a sí mismo como un estado de cultura, en pro de la idea de una ciencia libre y su cooperación y le compromete a ordenar su acción positivamente en orden a ello, esto es: a prevenir, tanto por la vía de la protección como por la vía del momento, un socavamiento de esta garantía de libertad.»

6. El artículo 1.3 LF confirma no sólo a los derechos fundamentales en cuanto un derecho de vigencia inmediata a partir del cual se pueden derivar títulos jurídico-objetivos, sino que también designa aquellas personas que se encuentran vinculadas o comprometidas por los mismos derechos fundamentales: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Los poderes del Estado han de estar vinculados por los derechos fundamentales; constituyen, pues, los destina-

tarios de la vinculación. La renovación fundamental que la cláusula vinculatoria experimenta a todo ello es la inclusión del poder legislativo, que era sólo excepcional antes de la Ley Fundamental. Frente al poder del Estado no debería de haber ya ningunos espacios exentos para la acción de los derechos fundamentales; la vinculación a los derechos fundamentales tiene vocación de ser exhaustiva. De esta manera, la idea fundamental del artículo 1.1, inciso 2, LF experimenta una concretización válida para todos los derechos fundamentales. Sin embargo, aún quedan cuestiones dudosas en orden a esta «norma directriz» (BVerfGE 31, 72) del carácter vinculante de los derechos fundamentales. Estos aspectos dudosos se presentan sobre todo en los siguientes ámbitos:

- actuación del Estado en campos de acción propios del derecho privado;
- vinculación a los derechos fundamentales en actuaciones relacionadas con el extranjero;
- vinculación a los derechos fundamentales de las demás personas jurídicas de derecho público;
- vinculación a los derechos fundamentales de las Iglesias;
- vinculación a los derechos fundamentales de las organizaciones «socialmente relevantes»;
- vinculación a los derechos fundamentales de los sujetos de derecho privado en sus relaciones recíprocas.

III

1. De la condición de los derechos fundamentales como derecho objetivo que contiene una base para pretensiones jurídico-subjetivas se deriva directamente la propia idea de su imponibilidad. Sólo en esta fuerza de imposición se completa la positividad del derecho. La institución que sirve para imponer el derecho en casos dudosos está representada en el Estado de derecho por los tribunales. El poder judicial garantiza no sólo la protección jurídica de los individuos, a través de la cual se impone sobre todo el aspecto jurídico-subjetivo de los derechos fundamentales, sino que garantiza también la observancia de los contenidos jurídico-subjetivos ínsitos en los derechos fundamentales. Considerando la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, esta protección jurídica también resulta eficaz frente al poder legislativo. De esta manera la Ley Fundamental fortalece claramente a los derechos fundamentales en comparación con anteriores Constituciones. Entre los tribunales a los que se confía la imposición de los derechos fundamentales destaca el Tribunal Constitucional Federal.

«El nivel hoy existente en los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania no se habría alcanzado sin jurisdicción constitucional.» Mediante la acción de este Tribunal se ha acometido en

treinta y seis años una labor para la cual el Tribunal Supremo de los EE. UU. necesitó un tiempo considerablemente más dilatado.

Por lo que hace a los derechos subjetivos, el artículo 19.4 LF ha establecido expresamente que en caso de su vulneración por los poderes públicos se puede recurrir a la protección de los Tribunales, garantizando así la posibilidad de apelación a los Tribunales también en el caso de los derechos fundamentales, que se concede también, asimismo, como un derecho fundamental básico (de carácter procesal). El artículo 19.4 no dice más que se ha de garantizar la protección de los Tribunales. A la legislación procesal se confía la determinación del Tribunal competente en cada caso. De manera subsidiaria, el artículo 19.4, inciso 2, LF remite a los tribunales ordinarios. El artículo 19.4 LF constituye una emanación, en forma jurídico-subjetiva, del principio de Estado de derecho.

2. Además, el artículo 93.1, número 4 a, LF, en conexión con los artículos 90 y siguientes de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional Federal, garantiza una protección jurídica específica para todos y cada uno de los ciudadanos en el caso de violaciones de los derechos fundamentales. De esta manera, los derechos fundamentales, en consonancia con su rango de derechos constitucionales, han de imponerse también por aquel tribunal que ha sido instituido especialmente para la realización del derecho constitucional. Esta «vía extraordinaria de protección» que constituye el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal puede ser accionada por cualquier persona frente a medidas de los poderes públicos en el caso de que se consideren vulnerados sus derechos fundamentales y siempre y cuando se haya agotado la vía judicial previa. El hombre y el ciudadano se encuentra, pues, incluido en la sanción constitucional de los derechos fundamentales junto a los órganos constitucionales. En términos cuantitativos, el recurso de amparo constituye el tipo de procedimiento que ocupa con la mayor intensidad al Tribunal. Por esta razón, el legislador y el propio Tribunal han establecido barreras procesales que convierten al recurso de amparo en la *ultima ratio* de la protección jurídica. Conforme a todo ello, el recurso de amparo, junto al control de normas establecido en el artículo 100.1 LF, ha sido un factor determinante de la fuerza de plasmación y efectividad de los derechos fundamentales. El hecho de que los derechos fundamentales hayan alcanzado hoy en el pueblo alemán una alta popularidad, fuerza integrativa y capacidad de suscitar consenso se debe en lo esencial al despliegue que de estos derechos ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional Federal en virtud del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal no es sólo supremo garante y protector de los derechos fundamentales, sino que a un mismo tiempo «se ha convertido en elemento de su impulsión y despliegue». Más allá del «efecto casacional casuístico» del caso concreto, el recurso de amparo posee un «efecto educativo general», válido para todos los órganos del Estado; a un mismo tiempo, su tarea es la de «garantizar el derecho constitucional objetivo y servir a su interpretación y desarrollo».

IV

1. Los derechos fundamentales surgieron intelectual e históricamente como derechos del hombre, de las personas naturales (cfr. art. 1.1 LF), pero que también son al mismo tiempo ciudadanos (*citizen, citoven*) de un Estado (cfr. art. 1.2 LF). Se encuentran dentro de la tradición del derecho natural cristiano y secular, de la Ilustración, del humanismo y del constitucionalismo democrático liberal. El constitucionalismo de los derechos fundamentales que ha venido desarrollándose desde los comienzos del siglo XVIII se ha transformado en una base de legitimación del Estado constitucional (occidental). Como quiera que los derechos fundamentales en primera línea tratan de proteger esferas jurídicas del hombre y del ciudadano frente al dominio de los órganos del Estado, los legitimados por las normas en que se contienen los derechos fundamentales lo son lógicamente aquellos contra los cuales se dirige el poder estatal constituido en la propia Ley Fundamental: hombres y ciudadanos, todas las personas, ya sean los nacionales, sometidos permanentemente a ese dominio político, o los extranjeros, que sólo azarosamente se encuentran bajo su acción. La detentación de derechos fundamentales, la legitimación para usar de ellos o, dicho más simplemente, la titularidad de derechos fundamentales tiene, pues, una vocación radical de amplia generalización. Esto vale en cualquier caso por lo que hace al Estado constitucional democrático liberal en oposición a los Estados comunistas, que por regla general sólo legitiman a sus propios ciudadanos en contradicción con el origen universalista de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales y las situaciones jurídicas análogas previstas en la Ley Fundamental se atribuyen en la mayor parte de los casos a todos los hombres o personas (arts. 1 a 7, 10, 13, 14, 16.2 —inc. 2—, 17, 19, 101, 103, 104, todos de la Ley Fundamental).

Sin embargo, el sistema de derechos fundamentales de la Ley Fundamental contiene desviaciones de esta regla, tanto de carácter restrictivo como de carácter ampliatorio.

a) Determinados derechos fundamentales o situaciones jurídicas similares corresponden sólo a alemanes (ciudadanos alemanes y pertenecientes a la comunidad popular alemana conforme al art. 116 LF). Es el caso de estos derechos políticos que tratan de garantizar la participación activa en el proceso de formación de la voluntad estatal: derecho de sufragio activo y pasivo (art. 38.1 y 2 LF), la igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos, así como del acceso de los cargos públicos (art. 33 LF), la propia ciudadanía (art. 16 LF). Por otra parte, también algunos derechos del *status negativus* y del *status positivus* se conceden sólo a alemanes: artículos 8, 9.1, 11, 12 LF.

b) De manera aislada determinados preceptos del catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental llevan consigo, por razón de su propio contenido, una protección también de las asocia-

ciones de individuos, como lo muestran los artículos 4, 5, 8, 9, 104 LF, sin mencionar, por lo demás, de modo expreso a las personas jurídicas. En anteriores Constituciones sólo había regulaciones aisladas en relación con personas jurídicas determinadas. Así, el artículo 184 de la Constitución del *Reich* de 1849 garantizaba derechos de autonomía a los municipios, entendiéndolos como derechos fundamentales de su Constitución; algunas Constituciones de los *Länder* protegían parcialmente también el patrimonio de las Iglesias. Además, se concedían derechos de carácter procesal. Sin embargo, en el fondo los grandes documentos-constituciones, por lo que hace a la titularidad de los derechos fundamentales, pensaban exclusivamente en el hombre y en el ciudadano. Las personas naturales o físicas eran los sujetos «originarios» de los derechos fundamentales.

2. También en la propia doctrina alemana de los derechos fundamentales sólo se aceptaba aisladamente una titularidad de las personas jurídicas en orden a los derechos fundamentales. Sólo el artículo 19.3 acertó a crear claridad al respecto, en la medida en que amplió la vigencia de los derechos fundamentales «también para personas jurídicas nacionales, en tanto en cuanto los derechos fundamentales le resulten aplicables por su propia índole». Esta ampliación de la titularidad de los derechos fundamentales ha de contemplarse como un significativo elemento integrador del modo de entender los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. El círculo de los titulares de derechos fundamentales así, pues, se ha extendido más allá de lo previsto de los artículos 1.1 y 1.2 LF, si bien ello se ha producido en una forma que no ha sido en todos los casos clara. Esto vale sobre todo en lo que hace a la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas de derecho público.

V

1. Si el sentido de los derechos fundamentales lo constituye la protección y garantía de las posiciones jurídicas fundamentales de las personas y de sus agrupaciones, la esfera jurídica o el espacio de desarrollo circunscrito por la norma en que se contiene un derecho fundamental ha de ser garantizado como un ámbito de protección. El Tribunal Constitucional Federal habla de la «sustancia material» de los derechos fundamentales, algo que ha de comenzar por averiguarse en cada caso. Esta sustancia material se encuentra delimitada en términos amplios, como sucede, por ejemplo, en los artículos 2 y 3 LF, o en términos restrictivos, como sucede, por ejemplo, en el artículo 8 («pacíficamente y sin armas»), mientras que en otros casos requiere de una delimitación más concreta por vía legal para ser efectivos, como sucede, por ejemplo, con el caso de la familia, el matrimonio, la propiedad, etc. Dentro de este ámbito de protección tiene lugar el ejercicio jurídicamente garantizado de los derechos fundamentales.

a) El ejercicio de los derechos fundamentales, sin embargo, choca en la vida comunitaria con asuntos de interés individual y de interés comunitario. El ejercicio de los derechos fundamentales requiere, por ello, una delimitación frente a la esfera jurídica de los otros titulares de derechos fundamentales (cfr. art. 2.1: los derechos de los demás) y a la esfera constituida por los bienes jurídicos y las tareas de la comunidad (cfr. art. 2.1 LF: «el orden constitucional»). Lo que subyace a los derechos fundamentales no es sólo una imagen del individuo aislado, sino la imagen de una persona situada dentro de una comunidad (cfr. art. 1.2 LF). «Los elementos definitorios de los derechos fundamentales y sus límites constituyen estructuras fundamentales de nuestro ordenamiento de los derechos fundamentales.» Constituyen importantes elementos integradores que no han de pasarse por alto en la interpretación, sino que más bien han de continuar siendo elementos esenciales del acervo argumentativo de los propios derechos fundamentales.

b) La comunidad está representada en primer término, y ante todo, por el Estado. Por ello, a la hora de desarrollar los derechos fundamentales se ha de atender a los intereses comunitarios que el propio Estado asume. Dichos intereses se encuentran garantizados las más de las veces en términos igualmente constitucionales. «El derecho fundamental ha de proteger la libertad del individuo, mientras que la reserva regulativa ha de procurar una protección suficiente de los intereses de la comunidad.» Sin embargo, en la vida de la comunidad no es sólo el Estado quien ha de realizar objetivos que eventualmente pueden ir en dirección contraria a los derechos fundamentales. También las esferas de los individuos legitimados por los derechos fundamentales requieren una delimitación entre sí. Precisamente porque los derechos fundamentales procuran un espacio para las más diversas actuaciones de los individuos se hace necesario prevenir los conflictos que puedan producirse como consecuencia del ejercicio de los derechos fundamentales. A la delimitación de la esfera propia del Estado y a la fijación de los contornos dentro de los cuales los individuos pueden utilizar los derechos fundamentales sirven las limitaciones de los derechos fundamentales fijadas en parte en la propia Constitución o establecidas por el legislador. Estas barreras de los derechos fundamentales, por lo demás, pueden ser a su vez objeto de limitación (las llamadas barreras de las barreras o límites de los límites). Los factores integrativos se encuentra así, pues, ordenados en un triple nivel: esfera de protección de los derechos fundamentales o supuesto fáctico de los derechos fundamentales; límites impuestos directamente por la Constitución o admitidos por las leyes; y límites de los límites.

2. La fijación de límites de los derechos fundamentales figura entre las partes más difíciles y más discutidas del sistema jurídico de los derechos fundamentales. A la vista de la incrustación de la persona humana de una comunidad estatal se plantea la cuestión fun-

damental de la asignación de los derechos, que pertenecen a la persona humana, y de las competencias, que son propias del Estado. Se trata de los derechos individuales y de las limitaciones suyas que van condicionadas por la convivencia humana o por razones de socialidad. En esta relación de tensión no debe olvidarse nunca que todos los derechos fundamentales, aunque procedan de los derechos naturales de la persona humana, tienen como condición previa, por una parte, la existencia del Estado, que los garantiza y asegura. Sin embargo, por otra parte, es precisamente este Estado el que potencialmente es también el más fuerte opositor a los derechos fundamentales. Sólo una ponderación sutil y diferenciada entre el ámbito de protección o garantía concedido por los derechos fundamentales y las barreras o límites de éstos pueden representar una salida de este dilema. Muy frecuentemente los preceptos en que se contienen los derechos fundamentales se encuentran contruidos en las pautas de un modelo de «sí - pero». A un amplio ámbito de protección, por una parte, sigue una reserva de ley general o especialmente acentuada. Sin embargo, en la generalidad de los casos, este sistema simplista ha dejado de hacer justicia a los diferenciados fenómenos de ponderación que la propia naturaleza de cosas viene a exigir.

a) Esto vale especialmente en lo que concierne a la pregunta por los límites que dimanan directamente de la Constitución, sobre todo en aquellos preceptos de derechos fundamentales que por razón de su tenor se encuentran garantizados sin ninguna reserva, como, por ejemplo, los artículos 4, 5.3 —inc. 1—, 16.2 —inc. 2— LF. En este punto prenden muchas cuestiones litigiosas. Es seguro que en estos derechos fundamentales la propia Constitución ha de brindar la limitación. «En atención a la unidad de la Constitución y al orden general de valores protegidos por ella, la mera existencia de derechos fundamentales de terceros que puedan entrar en colisión y otros valores jurídicos a los que se confiere rango constitucional permite que en determinadas relaciones se proceda a una limitación también de derechos fundamentales reconocidos como ilimitables.» En esa medida, pues, quedan cuestionadas instituciones garantizadas por la Constitución tales como el funcionariado de carrera, el ejército federal, la escuela, los centros penitenciarios, las llamadas relaciones especiales de sujeción o de *status* especiales clásicas, con respecto a las que los artículos 12 a y 17 a LF disponen en parte limitaciones expresas de los derechos fundamentales, los monopolios financieros, las definiciones estructurales del Estado y sobre todo los propios preceptos constitucionales en que se proclaman los derechos fundamentales. En la práctica no debería resultar posible ya imaginar bienes jurídicos no escritos dignos de protección. En todos los casos los derechos fundamentales y el bien jurídico constitucional limitativo de los derechos fundamentales deberían experimentar un proceso de recíproca ponderación. Esta ponderación ha de llevarse a cabo sobre el principio del «arreglo menos perjudicial» o de la «generación de concordancia práctica», atendiendo siempre a la interdicción del exceso. A este criterio se

orienta en esencial también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

b) En la mayoría de los preceptos que contienen derechos fundamentales se encuentran, sin embargo, con una forma expresiva terminológicamente diversa, reservas legales de regulación o de limitación contorneadas en términos generales o materiales. Mediante estas reservas la Constitución permite que también el legislador intervenga en la conformación y las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata con ello de unas posibilidades limitativas permitidas por la Constitución.

c) El ejercicio de las reservas constitucionales expresas o inmanentes se encuentra vinculado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal a otras premisas adicionales en virtud del principio de Estado de Derecho y del principio democrático. Por razón de la prohibición del exceso, la intervención del legislador en el ámbito de protección de los derechos fundamentales ha de ser adecuada, necesaria y proporcional. La llamada teoría de la esencialidad exige, además, que, en lo que hace al ámbito de los derechos fundamentales, las cuestiones esenciales, «también en la medida en que no constituyan intervenciones», hayan de ser objeto de decisión en lo básico por el órgano legislativo parlamentario. La así entendida «nueva» reserva legal se transformaba acto seguido en reserva parlamentaria, según la cual lo «esencial» ya no puede ser resuelto en virtud de un apoderamiento legal por el titular de potestad reglamentaria, sino que ha de ser regulada en la propia ley. En todos los casos de afectación sustancial de derechos fundamentales esto significa la necesidad de una ley formal y proporcional. De esta manera ya se tornan visibles los límites constitucionales de los límites de los derechos fundamentales. La Ley Fundamental los ha potenciado, mediante regulaciones específicas y expresas, incluso más allá de lo que había sido usual en anteriores Constituciones, tal y como lo ponen de manifiesto la prohibición de las leyes singulares e individuales en el artículo 19.1, inciso 1, LF y la obligación de mención expresa impuesta en el artículo 19.1, inciso 2, LF. Sin embargo, ambos preceptos han perdido significación a través de una jurisprudencia relativizadora del Tribunal Constitucional Federal.

3. Más significativo es el límite material trazado a las limitaciones de los derechos fundamentales por obra del artículo 19.2 LF. La invulnerabilidad de un contenido nuclear de los derechos fundamentales no es manifiestamente una innovación del constituyente de la Ley Fundamental. En términos generales ya había sido adoptada por Carl Schmitt en lo que hace al contenido nuclear de la Constitución y de las garantías constitucionales. Lo que se pretende es salir al paso del peligro del vaciamiento de los derechos fundamentales a causa de la multiplicidad de reservas legales existentes en el catálogo weimariano de los derechos fundamentales. «Todos los derechos fundamentales auténticos —así fundamentaba Carl Schmitt sus tesis— son derechos

fundamentales absolutos, esto es: no se garantizan “a medida de la ley”, su contenido no deriva de la ley, sino que la intervención de la ley se presenta como excepcional, y ciertamente como una excepción por principio limitada, mensurable y regulada en términos generales.» Un paso más es el que dieron A. Hensel y Erich Kaufmann cuando destacaron la «idea valorativa ínsita» en los derechos fundamentales o «el concepto material de valor» que significaba un límite regulativo para el legislador.

La abusiva limitación y suspensión de los derechos fundamentales durante el período nacionalsocialista fue la piedra de toque que condujo a un aseguramiento material del «contenido esencial» de los derechos fundamentales.

De modo sorprendente, sin embargo, el precepto, a pesar de su rígida formulación («en ningún caso podrá... ser violado»), no encontró ni en la bibliografía ni en la Jurisprudencia la atención que merecía. Incluso el Tribunal Constitucional Federal sólo lo mencionó en raras ocasiones y más bien de modo marginal, habiendo casi prescindido de él en las decisiones más recientes. La argumentación se apoya con más intensidad en la prohibición del exceso. En líneas generales, en torno al contenido esencial de un derecho fundamental y de la significación del artículo 19.2 LF como límite de límites existe «un profundo disenso dogmático». Por el tenor literal, la posición sistemática y la intención del constituyente, empero, este precepto constituye una norma esencial para el sistema de los derechos fundamentales. En cualquier caso, no es fácil captar cuál sea el contenido de este contenido esencial específico de cada derecho fundamental.

El objeto de protección lo constituye el contenido esencial específico del derecho fundamental en cuestión, esto es: los elementos identificativos y tipificadores de ese derecho fundamental. De modo similar al ámbito nuclear de las garantías institucionales, esto exige la búsqueda de lo esencial del derecho fundamental y la delimitación frente a sus partes accidentales. De lo que se trata es —entendido en términos espaciales— de un núcleo interno que se encuentra protegido frente a la capa exterior. Este núcleo interno del supuesto fáctico de los derechos fundamentales es objeto de una protección absoluta. Los factores que determinan este núcleo del derecho fundamental no pueden fijarse con carácter general, sino que han de averiguarse separadamente para cada derecho fundamental.

VI

1. Históricamente los derechos fundamentales han surgido como zonas de protección de posiciones jurídicas individuales especialmente amenazadas por el poder del Estado. Este enfoque podría llevar erróneamente a la suposición de que el sistema de protección de los derechos fundamentales fuera en principio sólo de carácter ejemplar, pero en todo caso no exhaustivo. Debería ser dudoso si esto ha

sido así alguna vez; ya el capítulo I de *Bill of Rights* de Virginia, de 12 de junio de 1776, enumeraba *namely*, esto es: nominativamente, derechos concretos. También el artículo 4 y el artículo 5 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 parten de un derecho de libertad de carácter general. Cuando el artículo 2.1 de la Ley Fundamental —según la doctrina del Tribunal Constitucional Federal, que hoy también ha recibido la aceptación de la doctrina científica— viene entendido como derecho fundamental de la «libertad general de acción», como «derecho capital de libertad», esto no se encuentra en modo alguno fuera de toda la tradición de los derechos fundamentales.

2. En este sentido, el artículo 2.1 LF, según la interpretación actual, significa dentro del sistema de los derechos fundamentales un «derecho fundamental residual» para todas las libertades innomiadas no reguladas especialmente o garantizadas de modo individual. Esta es una línea que el Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado de modo diverso como, por ejemplo, con la libertad de salida del país, la libertad de contratación y la llamada autodeterminación informacional.

En conexión con el artículo 1.1 LF, el artículo 2.1 LF sirve también al desarrollo de un derecho fundamental general de la personalidad y como garantía de la esfera privada.

Esta importante significación del artículo 2.1 LF no se ha visto, empero, libre de cuestionamiento.

A pesar de ciertos riesgos, la posición del Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, es correcta. El artículo 2.1 es un «derecho general de libertad de carácter suplementario» dentro de un sistema de derechos fundamentales que en lo esencial completa tanto positiva como negativamente la protección de la libertad. Este precepto constituye lo que hemos llamado un derecho fundamental residual. Esta «posición residual del artículo 2.1 LF tiene una virtualidad que no es tan sólo de cierre del sistema, sino también de apertura del mismo, en la medida en que abre el orden de los derechos fundamentales de modo permanente a los procesos reales “contemporáneos” de la libertad y a sus transformaciones».

VII

La idea de los elementos más importantes conformadores del sistema alemán de derechos fundamentales permite apreciar varios puntos en común con el sistema de derechos fundamentales de la Constitución española, sobre todo la vinculación de todos los poderes del Estado a los derechos fundamentales. Interesante me parece la circunstancia de que, en oposición a la Ley Fundamental, la Constitución española, en su artículo 9.1, ha previsto una vinculación que tiene validez también para las relaciones que las personas particulares mantienen entre sí. Por lo que hace a esta eficacia horizontal frente a

terceros, en la práctica, sin embargo, existe una diferencia frente a la vinculación a que se ven sujetos los poderes del Estado, si he acertado a entender correctamente la bibliografía al respecto. Desde el punto de vista material, pues, no parece que debiera haber una gran diferencia con respecto a la vinculación indirecta o mediata propia del sistema de la Ley Fundamental. También el problema de las limitaciones de los derechos fundamentales por la vía de limitaciones y reservas legales directamente establecidas en la Constitución, así como la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales que se contiene en el artículo 53.1, inciso 2, de la Constitución española ofrece una regulación que en lo esencial resulta coincidente, pero sobre todo la protección de los derechos fundamentales se encuentra confiada en igual medida a los Tribunales y, en especial, al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo previsto en el artículo 162.1.b) de la Constitución española. Para ambas Constituciones vale el principio de que los derechos fundamentales constituyen un elemento nuclear de la ordenación de la comunidad bajo un Estado de derecho democrático-liberal. En efecto, tal y como ya se formuló hace más de doscientos años, los derechos fundamentales son *basis and foundation of government*. ¡Que así continúe siendo largamente en nuestros dos países!

(Traducción: Jaime NICOLÁS MUÑIZ.)

**III. SEMINARIOS DEL CENTRO
DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**

