

PROBLEMATICA GENERAL DE LAS INSTITUCIONES DE GARANTIA

PECULIARIDAD Y FUNCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRATICO

Por HANS-PETER SCHNEIDER

Libertades fundamentales y derechos ciudadanos no son ningún descubrimiento del momento presente. Sin embargo, ahora se les otorga un reconocimiento universal, merecido desde hace tiempo. Difícilmente un Estado constitucional o cualquier orden social puede renunciar hoy a garantizar los derechos fundamentales o, al menos, a proclamarlos. Son discutibles todavía, a lo sumo, su aplicabilidad, su funcionamiento y jerarquía, pero no el principio de la necesidad de protección y de su garantía jurídico-positiva. En la República Federal de Alemania los derechos fundamentales representan incluso un derecho directamente aplicable, que obliga y vincula directamente a todos los poderes del Estado. La gran significación y el profundo influjo de tales «garantías constitucionales» en la vida cotidiana de los hombres se puede demostrar mejor con algunos ejemplos prácticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal:

— Una ley federal había suprimido la penalización del aborto. El Tribunal, remitiéndose a los derechos fundamentales, corrigió la decisión de la mayoría parlamentaria: el legislador estaba obligado a proteger la vida humana con todos los medios estatales, también con la ayuda del Derecho penal (1).

— Para dominar la afluencia a la Universidad de promociones de jóvenes de los años fuertes en nacimientos, algunas Universidades habían dispuesto una limitación de admisiones. El Tribunal revocó estas medidas y obligó a los Estados Federados a una regulación unitaria mediante un convenio estatal: el derecho fundamental a la libre elección del puesto de for-

(1) BVerfGE 39, 1 (35 y sigs.).

mación garantizaba también la «participación en prestaciones estatales» (aquí el libre acceso a la Universidad) y contenía además un «mandato constitucional para la provisión de suficientes plazas de formación» (2).

— Una persona gravemente enferma había muerto porque él y sus familiares se habían negado, por convicción religiosa, a que se le realizase una transfusión de sangre necesaria. A consecuencia de ello los familiares fueron condenados por omisión de ayuda. El Tribunal Constitucional Federal revisó esta sentencia basándose en que la justicia había ignorado el «efecto irradiador» del derecho fundamental a la libertad de creencia y de conciencia, que en este caso prevalecía sobre el derecho del Estado a castigar.

Tales sentencias proceden de los últimos diez años y ofrecen un testimonio elocuente de la fuerza con que los derechos fundamentales pueden determinar la legislación, la administración y la jurisdicción, ejerciendo una influencia, a través del Tribunal Constitucional Federal, sobre la vida de los hombres.

España ha previsto en su nueva Constitución, con su amplio catálogo de derechos fundamentales, con el recurso de amparo y con el Tribunal Constitucional, instituciones semejantes a las de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Por ello, puede resultar sugestivo y revelador estudiar la peculiaridad y función de los derechos fundamentales en la tradición constitucional alemana haciendo referencias, en la medida de lo posible, a paralelismos y correspondencias con la Constitución española.

I

APARICION Y EVOLUCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Mientras que las raíces históricas de los derechos fundamentales se hunden hasta la Antigüedad, su nacimiento y desarrollo como garantías jurídicas individuales están ligados inseparablemente al desarrollo del Estado moderno, que, por su parte, viene acompañado por la formación de una sociedad civil, así como por el descubrimiento del hombre como persona individual y poseedor de derechos naturales. La Edad Media conoció solamente privilegios estamentales, fueros y libertades corporativas, estando mediatizada la posesión de las mismas por el nacimiento, la ascendencia familiar y la tradición. El hombre, inserto en una estable organización de la vida, estaba determi-

(2) BVerfGE 33, 303 (329 y sigs.).

(3) BVerfGE 32, 98 (106 y sigs.).

nado en todas sus relaciones sociales y jurídicas por su adscripción estamental, que, al mismo tiempo, caracterizaba la estructura de la dominación feudal bajo la forma de servicios personales, de vasallaje y de protección (4). Sólo la quiebra de este orden social medieval, la creación de poderes centrales del Estado, el desarrollo de una organización administrativa, judicial y militar territorial, así como la transformación de las dependencias personales en relaciones económicas y laborales agudizaron la mirada en torno a la dignidad natural de la persona individual e instaron a reconocer derechos humanos inalienables para poder asegurar estas conquistas.

1. *Derechos fundamentales y derechos humanos*

Aunque no se puede narrar aquí con todo detalle la historia de los derechos humanos, hay que hacer referencia a dos líneas de la tradición que han contribuido de manera decisiva, y entrelazadas entre sí, a la formación de las garantías modernas de los derechos fundamentales: la secularización del derecho natural y la individualización de privilegios estamentales. La secularización del derecho natural fue introducida por la teoría de los valores objetivos de la escolástica española del siglo de Oro. Francisco de Vitoria, Gabriel Vázquez y Francisco Suárez liberaron, con gran penetración intelectual, al derecho natural medieval de sus ataduras nominalistas e introdujeron en vez de la voluntad divina la «naturaleza o la razón de la cosa». Con ello nació, mucho antes de Grocio, el derecho natural profano y sentaba, como «derecho racional», los fundamentos de un derecho natural e internacional de la humanidad (5). Como seguidor de los españoles Grocio dedujo el derecho natural a partir de la naturaleza racional del hombre, lo conformó sistemáticamente de acuerdo con el «dictamen *rectae rationis*» y lo utilizó prácticamente en su teoría de la propiedad en concreto. Con Pufendorf, Hobbes y Locke los derechos naturales del individuo a la vida, libertad y propiedad se convirtieron gradualmente en derechos humanos universales.

Junto a esta secularización del derecho natural se consumó una transformación de las libertades estamentales, tal como estaban recogidas en la Carta Magna (1215) o incluso en el Acuerdo de Tübingen (1514), en derechos individuales a la seguridad personal y a la independencia, que el poder del Estado, encarnado por los respectivos señores territoriales, tenía que respetar.

(4) Cfr. HANS MAIER: *Die Grundrechte-Geschichte und Problemaufriss*, en «*Politische Bildung*» 8 (1975), Heft 2, págs. 3 y sigs.

(5) Así, HANS WELZEL: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., Göttingen, 1962, págs. 89 y sigs.

Mientras que en Inglaterra las polémicas revolucionarias entre Corona y Parlamento daban a luz las primeras garantías jurídico-políticas frente a la detención arbitraria, expropiación y destierro (véanse la «Petition of Rights» de 1628, las Actas del «Habeas-Corpus» de 1679 y el «Bill of Rights» de 1689), en el Continente las guerras de religión conducían a la formulación de los derechos a la libertad de conciencia y de creencia, a la igualdad jurídica, a la libre expresión de las opiniones y a la libertad de residencia (cfr. la Paz de Augsburgo de 1555 y la Paz de Westfalia de 1648). Estas garantías jurídicas, con mayor fuerza incluso que los postulados iusnaturalistas, tenían principalmente por finalidad una limitación y moderación inmediatas del poder del Estado.

A finales del siglo XVIII ambas líneas desembocaron conjuntamente en las grandes declaraciones de los derechos humanos que están al comienzo de la época constitucional. De la misma manera que la declaración de independencia de los Estados Unidos de América no se puede pensar sin el «Bill of Rights» de Virginia (1776), difícilmente se puede imaginar la Revolución francesa sin la «Declaration des droits de l'homme et du citoyen» (1789). Por primera vez se recogen aquí los derechos humanos en un catálogo completo y se califican de «inviolables» e «inalienables». En contraposición a las posteriores garantías jurídicas de los textos constitucionales, aquí todavía aparece de manera inequívoca y en un primer plano el carácter contractual de los derechos humanos. Finalmente, encuentra su continuación contemporánea en las declaraciones de derechos humanos del Derecho internacional de este siglo, como la de las Naciones Unidas (véanse la Declaración universal de derechos humanos de 1948, así como el Pacto sobre derechos civiles y políticos y el Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1966) o la del Consejo de Europa (cfr. la Convención Europea de 1950), que, tras serias catástrofes de repercusión mundial, deben servir para volver a considerar los primeros derechos y necesidades del hombre.

(6) Para esto, FRITZ HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1.776 bis zur Gegenwart*, Göttingen, 1964, págs. 9 y sigs. Además, GERHARD OESTREICH: *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, en *Die Grundrechte*, ed. por Betterman, Neumann, Nipperdey, Band I, 1, Berlín, 1966, págs. 1 y sigs.

2. *Derechos fundamentales como garantías constitucionales*

Con las declaraciones de derechos humanos en el siglo XVIII comienza una etapa que se puede caracterizar como constitucionalización de los mismos (6). Los derechos humanos universales se convierten, al menos parcialmente, en «derechos de los ciudadanos» y garantías constitucionales, que sólo les eran reconocidos a los nacionales de los respectivos Estados. En relación con esto no sólo había una delimitación del círculo de personas dotadas de derechos, sino también una ampliación del campo de aplicación de su contenido. Se fueron añadiendo los derechos políticos como el derecho al voto, libertad de prensa, de reunión y de asociación, que sólo podían concederse a ciudadanos de un Estado dada la dispersión de Estados nacionales en el siglo XIX y teniendo en cuenta las aspiraciones crecientes de capas burguesas a una participación política. Donde no tuvo lugar ninguna revolución, como en Alemania, los derechos del hombre y del ciudadano fueron «garantizados» graciosamente por los señores territoriales que entendían las Constituciones mismas como un «regalo» de la autoridad.

La evolución de Alemania en este campo transcurrió realmente con poco dramatismo. Los primeros catálogos de derechos fundamentales los recogieron las Constituciones de los Estados del Sur (Baviera, 1818; Baden, 1818, y Württemberg, 1819), a los que siguieron en los años treinta algunos Estados del Centro y Norte de Alemania. Posteriormente iban a ser garantizados los derechos fundamentales, con mayor amplitud, a todos los alemanes con la constitución del Parlamento de la Paulskirche de Frankfurt en 1849, que había sido elaborada, por vez primera, por una Asamblea Nacional libremente elegida, pero que, sin embargo, nunca entró en vigor. Como Prusia recogió en su Constitución de 1850 las garantías de los derechos fundamentales —siendo uno de los últimos Estados alemanes en hacerlo—, la Constitución del Reich de 1871, concebida como un tratado federativo entre los príncipes, podía renunciar al reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano. Su garantía se encomendaba exclusivamente a las constituciones de los Estados particulares. Tan sólo la Constitución de Weimar de 1919 contenía en su segunda parte «derechos y deberes fundamentales de los alemanes», divididos en párrafos sobre la persona individual, la vida comunitaria, formación y enseñanza, así como sobre la vida económica, a los que se dotaba de fuerza coactiva con vinculación jurídica y del carácter de principios programáticos, de normas fundamentales y de reglas de interpretación.

Frente a esto, la Ley Fundamental de 1949 garantiza los derechos fundamentales en su primer artículo como «derecho directamente aplicable», al

que quedan vinculados el legislador, el poder ejecutivo y la jurisdicción. Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos. Para su garantía se abrió al ciudadano la posibilidad de acceder a la vía judicial en caso de una violación de sus derechos fundamentales e interponer por último el recurso de amparo. Desde entonces la tarea de la protección de los derechos fundamentales es una parte esencial del Tribunal Constitucional Federal.

II

PECULIARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta breve mirada retrospectiva sobre la aparición y evolución de los derechos fundamentales permite ya reconocer con mayor exactitud varias capas de significación que se han ido sedimentando a lo largo del tiempo y presentan hoy la peculiaridad específica de las garantías de los derechos fundamentales. Concebidos originariamente como derechos naturales del individuo con carácter preestatal debían garantizar al hombre, en primer término, una protección frente al excesivo poder estatal. A estos derechos de protección individual pronto se le sumaron, como su reflejo objetivo, las correspondientes obligaciones de seguridad y protección por parte del Estado. El empuje de la burguesía hacia la participación en la vida política y hacia una actividad económica libre, condujo no sólo a añadir nuevos derechos junto a los viejos derechos de procedencia iusnaturalista (como, por ejemplo, libertad de prensa, de reunión y de asociación o libertad de comercio y libertad profesional), sino que prestó además a los derechos fundamentales en su conjunto una nueva dimensión: servían a los ciudadanos como prenda de sus posibilidades de influencia en la opinión pública. Sin embargo, desde el momento que la introducción de la forma del Estado democrático y del sufragio universal amenazaba con hacer depender las libertades civiles fundamentales de la disposición de las respectivas mayorías los derechos de participación política se convirtieron en garantías organizatorias y procedimentales para proteger a las minorías. La «cuestión social», finalmente, planteó el problema de una participación en las prestaciones estatales y se aproximó a una comprensión de los derechos fundamentales como principios rectores

y objetivos para el legislador con el fin de lograr el equilibrio social. Lo que ha ido surgiendo desde las necesidades de cada etapa histórica constituye hoy el *status* de derechos fundamentales del hombre y del ciudadano en el Estado constitucional democrático.

1. *Derechos fundamentales como derechos conferidos de «status»*

En su multiplicidad de niveles funcionales los derechos fundamentales poseen hoy, en primer término, el carácter de conferir *status*: determinan, aseguran o limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos. Este *status* jurídico-constitucional del individuo, basado en los derechos fundamentales y garantizado por ellos, es, antes que nada, un «*status* jurídico material, es decir, un *status* con contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni los poderes del Estado» (7). Este *status* jurídico-constitucional constituye el núcleo de la posición jurídica general que viene determinada, junto a los derechos fundamentales, por las leyes. También el *status* civil general es una situación jurídica material, es decir, es el conjunto de derechos y deberes del individuo concretos, determinados y limitados (respecto a otros o la colectividad) «con cuyo cumplimiento cobra realidad el ordenamiento jurídico de la comunidad» (8).

El carácter de los derechos fundamentales como conferidores de *status*, les presta al mismo tiempo la propiedad de derechos fundamentales jurídico-constitucionales de la persona individual, tanto como hombre como ciudadano. A los derechos humanos garantizados constitucionalmente pertenecen todos aquéllos que valen para todo hombre y no están reducidos a un determinado círculo de personas. La Ley Fundamental utiliza para la caracterización de tales *derechos humanos* generales expresiones, como «Alle Menschen...», «Jedermann hat das Recht...» o «Niemandem darf...». De manera semejante, la Constitución española habla de «Todos...», «toda persona...», «nadie...» o simplemente «se reconoce...». En este punto es digno de destacarse que la Constitución española lleva más lejos el círculo de los derechos humanos que la Ley Fundamental e incluye incluso la libertad de reunión (art. 21) y la libertad de asociación (art. 22), que en la República Federal sólo están garantizados a «todos los alemanes». Pero la Constitución

(7) KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 9.ª ed. Karlsruhe, 1970, pág. 109.

(8) Ebenda.

española conoce también un número de tales derechos ciudadanos —concretamente en la sección 2.^a del segundo capítulo— que están introducidos por las palabras «los españoles...» o «los ciudadanos...». Su validez presupone generalmente la nacionalidad. Además, ambas Constituciones coinciden abiertamente en que no conceden ningún derecho fundamental a los órganos del Estado. Llama la atención, de manera especial, sin embargo, a diferencia de la Ley Fundamental, que el Estado asuma frecuentemente el deber de realizar los derechos fundamentales, lo cual se indica con palabras como «los poderes públicos garantizan... promoverán...» o «el Estado procurará...». Con excepción del artículo 1.º, párrafo 1, de la Ley Fundamental, que se refiere a la dignidad del hombre, y del artículo 6.º, párrafo 1, que se refiere a la protección del matrimonio y de la familia, la Ley Fundamental no conoce tales obligaciones garantizadoras del Estado.

No parece que sea esta una mera diferencia de tipo nominal, sino que indica un cambio de función importante de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. Ciertamente los derechos fundamentales siguen regulando la relación entre Estado y sociedad; sin embargo, esta relación no se puede describir ya adecuadamente con las categorías abstractas y formales de la «autoridad» del Estado de una parte y de la «sumisión del ciudadano al poder» de otra, y tampoco se puede entender como una mera limitación de «esferas de voluntad» autónomas (9). Más bien en el moderno Estado de prestaciones sociales la realización de determinadas tareas por el Estado y la esfera de la vida individual están entrelazadas de muchas maneras, de modo que la libertad personal debe organizarse disponiendo de formas adecuadas de actuación estatal, así como la creación de condiciones iguales de vida debe organizarse como una política de prestaciones. El ciudadano particular ya no está «sometido» al poder del Estado, es decir, arrojado hasta los límites de los derechos fundamentales, sino que en el Estado constitucional democrático incluso es «participante libre en las decisiones de la comunidad. Libertad de codecisión sólo es posible cuando las decisiones comunitarias —prácticamente decisiones de la mayoría— permiten a cada uno la mayor libertad posible en cuanto al contenido, pero siguiéndoles siendo siempre exigibles» (10). Con esto la figura jurídica de la llamada «relación general de poder», que todavía en la concepción tradicional caracterizaba la posición jurídica del individuo en el Estado, ha perdido su justificación de ser para la comunidad democrática.

(9) Pero así todavía HERBERT KRÜGER (*Allgemeine Staatslehre*, 2.^a ed., Stuttgart, 1966, pág. 280) titula un capítulo entero de su obra con «Poder del Estado y obediencia de los súbditos».

(10) Así, BVerfGE 5, 85 (197).

De acuerdo con esto, por último, la teoría del *status* de Jellinek (11) todavía hoy mantenida, aparece relativamente apropiada para explicar correctamente el *status* fundamental jurídico-constitucional del individuo garantizado por los derechos fundamentales. Pues el *status negativus*, que limita los derechos fundamentales esencialmente a una posición de defensa del ciudadano, está, por su parte, incorporado en el *status passivus subjectionis* general, que no abarca al hombre o al ciudadano en su concreta realidad, sino sólo al individuo abstracto como portador de derechos o deberes. Al mismo tiempo el Estado, como destinatario de los derechos de defensa, encarna no una comunidad política limitada de antemano por la libertad real, sino al poseedor de un poder, en principio ilimitado, que en todo caso se ha auto-limitado al «garantizar» los derechos fundamentales, lo que jurídicamente no le impide, sin embargo, librarse de estas vinculaciones y volver a su forma propia de «sujeto de voluntad omnipotente». «La libertad que garantiza el *status negativus* no es una libertad referida a determinadas y concretas relaciones vitales, sino que es una libertad abstracta y general sin coacción legal» (12). Por ello, hoy —para hablar con Häberle— hay «que poner su cabeza de absolutismo tardío sobre pies democráticos» (13).

Estas insuficiencias del positivismo formalista respecto a la teoría democrática ya las había reconocido el Derecho constitucional de Weimar. Por encima de todas las diferencias de opinión se había esforzado desde el comienzo en atribuir a los derechos fundamentales una seguridad y una garantía reforzada mediante un incremento de su aplicabilidad o mediante dificultades en su modificación. Así, la parte de derechos fundamentales contiene, según Rudolf Smend, los factores objetivos de integración de la Constitución y expresa «un determinado sistema cultural y axiológico» que «debe ser el sentido de la vida estatal establecida por esta Constitución» (14); en otro lugar califica Smend a los derechos fundamentales de «derecho personal profesional del ciudadano» (15). También Carl Schmitt entendía los derechos fundamentales como expresión «de una decisión colectiva del pueblo sobre el modo de su existencia» (16) o brevemente como «suelo de la Constitu-

(11) GEORG JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., 1919, págs. 94 y sigs.

(12) Así, HESSE, *ob. cit.* (nota 7), pág. 120.

(13) PETER HÄBERLE: *Grundrechte im Leistungsstaat (Mitbericht)*, en VVDSrRL 30 (1972), págs. 43 y sigs. (80).

(14) RUDOLF SMEND: *Verfassung und Verfassungsrecht*, en *Staatsrechtlich Abhandlungen*, 2.ª ed., Berlín, 1968, pág. 265.

(15) RUDOLF SMEND: *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, *ibid.*, página 318.

(16) CARL SCHMITT: *Verfassungslehre*, 5.ª ed., Berlín, 1970, págs. 162 y sigs.

ción» (17), aunque él destacara ocasionalmente su carácter de compromiso y los declarara, algo despreciativamente, como «programa de interpartidista» (18). En términos semejantes hablaba Hermann Heller sobre los derechos fundamentales como «compromisos formales», tendentes a la «armonización de contrarios surgidos históricamente». Pero al mismo tiempo los calificaba de «formas de la vida social que habían penetrado la realidad cultural, política y económica» (19). El fundamento común a todas estas afirmaciones era abiertamente el reconocimiento de que el Estado constitucional democrático no sólo organiza determinadas formas de actuación estatal, sino que garantiza además elementos objetivos y fijación de metas, cuya protección y realización es encomendada al Estado por la vía de conformación del Derecho.

Con estos derechos fundamentales no se trata efectivamente de «valores» supratemporales con validez absoluta sustraída a la discusión pluralista de opiniones, sino de *ordenación de esferas de la vida social* que se han manifestado como especialmente propensas a ser intervenidas por el Estado y por ello se han manifestado como muy necesitadas de protección. Así, por ejemplo, se garantiza la libertad de opinión como un derecho subjetivo de defensa frente al Estado porque los poderes dominantes tienden, según muestra la experiencia, a contrarrestar opiniones incómodas, sobre todo cuando amenazan con poner en peligro la propia posición del poder. Por motivos semejantes se protege también la libertad de reunión y asociación para la seguridad de una libre formación de la voluntad política como un poco de «oxígeno de la democracia» contra las injerencias estatales. La ciencia y el arte son libres porque están sujetos a sus propias leyes, sobre las que el Estado no puede influir si no quiere destruirse. Por último, el matrimonio y la familia, la profesión y otros sectores de la esfera privada están sustraídos a la intervención del poder público o a una reglamentación estatal total para dejar al hombre un ámbito de desarrollo espontáneo de la personalidad, al que puede retirarse sin ningún control y donde posee, como expresión de su dignidad humana, un derecho a la «privacidad». Un Estado que niega o desprecia las *actuaciones fundamentales* de estas esferas de la vida social, en general o en casos particulares, difícilmente podrá caracterizarse como Estado constitucional democrático.

(17) CARL SCHMITT: *Inhalt und Bedeutung des 2. Hauptteiles der Reichsverfassung*, en *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, ed. por Anschütz y Thoma, Band II, Tübingen, 1932, pág. 581.

(18) Ebenda, pág. 583.

(19) HERMANN HELLER: *Grundrecht und Grundpflichten*, en *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, Band 2, págs. 281 y sigs. (287, 291).

2. Clases de derechos fundamentales

La recogida y «catalogación» de los derechos fundamentales en una parte primera de la Ley Fundamental (y también en el título I de la Constitución española) ha inducido a los teóricos del Derecho político a entender estas garantías constitucionales como un «sistema» propio y cerrado en sí mismo. Mientras que la discusión de Weimar todavía estuvo marcada por la máxima reserva, la dogmática de los derechos fundamentales ha conocido en la Alemania posterior a 1949 un auge inesperado. En un primer plano de todos los esfuerzos por lograr una ordenación sistemática de los derechos fundamentales en el tejido constitucional estaban, por ejemplo, la iniciativa de Dürig de desarrollar los derechos fundamentales en un «sistema de valores y exigencias sin lagunas» mediante la interpretación extensiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.º, párrafo 1, de la Ley Fundamental) (20). Las concatenaciones lógicas del sistema sólo podían representarse como relaciones familiares (se habla, por ejemplo, del derecho fundamental del padre o de la madre). El Tribunal Constitucional Federal ha seguido, en gran parte, esta jerarquización de los derechos fundamentales, cuando describe su significación esencial en que constituyen un «sistema axiológico» que aspira a tener validez como decisión jurídico-constitucional básica para todos los campos del Derecho» (21). Con ello no sólo queda claro por qué los derechos fundamentales deben formar un tal «sistema de exigencias» en oposición al contenido histórico y objetivo, sino principalmente cómo este sistema se relaciona con la escala de valores en general de la Constitución (22), que asimismo se postula por el Tribunal (23). Aparte de estas dificultades teóricas, se derivan también un buen número de problemas de delimitación práctica en relación con los campos normativos particulares que una dogmática de los derechos fundamentales orientada sistemáticamente apenas puede solucionar atendiendo a la cosa misma. Por ello hay que mantener, respecto al origen y desarrollo histórico de los derechos fundamentales, que aquí se trata solamente de «garantías particulares (islotos fortificados en el mar abierto del Derecho constitucional) que precisamente se resumen reite-

(20) Así, DÜRIG: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz (Kommentar)*, München, 1978, RdNr. 6 y sigs para el artículo 1.º, párrafo 1 (especialmente RdNr. 13).

(21) Cfr. BVerfBE 21, 362 (372), así como BVerfGE 7, 198 (205), y, por último, BVerfGE 41, 327 (369 y sigs.).

(22) En este sentido crítico, también HESSE, *ob. cit.* (nota 7), págs. 128 y sigs.

(23) Así, BVerfGE 6, 32 (40 y sigs.); 10, 59 (81) en jurisprudencia continua.

radamente en un catálogo, pero que se limitan a asegurar o proteger esferas concretas de la vida especialmente importantes y amenazadas» (24).

Este planteamiento referido a los problemas no excluye, por supuesto, la agrupación descriptiva de los derechos fundamentales y su subdivisión en garantías de la libertad, de la igualdad y garantías objetivas. La mayor parte de los derechos del hombre y del ciudadano en la Ley Fundamental son *garantías de la libertad*. Representan el núcleo clásico de las conquistas liberales del Estado de Derecho burgués y garantiza al individuo, antes que nada, una protección frente a la reglamentación y tutela estatales. Entre ellas se sitúan todos los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de movimiento y de residencia), pero también los derechos fundamentales de la comunicación (libertad de opinión, libertad de la ciencia y del arte, libertad de conciencia, libertad de reunión y libertad de asociación), así como los derechos económicos (libertad de profesión, libertad industrial y comercial, derecho a la propiedad). Una característica esencial común a todas estas garantías de la libertad reside en que sólo pueden ser limitadas por una ley o sobre la base de una ley (reserva de ley), pero esta limitación no puede afectar, sin embargo, a su contenido esencial. En relación con este tema de la limitación de los derechos fundamentales parece totalmente superfluo parar mientes de nuevo en la vieja disputa de si las garantías de la libertad poseen una naturaleza preestatal o si sólo surgen con el Estado, pudiendo éste, por consiguiente, retirarlas. Presumiblemente no se puede mantener ninguna de las dos alternativas para el Estado constitucional democrático porque éste se constituye en democracia *libre* precisamente con los derechos fundamentales y surge como una parte de la «auto-organización de la sociedad» en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Junto a los derechos clásicos de libertad aparecen las *garantías de la igualdad*, siendo la primera la exigencia de igualdad ante la ley (principio general de igualdad). El principio de la igualdad exige indiscutiblemente el cumplimiento del Derecho vigente sin excepciones, sin acepción de personas (igualdad jurídica formal). Esta exigencia es correspondida con la universalidad de la ley y la regularidad de la aplicación del derecho. Es discutible si el principio de igualdad contiene un mandato individualizado para un trato igualitario o diferenciado según la situación objetiva concreta (igualdad jurídica material). La teoría constitucional en Alemania no se ha decidido todavía en este punto, sino que sólo prohíbe al legislador la arbitrariedad de un trato igual para situaciones desiguales (y al revés), es decir, reduce

(24) HESSE, *ob. cit.* (nota 7), pág. 127.

el principio de igualdad en su significación material prácticamente a una mera «prohibición de arbitrariedad». Los derechos especiales de igualdad contienen, no obstante, reglas más concretas, tanto en su acuñación individual (por ejemplo, igualdad jurídica del hombre y de la mujer, equiparación de los hijos naturales, igualdad de acceso a los cargos públicos, igualdad de sufragio) como ocasionalmente en formas colectivas (por ejemplo, igualdad de oportunidades para los partidos, sociedades religiosas). Las vinculaciones más estrechas, no obstante, se derivan de la prohibición de diferenciación expresada en los artículos 3.º, párrafo 3, y 33, párrafo 3, de la Ley Fundamental, que enumeran determinados elementos por los que el Estado no puede, bajo ninguna circunstancia, perjudicar a nadie (por ejemplo, sexo, ascendencia, raza, lengua, patria y origen, credo, opiniones religiosas o políticas). En conjunto, habrá que constatar efectivamente que la dogmática del principio de igualdad en su situación actual cojea detrás de las demandas del Estado social de Derecho de la Ley Fundamental y necesita urgentemente una nueva formulación que tenga en cuenta la máxima distribución posible de las oportunidades de libertad.

La Ley Fundamental conoce, por último, una serie de *garantías objetivas* de las más variadas clases; entre ellas están la nacionalidad con todos sus derechos anexos (sufragio, acceso a cargos públicos, derecho de petición, derecho de asilo), garantías de determinadas instituciones (propiedad y herencia, matrimonio y familia, escuela, universidad, iglesias, partidos, autonomía para convenios colectivos, autonomía administrativa comunal), así como determinadas actuaciones de la esfera privada (inviolabilidad de domicilio, secreto postal y de las comunicaciones, derechos de la personalidad). También ocupan un amplio espacio en la Ley Fundamental, en este mismo contexto, las garantías especiales de la justicia (garantías procesales, derecho a juez legal y a prestar declaración, ninguna pena sin ley, prohibición del castigo múltiple) a las que el legislador, después de la experiencia nacional-socialista de dominación por la fuerza, ha concedido una gran importancia. La ordenación y clasificación dogmáticas de estas garantías objetivas resulta, por consiguiente, tan difícil porque surgen históricamente de contextos muy distintos y aceptan a materias totalmente heterogéneas. Tampoco es posible entenderlas de manera absoluta como «garantías institucionales», escapando así en gran medida al legislador (25) —con la consecuencia negativa, por ejemplo, de que actúen como protección del *statu quo* existente frente a las mayorías democráticamente legitimadas.

(25) Pero así SCHMITT: *Verfassungslehre*, cit. (nota 16), págs. 170 y sigs.

3. Aplicación de los derechos fundamentales

En contraposición a la Constitución de Weimar, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn no sólo no representan principios programáticos y directrices no vinculantes, sino «derecho directamente aplicable». Obligan directamente al legislador, al poder ejecutivo y a la jurisdicción (art. 1.º, párrafo 3, Ley Fundamental). De modo semejante al artículo 52, párrafo 1, frase 1, de la Constitución española prevé también que los derechos y libertades reconocidas en el capítulo 2.º sean vinculantes para todos los poderes públicos. No se habla aquí expresamente de «derecho directamente aplicable»; sin querer adelantarme a la interpretación del futuro Tribunal Constitucional, pensaría, sin embargo, que la fuerza de obligatoriedad de los derechos fundamentales —también en relación a la posibilidad del recurso de amparo— es tan estricta como en la República Federal de Alemania. En este sentido, los derechos fundamentales desarrollan respecto al poder público, en primer lugar, una *eficacia vinculante*. Según esto, el legislador no puede aprobar ninguna ley, el poder ejecutivo no puede decretar ningún acto administrativo y la jurisdicción no puede fallar ninguna sentencia que sean incompatibles con las garantías de los derechos fundamentales. Sólo se discute si esta vinculación estricta de los derechos fundamentales se mantiene también para el poder público cuando el Estado actúa sometido al Derecho privado (la llamada «fiscalización» de los derechos fundamentales). No obstante, si se parte de que en un Estado constitucional democrático sólo puede haber un poder público constituido y no puede haber ninguna «estabilidad» previa a la Constitución, entonces casi no se puede justificar una reserva extraconstitucional en la que el Estado podría librarse arbitrariamente de la vinculación a los derechos fundamentales. «Por ello, basta con la vinculación de la administración financiera a los derechos fundamentales» (26). Las consecuencias prácticas de esta estricta vinculación del poder público a los derechos fundamentales, que sólo puede suavizarse algo con una posible conformación concreta del legislador, casi no se pueden sobrevalorar: cada decisión de los órganos estatales puede ser atacada con la afirmación de que va en contra de los derechos fundamentales.

De este modo, la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales presta, al mismo tiempo, un elevado *efecto de protección* que la Ley Fundamental busca asegurar por tres caminos. En primer lugar, la Constitución toma diversas precauciones contra un socavamiento fáctico de los derechos

(26) HESSE, *ob. cit.* (nota 7), pág. 147.

fundamentales por medidas del poder público: según el artículo 19, párrafo 1, de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos en los casos previstos expresamente en la Constitución y exclusivamente por una ley formal o en virtud de ella. Según el referido artículo, el contenido esencial del derecho fundamental debe permanecer inalterado bajo cualquier circunstancia (art. 19, párrafo 2, Ley Fundamental). Afirmaciones de casi el mismo tenor contiene el artículo 52 de la Constitución española (párrafo 1, frase 2). En segundo lugar, todo ciudadano puede utilizar la vía del recurso contra una violación de sus derechos fundamentales y dirigirse, al menos, a los tribunales ordinarios (art. 19, párrafo 4, Ley Fundamental). Si allí no se le reconoce su derecho le queda todavía el camino de Karlsruhe: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal (art. 93, párrafo 1, frase 4, Ley Fundamental). También la Constitución española se ha decidido en el artículo 52, párrafo 2, por una protección asimismo íntegra de los derechos fundamentales a través de la justicia y ha introducido igualmente, junto a la garantía del recurso judicial, la institución del recurso de amparo como complemento lógico de aquélla. España incluso avanza un paso más: crea una instancia de apelación para las violaciones de los derechos fundamentales, concretamente el Defensor del Pueblo, una especie de *Ombudsman* de los derechos fundamentales, que es responsable ante las Cortes y que tiene que velar con independencia por el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte del poder público (cfr. art. 53). Habrá que estar atento a su actuación futura y a la relación de su práctica interpretativa con las decisiones del futuro Tribunal Constitucional. Por último, el recurso de amparo abre todavía una tercera posibilidad de control, si bien no exenta de problemas. Puesto que también la jurisdicción, al igual que todo poder público, está sometido directamente a los derechos fundamentales, como consecuencia obligada de este efecto vinculante se puede iniciar el camino de Karlsruhe incluso contra las más elevadas sentencias judiciales, de modo que al Tribunal Constitucional Federal le corresponde prácticamente el papel de una «superinstancia de revisión». Para salir al paso de una ampliación errónea de esta instancia y para difuminar los temores ante tendencias que judicialicen el Estado, el Tribunal Constitucional Federal se ha esforzado precisamente en este punto en lograr una cierta reserva y ha dejado a los tribunales ordinarios incluso la interpretación del Derecho común en relación a sus implicaciones con los derechos fundamentales.

La vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales conduce, sin embargo, a otro problema: si los tribunales civiles tienen que atender en sus sentencias a los derechos fundamentales, como consecuencia mediata se desprende que es necesaria una interpretación totalmente nueva. Mientras

que los derechos fundamentales hasta ahora sólo tenían aplicación en la relación Estado-individuo, a partir de ahora pueden ejercer una eficacia indirecta, a través de la jurisdicción, entre las personas particulares entre sí. Se habla aquí de «eficacia mediante frente a terceros» de los derechos fundamentales, que sería mejor definir como *eficacia horizontal o social*. Los problemas de esta vinculación frente a terceros o eficacia social ha hecho llenar bibliotecas enteras en la República Federal. Prescindiendo del Tribunal Federal del Trabajo y de algunas voces en la bibliografía especializada, hasta ahora nadie ha abogado por una eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. Sólo se reconoce la vinculación mediata frente a terceros en el sentido de que los derechos fundamentales actúen como elementos de un ordenamiento jurídico, sobre la interpretación del Derecho común a través de las «cláusulas generales» y éstas influyan, a su vez, en la interpretación de los derechos fundamentales (efecto recíproco). Además, una eficacia social de los derechos fundamentales se considera legítima cuando el *mínimum* de libertad e igualdad corren peligro o se pierden totalmente por la monopolización del poder social o económico, por lo que la Constitución protege al individuo de las injerencias del Estado. La limitación de la vinculación de los derechos fundamentales, pues, al poder público no puede conducir a una total indiferencia de la Constitución respecto a un ejercicio del poder económico o social que destruya la libertad. Si los órganos llamados a ello, especialmente el legislador, no logran hacer valer los derechos fundamentales o sólo lo logran de manera imperfecta, entonces éstos despliegan, como principios rectores del ordenamiento jurídico, su eficacia vinculante inmediata entre personas particulares en el campo social. De esta manera se crea un contexto funcional entre aplicación normativa de los derechos fundamentales y eficacia de hecho, que tiene una *significación general para la interpretación* de los derechos fundamentales y que, por tanto, debe analizarse a continuación.

III

FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A los efectos específicos de los derechos fundamentales de vinculación y de protección de determinados sectores de la vida de la comunidad política amenazados se añade también, y precisamente con el Estado constitucional democrático, un valor propio especial. Considerados en abstracto, los derechos fundamentales son, en primer lugar, *fin en sí mismos* y expresión de la

dignidad humana que sólo se pueden funcionalizar de manera limitada. Desde esta perspectiva ciertamente tienen razón aquellos que están en contra de la aceptación apresurada de los derechos fundamentales para otros fines constitucionales y que se oponen un tanto escépticamente a una instrumentalización funcional. Por otra parte, es indiscutible que los derechos fundamentales, como contenido objetivo de integración de la Constitución (Smend), participan en la constitución del Estado y las posibilidades de realización de los mismos deciden, al mismo tiempo y de manera esencial, si los principios estructurales de la Constitución cobran realidad y efectividad en el proceso político. O dicho de otra manera: se puede pensar una protección jurídica de los individuos sin Estado de Derecho, pero no al revés, un Estado de Derecho sin protección jurídica. La libertad de opinión se puede imaginar sin democracia, pero no la democracia sin libertad de opinión. Por último, la seguridad social puede realizarse también sin Estado social de Derecho, pero no el Estado social de Derecho sin una red de seguridad social. Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. Son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente. A estas «funciones estructurales» de los derechos fundamentales para los principios conformadores de la Constitución se le sigue prestando demasiada poca atención.

1. *Función en el Estado de Derecho*

Bajo «Estado de Derecho» la Ley Fundamental entiende un sistema de principios y reglas procesales según las cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo a la libertad. En este sentido, el ordenamiento del Estado de Derecho contribuye menos a la legitimación de la actuación estatal que a la realización más bien de su necesidad de legitimación, así como a la racionalización y limitación de la dominación política en interés de la fiabilidad, previsibilidad y seguridad jurídica del ciudadano. El Estado de Derecho es, por tanto, lo contrario de poder autoritario o totalitario —o dominación arbitraria—, es decir, el concepto de una ordenación integral y libre de la comunidad política. Para salir al paso del doble peligro de una degeneración del Estado de Derecho formal reducido a mero «imperio de las leyes» en un «Estado legalista» o en un «Estado injusto» legal, el prin-

cipio de Estado de Derecho de la Ley Fundamental no sólo garantiza determinadas formas y procedimientos de actuación estatal, sino que contiene al mismo tiempo también elementos objetivos y metas, cuya realización se le encomienda al Estado a través de la formación del Derecho (Estado de Derecho material). A estos elementos objetivos pertenecen, en primer término, la protección y respeto de la dignidad humana, así como las libertades fundamentales y derechos ciudadanos, que el poder estatal tiene que observar como derecho directamente aplicable.

Pero si bien «Estado de Derecho» significa en sentido material ante todo seguridad de la libertad del individuo mediante un conjunto de derechos individuales y reservas limitativas del Estado, los derechos fundamentales *en sentido subjetivo* son, primordialmente, *derechos de defensa* frente al Estado (27), así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público. Al mismo tiempo los derechos fundamentales ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir a la vía judicial para defenderse de las limitaciones a su libertad derivadas de medidas estatales y, en caso necesario, interponer recurso de amparo, pues también un Estado de Derecho está en el peligro del fallo de la dominación humana, que puede conducir a violaciones y limitaciones de los derechos fundamentales. De este modo, la función de defensa de los derechos fundamentales se deriva tanto del desarrollo histórico-constitucional como de los acontecimientos históricos, que han conducido a la recepción de los derechos fundamentales en las constituciones de los Estados particulares. Por tanto, quien contempla los derechos fundamentales especialmente como un obstáculo para una mayor seguridad y orden, no sigue ni en su comienzo el mandato de Estado de Derecho de la Ley Fundamental. Estado de Derecho libre es equivalente, más bien, a «Estado de derechos fundamentales». Toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta, al mismo tiempo, como una descomposición del carácter de Estado de Derecho.

Acerca de esto un ejemplo concreto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: un antiguo almirante de la marina de guerra fue acusado de asesinato bajo la dominación nacionalsocialista porque había dado la orden de autohundimiento de barcos en los que se encontraban prisioneros de guerra. Fue detenido por primera vez en 1965, aunque no existía ningún motivo concreto de detención ni sospecha de fuga ni riesgo de entorpecimiento de la acción judicial. El Tribunal declaró la instrucción de la prisión

(27) Asimismo, BVerfGE 7, 198 (204); 13, 318 (325 y sigs.); no sólo «derechos de defensa»: BVerfGE 21, 362 (372); 33, 303 (330).

preventiva, incluso para los delitos más graves, contraria a la Constitución (28). Para el Tribunal la Ley Fundamental garantizaba al individuo un derecho subjetivo de defensa frente a la injerencia desproporcionada en su libertad personal. Por ello debía examinarse en cada caso «si el fin de la prisión preventiva no puede lograrse con otras limitaciones de libertad menos tajantes... Ante la significación del derecho fundamental de la libertad personal de una parte, ante las exigencias de una persecución eficaz del delito, pero realizada en las formas del Estado de Derecho, de otra, y ante el principio de la proporcionalidad de la usurpación en conexión con la suposición de inocencia a favor del inculpado», debía ser posible en toda detención incluso una protección. Como en las restricciones de libertad todo el automatismo jurídico-positivo actúa contra la protección de los derechos fundamentales individuales, la demanda subjetiva de defensa llega aquí incluso al terreno de la legislación.

Pero el principio de Estado de Derecho no sólo fundamenta exigencias subjetivas, sino también normativiza en su contenido central el ordenamiento jurídico entero de la comunidad. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal ya ha destacado, en este sentido, que los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, son también *elementos del ordenamiento objetivo*, esto es, normas jurídicas objetivas formando parte de un «sistema axiológico» que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todos los sectores del Derecho (29). Cuando la misma Ley Fundamental eleva los derechos fundamentales a «fundamento de toda comunidad humana» (art. 1.º, párrafo 2), se podrá considerar —incluso con una postura crítica respecto al pensamiento axiológico— que los derechos fundamentales constituyen, en todo caso, los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero, de donde la legislación, la administración y la jurisdicción reciben importantes directrices e impulsos. Según esto, los Tribunales concretamente tienen que tener en cuenta, en la interpretación y aplicación del Derecho común, especialmente en la de las cláusulas generales, los contenidos normativos de los derechos fundamentales. Si un Tribunal no sigue estas directrices viola, como órgano estatal y sujeto de poder público, la Ley Fundamental. Su sentencia debe ser revocada por el Tribunal Constitucional Federal a través de un recurso de amparo.

También ahora un ejemplo: el director de una oficina de prensa estatal

(28) BVerfGE 19, 342 (347 y sigs.). Resolución Wenecker.

(29) Cfr. BVerfGE 5, 85 (204 y sigs.); 6, 32 (40 y sig.); 6, 55 (72); 7, 198 (204 y sigs.); 10, 59 (81); 21, 362 (372) en jurisprudencia continua.

en Hamburgo había hecho un llamamiento público al boicot de una película cuyo director se había destacado durante el régimen nacionalsocialista por sus películas antisemitas, siendo, a consecuencia de ello, condenado por los tribunales civiles a abstenerse de hacer declaraciones. Por el recurso de amparo del funcionario contra la sentencia judicial, el Tribunal Constitucional Federal devolvió el asunto al *Landgericht* de Hamburgo para una nueva vista (30). Un juez, como parte del poder público, tenía la obligación constitucional de examinar si las disposiciones de Derecho civil a utilizar por él estaban «influidas por los derechos fundamentales». Si esto concordaba, tenía que observar, en la interpretación y aplicación de estas disposiciones, las modificaciones del Derecho privado que de éstas se derivaban. En caso contrario iba contra el Derecho constitucional objetivo. En este asunto el *Landgericht* había ignorado el «efecto de irradiación» del derecho a la libertad de expresión de las opiniones (art. 5.º, párrafo 1, de la Ley Fundamental) sobre el concepto de «contrario a las costumbres» en la prohibición de boicot del artículo 826 del Código civil. La libertad de opinión era para un orden estatal democrático y libre «constituyente», pues sólo ella permitía aquella discusión permanente de los espíritus, la lucha de ideas, que es su elemento vital. Frente a esto, los intereses económicos debían pasar a un segundo plano. Hoy se puede señalar sin exageración esta sentencia como un hito en la jurisprudencia de los derechos fundamentales. Ha convertido los derechos fundamentales, por fin, más allá de su mera función de defensa, en importante medida de toda la autoridad del Estado y ha impulsado con ello la efectividad de los derechos fundamentales en un Estado constitucional democrático.

2. *Su función en el régimen democrático*

El principio democrático de la Ley Fundamental arranca de la idea de la «autodeterminación del pueblo» (art. 20, 21, de la Ley Fundamental). Prescindiendo de la tradición histórico-filosófica de esta fórmula en el idealismo alemán, se pueden desprender de ella en cualquier caso cuatro elementos normativos con referencia a la Ley Fundamental, que, por su parte, guardan entre sí una relación complementaria. Autodeterminación del pueblo significa: 1) autorrealización autónoma de «todo el pueblo» a través de cada individuo y no por personas especialmente privilegiadas, grupos, burocracias u otras élites; 2) un máximo de libertad real del individuo como expresión

(30) BVerfGE 7, 198 (203 y sigs.). Sentencia Lüth.

de su dignidad humana, donde reside al mismo tiempo la exigencia emancipadora de la idea de autodeterminación, limitativa y racionalizadora del poder; 3) participación libre y con igualdad de oportunidades para todos en la conformación de la comunidad en el proceso político, y 4) transparencia de todo el desarrollo social con la meta permanente, a realizar aquí y ahora, de crear condiciones sociales de vida más justas y libres. En cuanto que la democracia debe realizarse por el camino de la formación independiente y abierta de la voluntad política y de la toma de decisiones, descansando, por tanto, en una discusión libre de todas las fuerzas reales y del espíritu bajo la participación lo más activa, independiente e igualitaria posible de todos los individuos, el orden democrático de la Ley Fundamental está inseparablemente unido a la libertad e igualdad reales, que precisamente la Constitución no puede generar por sí misma, pero que puede impulsar en virtud de la ley —hasta donde alcanza su fuerza normativa— y garantizar con ayuda de los derechos fundamentales.

Si se contempla la participación en el proceso político con igualdad de oportunidades como el presupuesto del origen material de la libertad real-efectiva, entonces se puede caracterizar el orden democrático de la Ley Fundamental en su conjunto como forma constitucional de la «democracia de libertad». Con ello los derechos fundamentales, especialmente los derechos de libertad política, pasan al centro de la idea de la democracia concebida como «autodeterminación del pueblo». Como derechos subjetivos de *participación y conformación del status politicus* constituyen el «fundamento funcional de la democracia» por antonomasia (31); representan en este sentido, consiguientemente, las garantías constitutivas de la función del orden democrático. Prescindiendo del hecho de que la esfera de libertad personal del individuo en el Estado constitucional democrático resulta menos limitada o afectada por las «injerencias» del poder público en los derechos fundamentales que por la política planificadora de prestaciones sociales de los partidos gobernantes, grupos parlamentarios y burocracias ministeriales, los ciudadanos perjudicados, los grupos de interés u otras minorías se sirven de los derechos fundamentales para producir un cambio de poder o, al menos, un cambio de política. Como consecuencia, las garantías de las libertades públicas se han transformado paulatinamente de derechos de defensa frente al Estado (constitucional) en derechos funcionales de la democracia frente al respectivo Gobierno (parlamentario).

Otro ejemplo: el Gobierno Federal había intervenido —como era usual

(31) Así, PETER HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, Karlsruhe, 1962, pág. 17.

hasta entonces— en la campaña electoral para las elecciones generales de 1976 con propaganda, prospectos y otras publicaciones y no había adoptado ninguna medida contra la utilización, en gran medida, por parte de los partidos gubernamentales de materiales impresos producidos con dinero del presupuesto para el llamado «trabajo de información pública», como material electoral adicional. El Tribunal Constitucional Federal vio en esta conducta del Gobierno una infracción del principio de la democracia, así como del derecho a una participación en la formación de la voluntad política del pueblo con igualdad de oportunidades (art. 20, 21, de la Ley Fundamental) (32). Para el tribunal el orden democrático y libre de la Ley Fundamental garantiza los presupuestos jurídico-constitucionales del proceso libre y abierto de la formación de la opinión y voluntad del pueblo, especialmente mediante las numerosas garantías de los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad, así como mediante medidas institucionales y procesales. Según esto, la mayoría democrática debería haber salido en las elecciones periódicas de un proceso de decisión libre y abierto «en el que fundamentalmente todos los ciudadanos con derecho a voto pueden participar con los mismos derechos». El hacer valer «iguales derechos fundamentales políticos» resultaba limitado, sin embargo, si el Estado (el Gobierno) intervenía en las elecciones a favor o en contra de determinadas orientaciones políticas o partidos, aun cuando fuera en la forma del llamado «trabajo de información pública». La rigidez e insobornabilidad de esta decisión ha asustado a muchos políticos e incluso los ha indignado. Sin embargo, merece un asentimiento total si se toma en serio la afirmación de las libertades políticas fundamentales con igualdad de oportunidades como una parte del «derecho funcional de la democracia».

Además, en esta sentencia se escucha otra importante función de los derechos fundamentales que se puede caracterizar como la correspondencia objetiva de los derechos subjetivos de participación: la seguridad organizatoria del procedimiento democrático. La actuación estatal exige la producción de una unidad de decisión y de ejecución política que en el Estado constitucional democrático se efectúa, precisamente y ante todo, bajo la participación de todo el pueblo, pero que, no obstante, conduce a una dominación política real que no puede ser ocultada con ilusiones de identidad. La dominación democrática, sin embargo, ni tiene carácter preestatal ni puede ser ejercida objetiva y temporalmente de modo ilimitado. Se forma más bien según la voluntad de la respectiva mayoría sólo para un período provisional

(32) BVerfGE 44, 125 (138 y sigs.). Sentencia para el «trabajo de información pública del Gobierno».

y bajo el continuo control de la minoría (oposición) y por ello requiere su establecimiento según la Constitución y una legitimación periódica y permanente según determinadas normas de organización y de procedimiento (por ejemplo, principio de mayoría, publicidad, protección de las minorías, pluralismo). Con esto, los derechos fundamentales se transforman también, gracias a su efecto protector de las minorías, en *garantías organizatorias y procesales* que contribuyen a garantizar un proceso de decisión libre y abierto. De esta manera ejercen una influencia inmediata sobre la potestad organizativa del Estado y exigen determinados procedimientos que resultan adecuados para asegurar en los procesos de decisión colectiva (estatal) la libertad individual contenida en los derechos de participación.

Cito de nuevo un ejemplo: en 1971 el *Land* de la Baja Sajonia había introducido la llamada «Universidad de grupos», una creación peculiar alemana cuya explicación detallada nos llevaría muy lejos. La novedad más importante consistía en que a partir de entonces los grupos de profesores, asistentes, estudiantes y personal no docente debían participar en las instituciones universitarias a través de representantes elegidos con derecho a voto. Los profesores se sintieron heridos por tal reglamentación en su libertad de investigación, recurriendo ante el Tribunal Constitucional Federal, y éste les dio la razón, al menos en parte (33): el contenido de libertad del derecho fundamental a la libertad de investigación (art. 5.º, párrafo 3, de la Ley Fundamental) se veía esencialmente afectado por la organización del proceso elaborador de la ciencia, a realizar con la colaboración de sujetos portadores de derechos fundamentales. «Una protección efectiva de los derechos fundamentales exige medidas organizativas adecuadas.» El peso de los votos tenía que repartirse según la función y el conocimiento del tema y el grupo de profesores tenía que estar dotado de «influencia decisiva», al menos en los asuntos de investigación y de nombramientos. De modo similar, el Tribunal Constitucional Federal había buscado asegurar la libertad de los medios de comunicación (art. 5.º, párrafo 1) en televisión exigiendo una ocupación pluralista de los Consejos de Administración por parte de los grupos sociales relevantes. Para la libertad de los *media* los directivos de los programas de televisión debían estar organizados de modo que «todas las fuerzas significativas tengan influencia en sus órganos y puedan llegar a hablar en la programación total» (34). Apenas se puede destacar con mayor claridad que en este mandato de pluralismo, que por lo demás se encuentra también

(33) BVerfGE 35, 79 (120 y sigs.). Sentencia para la Vorschaltgesetz en la Baja Sajonia.

(34) BVerfGE 12, 205 (261 y sigs.). Sentencia sobre la televisión.

en el artículo 20, párrafo 3, de la Constitución española, la función democrática de los derechos fundamentales como garantías organizatorias y procesales.

3. *Su función en el Estado social de Derecho*

De cara a la creciente importancia que reviste la actividad del Estado en lo referente a las condiciones y oportunidades de cada uno en su contexto social, sería erróneo limitar los derechos fundamentales (en su significación liberal originaria) a la función que desempeñan en el Estado de Derecho y en el régimen democrático. En ese caso, los supuestos en los que se basa el ejercicio de los derechos fundamentales quedarían precisamente supeditados al libre juego político. El Estado asume hoy nuevas tareas en el ámbito de la asistencia social, en el de las condiciones generales de la existencia y en el fomento de las condiciones laborales y económicas, tareas cuyo adecuado cumplimiento es prerequisite de posibilidad de dicha vida individual y social. La Ley Fundamental expresa su reconocimiento de estos condicionamientos del moderno desarrollo técnico y económico, con la fórmula del «Estado social del Derecho», mediante la cual se encomienda a los órganos estatales la misión de conseguir, ya en el presente, una relativa compensación de los diversos intereses, aspiraciones y necesidades según criterios inspirados en la justicia social, y prescindiendo de todo igualitarismo utopista proyectado hacia el futuro. De ahí que, desde la perspectiva de la Ley Fundamental, rija para la acción política el principio rector de la «democracia social a través de las formas del Estado de Derecho» (35). Y cuando las tareas del Estado ya no se agotan en su papel protector, preservador, regulador y sólo ocasionalmente interventor, sino que van progresivamente consistiendo en una activa planificación, dirección, prestación de servicios y distribución de bienes, entonces no cabe duda de que este profundo cambio en las funciones estatales produce también efectos en la interpretación constitucional del «Estado prestatario» (*Leistungsstaat*) (36).

Si las clásicas libertades fundamentales han de ser hoy algo más que libertades sin probabilidad de realización, su contenido debe ser también algo más que una simple veda contra las intervenciones del Estado: debe consistir en *derechos a prestaciones* sociales que comprenden —desde el punto

(35) Así, BVerfGE 5, 85 (198).

(36) Para esto los informes de WOLFGANG MARTENS y PETER HÄBERLE sobre *Grundrechte im Leistungsstaat* en el Congreso de Profesores de Derecho constitucional de 1971 en Regensburg, en VVDstRL 30 (1972), págs. 7 y sigs. y 43 y sigs.

de vista subjetivo— tanto una puesta en marcha de la actividad general del Estado, cuanto la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes. En lo que hace a la primera alternativa, cabría tal vez pensar (derivándolo del principio de la dignidad humana en relación con la defensa de la personalidad) en el derecho del aseguramiento del mínimo vital por parte del Estado, como ya ha sido establecido en el párrafo 4 de la Ley federal de Asistencia Social. Para la segunda alternativa, presumiblemente podría derivarse del derecho a la libre elección de profesión —consagrado por el art. 12 de la Ley Fundamental— una pretensión del ciudadano en situación de paro a beneficiarse del seguro de desempleo (no así a obtener determinado puesto de trabajo), y quizá a reclamar una formación profesional en otra especialidad. Es que, considerados tan sólo como derechos a prestaciones, los derechos fundamentales responden aún a ese sistema de medidas planificadoras, propulsoras y resguardadoras propias de la política económica y social, de la política cultural y educativa, de la política sanitaria y familiar, que caracteriza el Estado social moderno.

Sirva para ilustrarlo otro ejemplo tomado de la jurisprudencia constitucional, al que ya al comienzo me he referido brevemente. Dos aspirantes a ingresar en la carrera de medicina en Hamburgo fueron rechazados por la Universidad con el argumento de que existía un *numerus clausus* para esta disciplina y que se encontraba agotada la capacidad de ese instituto de enseñanza para impartir la correspondiente preparación. Los aspirantes se presentaron ante los tribunales, y éstos a su vez se dirigieron al Tribunal Constitucional Federal para consultarle si del derecho fundamental a elegir libremente un lugar de formación cualquiera (art. 12, párrafo 1, de la Ley Fundamental) podía derivarse en el caso singular la pretensión de ser admitidos en la carrera de medicina. El alto tribunal realizó un juego de equilibrio argumental: por un lado, reconoció en principio ese derecho a unos estudios universitarios aunque sólo en el marco de las disponibilidades existentes, y fundamentó asimismo el mandato constitucional según el cual el Estado social debía proporcionar suficientes puestos de formación; por otro lado, sólo se declaró dispuesto a extraer consecuencias jurídicas constitucionales cuando se demostrase una evidente lesión de aquel derecho (37). Los vericuetos de esta argumentación señalan a las claras todo el dilema del aseguramiento de los derechos fundamentales en el Estado social: se hace preciso conceder algo de lo cual no se dispone, y se obliga a las instancias ejecutivas a proporcionar algo irrealizable. De todos modos ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal, en ese caso, que «el aprovechamiento

(37) BVerfGE 33, 303 (329 y sigs.). Sentencia sobre el *numerus clausus*.

de prestaciones estatales constituye, simultáneamente, el presupuesto necesario para la efectivización de los derechos fundamentales». Con esa declaración se ha conseguido que los hasta allí aún muy controvertidos derechos fundamentales del Estado social, considerados como pretensión de obtener ciertas prestaciones, fueran al menos consagrados por la más alta magistratura judicial.

En sentido objetivo, los derechos fundamentales en vigencia bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como *directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa*, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal. De forma semejante a los mandatos explícitos dirigidos al legislador por la Ley Fundamental (véase, por ejemplo, art. 6.º, apartado 5, LF) (38), el Tribunal Constitucional sólo puede, en un primer momento, emitir una ordenanza de ejecución; si el legislador continúa inactivo, puede censurar su pasividad y fijarle un plazo reglamentario, y, finalmente, declarar al legislador incurso en violación constitucional. El Tribunal no dispone de otras posibilidades ejecutorias, teniendo en cuenta además que la sanción de una ley depende, en última instancia, de la existencia de determinadas mayorías políticas. Así y todo, en la mayoría de los casos resueltos hasta ahora —por ejemplo, el mandato de establecer la igualdad jurídica de los hijos extramatrimoniales, o el de dictar la ley de ejecución penal—, ha bastado que el Tribunal simplemente amenazase con un veredicto de violación constitucional, para activar al legislador. De ahí que no se pueda, de entrada, descalificar como ineficaz en el Estado social la función de los derechos fundamentales entendidos como reglas de actuación legislativa.

Si la evaluación antedicha va a ser confirmada también en un último caso propuesto como ejemplo, es tema a decidir cuando se conozcan los resultados: una pensionada que había cambiado su residencia de Berlín oriental a la República Federal de Alemania, entabló demanda fundada en que la llamada «Ley de las pensiones extranjeras» prevé a los efectos del cálculo de su parámetro básico de renta, tasas desiguales para hombres y mujeres en el promedio de los ingresos brutos correspondientes a los años trabajados; consideraba, pues, que con ello se violaba la norma de igualdad entre los sexos establecida por el artículo 3.º, apartado 2, de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal le dio en principio la razón, pero dejó en manos de la inventiva del legislador la necesaria y acusadamente complicada

(38) Para esto, EKKEHARD WIENHOLTZ: *Normative Verfassung und Gesetzgebung*, Freiburg i. Br., 1968, págs. 49 y sigs.

reforma de dicha ley de pensiones (39). Dejó establecido, en primer lugar, que los pensionados expulsados o emigrados constituyen «un grupo especialmente necesitado de protección social». «En esas circunstancias, el legislador no sólo se había visto avocado a una tarea de especial relevancia socio-política, sino que estaba también obligado por el Derecho constitucional, según el mandato emanado del concepto de Estado social, a desplegar una actividad centrada en la política social.» Si, ello no obstante, el legislador había establecido hasta ahora una pequeña desigualdad en el tratamiento de hombres y mujeres, ello no puede serle reprochado todavía como una violación constitucional, teniendo en cuenta la gran cantidad de personas a las que había sido necesario reintegrar. Más bien se impone ahora, «en el marco de una depuración global de la desigualdad subsistentes, en el trato de hombres y mujeres, la tarea de extirpar por lo menos para lo futuro las causas de aquellas desigualdades». El Parlamento se ha fijado a sí mismo, para solucionar este problema, un plazo hasta el año 1984. Aguardaremos con cierta expectativa si el Parlamento está dispuesto a respetar, como regla de actuación legislativa, esa dimensión de los derechos fundamentales fundada en el concepto de Estado social, recién descubierta por la jurisprudencia.

4. *Consecuencias para la interpretación de los derechos fundamentales*

Contemplando esta variada elaboración teórica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal surge la pregunta sobre qué consecuencias metodológicas hay que deducir del análisis funcional de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático para su interpretación futura. En un primer momento podría uno inclinarse a la opinión de que no se puede encontrar una respuesta de validez general y acercada en igual grado para todos los derechos fundamentales. En realidad se está cerca de suponer que las funciones individuales sólo pueden ser remitidas eventualmente a derechos fundamentales muy determinados (así, por ejemplo, la función en el Estado de Derecho a las libertades personales, la función democrática a las libertades políticas o la función en el Estado social de Derecho especialmente a los derechos de igualdad). A esto hay que oponer, en cambio, que los ámbitos de regulación objetiva dicen muy poco sobre el tema de en qué relación jurídico-constitucional están los derechos funda-

(39) BVerfGE 43, 213 (225 y sigs.). Resolución sobre las pensiones de los viudos.

mentales individuales con las estructuras constitucionales. Más bien aparece justificada la suposición de que cada derecho fundamental muestra, a la luz del principio del Estado de Derecho, del principio democrático o del principio del Estado social de Derecho, una significación distinta. Puede ocurrir que algunos significados queden de manifiesto o brillen desde un principio con mayor claridad que otros. En principio, no obstante, hay que partir de la posibilidad de generalización de todas las funciones de los derechos fundamentales. Cada derecho fundamental permite reconocer, si se analiza con precisión, tanto una significación en el Estado de Derecho como una significación democrática y, finalmente, una significación en el Estado social de Derecho; por consiguiente, presenta una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el legislador. Al análisis metódico de este contexto funcional de los efectos de los derechos fundamentales y de las estructuras constitucionales se podrá agradecer precisamente en casos difíciles alguna ayuda interpretativa.

Permítanme todavía demostrar brevemente este extremo con el ejemplo de la libertad de prensa: por de pronto, los artículos 5.º, párrafo 1, de la Ley Fundamental, y el 20, párrafo 1, de la Constitución española contienen un derecho subjetivo de defensa de los miembros de la prensa contra la intervención del Estado en la libertad de información periodística, reforzado con la prohibición expresa de una censura previa. Pero, al mismo tiempo, la libertad de prensa se presenta como un elemento del ordenamiento objetivo en cuanto que, por ejemplo, las medidas de boicot de las organizaciones empresariales contra determinados órganos de prensa son contrarias a la Constitución (40). Desde el punto de vista democrático hay que derivar de la libertad de prensa tanto un derecho de la empresa periodística a participar en la formación de la opinión pública como un derecho de los redactores a colaborar en la conformación del contenido de sus periódicos, que debe ser garantizado mediante las correspondientes reglamentaciones organizatorias y jurídico-procedimentales, por ejemplo, en el marco de un estatuto de la redacción. Esta función democrática de la libertad de prensa gana especialmente en significación a medida que avanza la concentración de la prensa. Por último, la libertad de prensa garantiza a los editores de los periódicos concretos una pretensión a una ayuda estatal por su misión pública en tanto en cuanto la variedad de prensa está amenazada de eliminación por posiciones monopolísticas. Para la garantía de la «libertad interior de prensa», así como por la distribución de subvenciones se pueden obtener finalmente

(40) BVerfGE 25, 256 (263 y sigs.).

del artículo 5.º, párrafo 1, de la Ley Fundamental directrices para la promulgación de una ley de prensa.

La ciencia del Derecho constitucional sólo puede descubrir estos distintos niveles de significación de los derechos fundamentales individuales, analizarlos y mostrar sus consecuencias jurídico-constitucionales. No puede ayudar a que se impongan en la práctica. En la República Federal de Alemania falta un «encargado de los derechos fundamentales» que sea comparable al «Defensor del Pueblo» de la Constitución española. Por ello, el perfeccionamiento de los derechos fundamentales permanece aquí como una tarea fundamentalmente de la jurisprudencia constitucional que debe defenderlos en estrecha colaboración con el Parlamento democráticamente legitimado. Para no poner en peligro esta necesaria división del trabajo el Tribunal Constitucional Federal debería abstenerse totalmente de la casación de leyes y practicar lo máximo posible la autolimitación judicial (*judicial self-restraint*). El campo de ejercicio apropiado para un desarrollo posterior de la interpretación de los derechos fundamentales es más bien el control de las sentencias judiciales que la legislación. En este punto el Tribunal Constitucional Federal ha logrado hasta ahora, sobre todo en sus «tiempos heroicos», abrir brechas hacia nuevos horizontes y se deberían esperar otras en el futuro.

(Traducción de JOAQUÍN ABELLÁN.)