

EL PROCESO HISTORICO DE LA IMPLANTACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA

Por JÖRG POLAKIEWICZ

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONSTITUCIONALISMO ALEMÁN DEL SIGLO XIX.—III. LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR DEL 11 DE AGOSTO DE 1919.—IV. LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DEL 23 DE MAYO DE 1949: A) *Sobre la creación de la Ley Fundamental*. B) *La importancia de los derechos fundamentales en el régimen constitucional alemán*.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

La Ley Fundamental de Bonn, promulgada el 23 de mayo de 1949, ha demostrado ser una Constitución de extraordinario éxito. Aunque en sus más de cuarenta años de vigencia, la Ley Fundamental ha sufrido más de treinta y cinco modificaciones, su esencia no ha sido alterada. Ella sirvió también de marco a la reunificación alemana en 1990. Abstracción hecha de algunas modificaciones a raíz de la adhesión de los Länder de la antigua República Democrática Alemana, la Ley Fundamental es hoy la Constitución de la Alemania unificada. Sus principios de libertad y democracia han cristalizado como los factores de integración e identificación más fuertes de la sociedad alemana. La República Federal de Alemania, como Estado constitucional, se caracteriza por el ideario de un Estado social y democrático de Derecho y por la sujeción de todo poder estatal a los derechos fundamentales. Para comprender la materialización de estas ideas es necesario apreciar la evolución histórica del proceso constituyente y la concepción que se tenía de la Constitución en Alemania desde finales del siglo XVIII. En lo que sigue deseamos trazar, *a grosso modo*, esta evolución.

II. EL CONSTITUCIONALISMO ALEMÁN DEL SIGLO XIX

La idea de la soberanía del pueblo no logró imponerse en la Alemania monárquica del siglo XIX. Las Constituciones alemanas del siglo XIX, pues, sirvieron en primera línea a la *limitación del poder monárquico* (1). La posición del monarca como titular del poder estatal no se cuestionaba. Las Constituciones únicamente aspiraban a vincular las intervenciones de la Administración monárquica en la libertad y la propiedad de los ciudadanos a condiciones y procedimientos determinados, así como someterlas, en determinados ámbitos, a la aprobación de la representación popular. A diferencia del desarrollo constitucional en los Estados Unidos y en Francia, en Alemania no se produjo ninguna transformación revolucionaria del Estado ni de la sociedad. La burguesía alemana no tenía suficiente fuerza política y, en parte, tampoco estaba dispuesta a eliminar la sociedad de castas tradicional y sustituirla por un orden estatal basado en la idea de la soberanía popular. En Alemania, el desmantelamiento de los privilegios de los estamentos superiores y el desenvolvimiento de una sociedad burguesa sobre la base de la igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y la libertad de propiedad se produjeron por la vía de reformas efectuadas desde arriba. De esta manera, el Estado monárquico se anticipó al cambio revolucionario y logró imponer su administración frente a las reivindicaciones de la burguesía, de incipiente pujanza.

La evolución constitucional en Alemania a comienzos del siglo XIX, además, estaba marcada por la *ausencia de un poder estatal central*. Sobre tierras alemanas había un sinnúmero de monarquías soberanas, principados y ciudades libres. En 1815, estas entidades formaron la Confederación Germánica con el fin de garantizar la seguridad interna y externa, así como la independencia y la inviolabilidad de los Estados territoriales alemanes (véase artículo 2 del Acta federal alemán del 8 de junio de 1815). La disposición del Acta federal de que cada Estado federado debía sancionar su Constitución (artículo 13) condujo a la aparición de un buen número de Cartas Constitucionales. En el lapso comprendido entre 1814 y 1824 entraron en vigor Constituciones nuevas en quince Estados. De éstas especialmente tres, a saber: la de Baviera de 1818, la de Baden de 1818 y la de Wurtemberg de 1819 acuñaron el proceso posterior de la evolución constitucional. Pese a que se trataba de

(1) Véase E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1991), pág. 29 (33 y sigs.); R. WAHL: *Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates*, en J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (ed.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I (1987), pág. 3 (7 y sigs.)

otorgamientos voluntarios de los monarcas, estas Constituciones integraban, por vez primera, catálogos de derechos de libertad e igualdad, cuya abolición o enmienda ya no dependía de la voluntad de los respectivos soberanos. Sin embargo, resulta significativo el que, además de algunos Estados de menor importancia, los dos poderes hegemónicos, Prusia y Austria, rehusaron con éxito durante mucho tiempo sancionar nuevas Constituciones.

El proceso alemán de unificación prosiguió, entonces, ante todo en el ámbito económico, con la creación de la Unión Aduanera Alemana de 1 de enero de 1834. La creación de la Confederación Germánica del Norte (*Norddeutscher Bund*), cuya Constitución surtió efectos el 1 de julio de 1867, imprimió nuevo ritmo a este proceso. Esta primera Constitución federal no contenía ningún catálogo de derechos fundamentales, como tampoco la Constitución subsiguiente del Reich alemán, del 16 de abril de 1871. Únicamente garantizaba la libertad de establecimiento y la libertad de industria y comercio (artículo 3). Esta falta de garantías fundamentales no sólo se debe a la oposición de Bismarck y de los partidos conservadores. Hay que recordar que la ejecución de medidas administrativas seguía concentrada en las manos de los diferentes Estados federados. Sus administraciones, empero, obedecían a las Constituciones estatales que para aquel entonces preveían, prácticamente sin excepción, garantías de derechos fundamentales (2). En este Estado federal monárquico, expresamente concebido como «Liga de los Príncipes», no fue viable la sanción de derechos fundamentales generales y vinculantes en la totalidad del territorio del Reich alemán, con prioridad sobre las Constituciones estatales.

Las garantías fundamentales consagradas en las Constituciones alemanas del siglo XIX se diferenciaban mucho, tanto en su alcance como en la vigencia de los derechos fundamentales garantizados en la Ley Fundamental, que compromete el poder estatal en su totalidad. Habían sido diseñadas principalmente con el fin de poner coto al ejecutivo monárquico, sin por ello descartar amplias posibilidades de regulación por parte del legislador, que las podía perfeccionar o restringir en su alcance, proceso en el cual participaba la representación popular (3). La Constitución y, por ende, los derechos en ella consagrados, sólo tenían una obligatoriedad limitada para los órganos legis-

(2) K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1: *Allgemeine Lehren der Grundrechte* (1988), pág. 119.

(3) Cfr. U. SCHEUNER: *Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts*, en E.-W. BOCKENFÖRDE (ed.): *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)* (segunda edición, 1981), págs. 319 y sigs.; R. WAHL: *Rechtliche Wirkungen und Funktion der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, *ibid.*, págs. 346 y sigs.

ladores. Ello se evidencia claramente en el *Acta de la Constitución de Prusia de 31 de enero de 1850* (4), aunque el Título II comprendía un exhaustivo catálogo de los «derechos de los prusianos», en el cual figuraban incluso derechos de libertad política como la libertad de opinión, la libertad de prensa, la libertad de asociación y la libertad de reunión. Ahora bien, el artículo 3 introductorio asegura expresamente que estas garantías no debían limitar la libertad de disposición del legislador:

La Constitución y la Ley determinan bajo qué condiciones... se adquieren, ejercen y pierden los derechos civiles.

Las garantías fundamentales, pues, no podían imponerse frente a las restricciones legalmente previstas: en la mayoría de los casos, el legislador se reservaba, de antemano y expresamente, una elaboración más detallada de dichas garantías y, en todo caso, éstas sólo daban cabida al derecho a abstenerse de intervenciones ilegales (5). En este contexto debemos considerar que la legislación en Prusia se encontraba en manos del rey, de la cámara de senadores y de la cámara de los diputados. Esta última se elegía con el sistema electoral de tres clases (artículo 71), poco democrático, el cual asignaba un peso específico a los votos emitidos en función de las prestaciones impositivas. No obstante, la administración de la justicia prusiana de aquel entonces se mostró favorable a aplicar directamente las normas de los derechos fundamentales de la Constitución (6). En todo caso, no sobrevaloramos la importancia de la acción de los tribunales prusianos, que nunca cuestionaron la libertad del legislador de disponer sobre las garantías constitucionales. Por lo general, se permitía que se aplicaran las disposiciones legales de una manera restrictiva. En una decisión importante del 17 de febrero de 1883, el *Reichsgericht*, es decir, la Corte Suprema en lo civil y lo penal, no sólo reprobó categóricamente un control de la constitucionalidad material, sino que también rechazó una interpretación de conformidad con la Constitución:

El hecho de que una ley, que no se anuncie como una ley de enmienda de la Constitución y que, además, tampoco se creó en la forma prevista para las enmiendas constitucionales, de acuerdo a una determinada interpretación del juez contradiga un principio de la Constitución, sólo puede considerarse como

(4) Véase E. R. HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 3 (1963), págs. 54 y sigs.; STERN: *op. cit.* en nota 2, pág. 1182.

(5) Cfr. acerca de la libertad de opinión G. ANSCHÜTZ: *Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat* (1912), pág. 500.

(6) Por ejemplo, la decisión del Tribunal Superior Prusiano (*Preußisches Obertribunal*) del 18 de marzo de 1853 (*Pr. Otr.*, vol. 25, pág. 220) acerca de la garantía de la libertad religiosa; véase, en términos generales, SCHEUNER, *op. cit.* en nota 3, págs. 333 y sigs.

un hecho entre muchos posibles, determinantes para la interpretación de leyes, y sólo podría ser calificado como el hecho decisivo si resultasen equivalentes las razones que favorezcan una u otra interpretación (7).

En contraposición a los derechos humanos de la Declaración francesa de 1789, los derechos fundamentales de las Constituciones alemanas del siglo XIX, otorgadas por el monarca, tampoco representaban un programa para la transformación del sistema feudal de la sociedad. El legislador fue imponiendo la reducción de los privilegios feudales de manera escalonada y paulatina, sobre todo por medio de los códigos modernos del Derecho privado (8). Al principio, los derechos de libertad no afectaban el orden feudal. Puesto que la Constitución aún no se concebía claramente como una norma de mayor jerarquía que las leyes, los derechos fundamentales figuraban como afirmaciones legales insertables en el Derecho existente, a veces modificándolo, pero no tenían gran influencia. En este sentido, la protección de la igualdad no significaba otra cosa que la igualdad ante la ley; no produjo ni la abolición de los fueros de la aristocracia ni tampoco significó, por ejemplo, la absoluta igualdad cívica de los judíos (9). Precisamente la poca eficacia de los derechos fundamentales suscitó la crítica marxista de la interpretación burguesa puramente formal de los derechos fundamentales (10).

Cabe agregar que no sólo respecto a su eficacia, sino también en el *alcance de su contenido*, las garantías consagradas en las Constituciones alemanas del siglo XIX quedaron a la zaga de las regulaciones equivalentes de los Estados Unidos y de Francia. Los catálogos de los derechos fundamentales alemanes no preveían ningún derecho de libertad general; en cambio, la Declaración francesa de los Derechos Humanos enuncia un derecho de libertad general en su artículo 4 antes de enumerar las diferentes libertades específicas. El catálogo alemán garantizaba esencialmente la libertad individual, la propiedad y la protección de la esfera privada. Asimismo, contenía ciertas garantías relacionadas con el proceso penal. Por otro lado, eran muy limitados los derechos relacionados con la participación política en el proceso de configuración del ordenamiento político. La libertad de prensa formalmente garantizada, por regla general quedaba a disposición del legislador; las garantías de la libertad de reunión o de asociación casi siempre brillaban por su ausencia.

(7) Sentencias del Tribunal Supremo en lo civil (RGZ), vol. 9, pág. 232 (234-235).

(8) Cfr. D. GRIMM: «Grundrecht und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung», en *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (1987), págs. 192 y sigs.

(9) SCHEUNER: *op. cit.* en nota 3, pág. 325.

(10) K. MARX: *Zur Judenfrage*, en K. MARX-F. ENGELS: *Werke*, vol. 1 (1961), pág. 347 (363 y sigs.).

El principio de la igualdad sólo se manifestaba en determinadas facetas, como, por ejemplo, igualdad en el acceso a cargos, igualdad en la carga impositiva y en el servicio militar; pero la igualdad jurídica no siempre regía las relaciones entre los mismos ciudadanos.

El carácter defensivo de los derechos fundamentales, conservador de la supremacía de la ley, también se refleja en la *doctrina constitucional* del siglo XIX. Los derechos fundamentales se concebían principalmente como afirmaciones de la ley objetiva, que restringían el poder estatal, y no como derechos subjetivos de los ciudadanos (11). Por lo general, no se aceptaba una interpretación jurídico-natural de los derechos fundamentales. Más bien, los derechos fundamentales se concebían como garantías otorgadas por el Estado y cuya finalidad era, en primera línea, evitar que el ejecutivo se inmiscuyera arbitrariamente en la libertad y la propiedad de los ciudadanos. Cabe subrayar la diferencia que se hacía entre los derechos que describían la libertad de los ciudadanos, que buscaban crear un espacio libre frente al poder estatal y que se formulaban como derechos negativos por un lado, y por el otro, los derechos referidos a la participación política (Derecho electoral, etcétera) (12). En esta diferenciación se manifiesta claramente la posición alemana de aquella época, que apreciaba la libertad como la expresión de la distancia que guardaba la ciudadanía frente al Estado y no tanto como una base política para un régimen comunitario libre (13).

La función más importante de los derechos fundamentales del siglo XIX fue el *sometimiento de la Administración a la ley* (14). Se deseaba que la determinación de condiciones previas y de límites a las facultades ejecutivas de intervención quedara reservada a la legislación. «Sin ley, ninguna intervención en libertad ni propiedad»: este principio, denominado *reserva de ley* (primacía del Derecho), fue la gran conquista jurídica de la burguesía alemana en el conflicto con la Corona y su Administración (15). Sin embargo, ésta fue la única dirección en que los derechos fundamentales pudieron desplegar

(11) Cfr. C. F. VON GERBER: *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (tercera edición, 1880), pág. 34; C. BORNHAK: *Preussisches Staatsrecht*, vol. I (segunda edición, 1911), págs. 285-286; F. GIESE: *Die Grundrechte* (1905), págs. 27 y sigs. Véase, en términos generales, STERN: *op. cit.* en nota 2, pág. 108.

(12) Cfr. ARETIN-ROTTECK: *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, vol. 2 (segunda edición, 1838), pág. 2; R. MAURENBRECHER: *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrecht* (1837), pág. 320.

(13) Véase R. SMEND: «Bürger und Bourgeois», en *Staatsrechtliche Abhandlungen* (segunda edición, 1968), págs. 314 y sigs.

(14) WAHL: *op. cit.* en nota 3, pág. 350.

(15) C. PIEROTH-B. SCHLINK: *Grundrechte-Staatsrecht*, II (sexta edición, 1990), pág. 12.

sus efectos sin ser contestados. Ello se evidencia con más claridad en los comentarios de Gerhard Anschütz en torno a la Constitución prusiana (16). Según Anschütz, los derechos fundamentales sólo comprendían una descripción casuística del principio de una Administración con arreglo a las leyes (17). Además subraya que las libertades del catálogo prusiano sólo aparecen enunciadas explícitamente «por razones de prudencia y respondiendo a la tradición constitucional» (18).

También el concepto del «Estado de Derecho» desarrollado en el siglo XIX se entendía en este sentido puramente formal. La esencia del Estado de Derecho se agotaba en la «legalidad de la Administración» (19). G. Jellinek decía: «Toda libertad es simplemente libertad de (no estar sujeto a) la coacción ilegal» (20). En Alemania, no obstante, ya en este siglo se plasmaron importantes garantías del Estado de Derecho en leyes ordinarias (21). Es el caso, sobre todo, de las leyes judiciales del Reich de los años setenta (Ley orgánica de la justicia, Código civil, Código penal y Ley de quiebras). Estas leyes garantizaban, entre otros, el principio de irretroactividad, la independencia de los tribunales, la garantía de la vía judicial ordinaria, el derecho a un juez legal, la inviolabilidad del domicilio y la libertad del individuo. Además se dieron los primeros pasos para el desarrollo de una *jurisdicción contencioso-administrativa*, realizada primordialmente en los diferentes Estados federados de Alemania (22). Ello significa que, pese a ciertas deficiencias y lagunas en el sistema de protección jurídica en la época del constitucionalismo, Alemania ya se había consolidado como un Estado de Derecho bien ordenado (23).

El debate constitucional experimentó un punto culminante durante la *Asamblea Nacional de Francfort en 1848-49*. La Constitución elaborada en aquella ocasión se fundaba, por vez primera, en el principio de la soberanía del pueblo y abogaba por una Alemania unificada. Pese a que nunca pudo ser llevada a la práctica debido a la resistencia ofrecida por los príncipes regentes, sus ideas conservaron una significación determinante para el desarrollo constitucional posterior. La presión de la burguesía liberal y los distur-

(16) ANSCHÜTZ: *op. cit.* en nota 5, págs. 96 y sigs. y 139 y sigs.

(17) *Ibid.*, pág. 89.

(18) *Ibid.*, pág. 135.

(19) D. MEIER: *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I (tercera edición, 1924), pág. 62.

(20) E. JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (segunda edición, 1919), pág. 103.

(21) Véase E.-R. HUBER: *Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem*, en *Festschrift für U. Scheuner zum 70. Geburtstag* (1973), pág. 162 (168 y sigs.).

(22) Véase G.-C. VON UNRUH: *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat* (1984).

(23) E. R. HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 4 (1969), págs. 85-86.

bios revolucionarios de los primeros días de marzo del año 1848 crearon una situación en la cual lucía factible la unificación democrática de Alemania. El 30 de marzo de 1848 la Asamblea federal exhortó a los Gobiernos alemanes a convocar elecciones para una Asamblea Nacional. Casi simultáneamente fueron derogadas las represivas Resoluciones de Karlsbad, que habían afectado notablemente a la libertad de prensa y de enseñanza universitaria, lo que abrió el paso a un amplio debate político. Los miembros de la Asamblea Nacional fueron designados por elecciones generales en los diferentes Estados alemanes, por lo que disponían de una legitimación democrática única para la Alemania del siglo XIX. Ninguna de las tendencias representadas en la Asamblea Nacional dudaba de la necesidad de integrar derechos fundamentales en la Constitución. Sin embargo, tuvo que esperarse hasta diciembre de 1848 para que, finalmente, se sancionara un catálogo de derechos fundamentales. Fue promulgado el 27 de diciembre de 1848 como «Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán» (24), pero no se materializó en todos los Estados; Baviera, Hannover, Austria y Prusia figuraron entre los que se abstuvieron. Estos derechos fundamentales, ampliados en algunos aspectos, corresponden a la sexta sección de la Constitución imperial del 28 de marzo de 1849 (§§ 130-189) (25). Conforme a la voluntad de la Asamblea Nacional, expresada en el § 130, los derechos fundamentales «debían servir de norma a las Constituciones de los Estados alemanes. Ninguna Constitución ni legislación de los Estados debía poder derogarlos o limitarlos en ningún caso».

La idea del Estado de Derecho que profesa la Constitución de la Iglesia de San Pablo trasciende el concepto de la pura legalidad. En un sentido material, se interpreta también como «Estado de la Justicia» (26). Al igual que en el pensamiento europeo-occidental y americano, se entendía que los derechos fundamentales debían constituir el fundamento necesario del Estado. En este marco, la protección de la libertad personal era de capital importancia, expresada a través de la garantía de un control judicial independiente y otras disposiciones de tipo procesal. Personas detenidas por la policía debían ser puestas en libertad o puestas a disposición de las autoridades judiciales el día siguiente a su detención (§ 138, párrafo 3). La Constitución de la Iglesia de

(24) *Reichsgesetzblatt*, 1848, pág. 50.

(25) *Reichsgesetzblatt*, 1849, pág. 110. Véase J.-D. KÖHNE: *Die Reichsverfassung der Paulskirche* (1985), particularmente págs. 159 y sigs.; SCHEUNER: *op. cit.* en nota 3, págs. 326 y sigs.; G. OESTREICH: *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, en K. A. BETTERMANN-F. L. NEUMANN-H. C. NIPPERDEY (eds.): *Die Grundrechte* (1966), pág. 1 (81 y sigs.).

(26) Véase, en detalle, KÖHNE, *ibid.*, págs. 381 y sigs. y 386.

San Pablo da amplia cabida a los principios de la división de los poderes y la legalidad de la Administración. Por otro lado, no quedó tan claramente acuñada en esta Constitución la reserva de ley, la exigencia de que toda intervención del ejecutivo en los derechos fundamentales de los ciudadanos requiere de una base formal y legal. El catálogo de los derechos fundamentales de la Constitución de la Iglesia de San Pablo abarcaba, además, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de opinión, la libertad de conciencia y culto y la libertad de ciencia y enseñanza, el derecho de petición, el derecho de reunión y la garantía de la propiedad.

Las ideas de la Asamblea Nacional, empero, contrastaban severamente con la situación política real, en la cual aún dominaba el Antiguo Régimen de los príncipes y monarcas. Sobre todo Austria y Prusia, las potencias dominantes, y también Baviera, Sajonia y Hannover, se negaban a aprobar tales limitaciones a los privilegios monárquicos. Cuando Federico Guillermo IV, rey de Prusia, rechazó la corona imperial a él ofrecida, fracasó la Constitución imperial. En la Resolución federal del 23 de agosto de 1851 se estableció que «los derechos fundamentales del pueblo alemán» no podían cobrar vigencia en los diversos Estados alemanes ni en calidad de Ley imperial ni como parte de la Constitución del Reich. Por ende, debían ser declarados derogados en todos los Estados federados. Así fracasó la Constitución de la Iglesia de San Pablo en la realidad política de una Alemania de corte monárquico del siglo XIX; no obstante, su concepción de un concepto del Estado de Derecho de interpretación material (no sólo formal) y su profesión de los derechos fundamentales constituyeron un aporte esencial al debate constitucional democrático del siglo XX.

III. LA CONSTITUCION DE WEIMAR DEL 11 DE AGOSTO DE 1919

La Constitución de Weimar fue redactada después de la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial y la caída del monarca alemán. Una vez que el emperador Guillermo II renunció al trono el 9 de noviembre de 1918, se proclamó la República en Berlín. La Constitución de Weimar fue elaborada sobre el trasfondo de una situación política extremadamente inestable, en la cual se enfrentaban irreconciliables agrupaciones políticas de la extrema izquierda y derecha. La derrota militar que ya se vislumbraba a finales de 1918 había engendrado un movimiento de insurrección entre los desilusionados marineros y soldados que rápidamente contagió los grandes centros industriales y condujo a la formación de consejos de trabajadores y soldados. Pese a todas estas adversidades, finalmente las fuerzas políticas moderadas se impu-

sieron con su proyecto de una Asamblea Nacional constituyente contra el plan de instalar una República de consejeros. Los miembros de la Asamblea Nacional constituyente, que se convocó el 6 de febrero de 1919 en Weimar, habían sido designados en elecciones libres y secretas conforme a los principios del sistema electoral proporcional. Se reconoció el derecho de votar a las mujeres. En la Asamblea Nacional dominaba la denominada coalición de Weimar, formada por el Partido Socialdemócrata, el Centro y el Partido Democrático Alemán.

La Constitución de Weimar reconoció, sin dejar lugar a dudas, el principio de la soberanía del pueblo. En contraposición a las leyes fundamentales de las monarquías constitucionales del siglo XIX, es el «pueblo alemán, unido en todas sus razas», quien «se ha dado esta Constitución» (preámbulo). En ésta se reflejan los fuertes cambios industriales y sociales que la sociedad alemana venía atravesando desde finales del siglo XIX. Puesto que resultó ser un arreglo entre las fuerzas antagónicas de aquella sociedad (27), no adoptó ninguna decisión clara por un ordenamiento social determinado. Las disposiciones sobre la economía (artículos 151 y siguientes) garantizaban expresamente la libertad contractual, la propiedad y el derecho hereditario. La idea de que la propiedad implica una obligación social se fijó en el artículo 151, párrafo 2:

La propiedad obliga. Su utilización también deberá servir al bien de la comunidad.

También se preveía la expropiación para realizar reformas agrarias y para la creación de espacio habitacional (artículo 155), así como la socialización de empresas adecuadas del sector privado (artículo 156). La propiedad ya no se consideraba como un derecho inviolable impuesto al Estado. Ahora era factible vincular la propiedad a la obligación de que surta provecho para la comunidad, pudiendo ser incluso convertida en propiedad comunitaria. El espíritu de compromiso de la Constitución de Weimar también se refleja en su carácter neutral frente a cualquier enmienda constitucional. De acuerdo al artículo 76, la Constitución podía ser modificada por los legisladores, con una mayoría de dos tercios (28). Algunos profesores de Derecho público en

(27) «... compromiso entre grandes poderes que forman el Estado, entre burguesía y trabajadores», G. ANSCHÜTZ: *Drei Leitgedanken zur Weimarer Reichsverfassung* (1923), pág. 26.

(28) G. ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reichs* (decimocuarta edición, 1933), pág. 403, constata expresamente que por esta vía se pueden realizar enmiendas constitucionales «de todo tipo», «incluyendo las que se refieren a la naturaleza legal de la totalidad del Reich (Estado federal), la distribución de competencias entre el Reich y los Länder, la forma estatal y gubernamental del Reich y de los Länder (república, democracia, derecho electoral, parlamentarismo, referéndum, iniciativa popular) y otras cuestiones principales (¡derechos fundamentales!)».

Weimar (Carl Bilfinger, Carl Schmitt, Heinrich Triepel y otros) intentaron salvar determinadas decisiones básicas de la Constitución de esta modalidad de enmienda, objetivo este que no lograron imponer en la práctica (29).

La Constitución de Weimar incluye un *catálogo de derechos fundamentales* muy amplio (artículos 109-165), cuyo perfeccionamiento fue objeto de acaloradas discusiones en la Asamblea Nacional (30). Las garantías de los derechos de libertad clásicos se apoyaban, en muchos casos, en el modelo de la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1848-49, utilizando incluso el mismo tenor literal, particularmente en el caso de la libertad de circulación (artículo 111), la libertad del individuo (artículo 118) y también la libertad de conciencia y religiosa (artículo 135). Además, los epígrafes «La vida de la comunidad», «Religión y sociedades religiosas», «Formación y escuela», «La vida económica» contenían un gran número de garantías institucionales, decisiones político-culturales y político-económicas, así como derechos sociales. Las metas sociopolíticas automáticamente obtuvieron jerarquía constitucional sin que existiera acuerdo sobre su perfeccionamiento legal. A nivel jurídico, se trataba de un complejo de derechos subjetivos, garantías objetivas, principios orientadores, líneas directrices y programas para la configuración futura de la vida comunitaria. Principios como el de la obligación cívica de prestar servicio personal al Estado y al municipio (artículo 133), la educación escolar dirigida hacia la formación de civismo y reconciliación entre los pueblos (artículo 148), la participación igualitaria de trabajadores y empleados en la regulación de condiciones salariales y laborales (artículo 165) evidencian que con este sistema constitucional parlamentario se deseaba crear el fundamento para una sociedad republicana.

La sobrecarga del texto constitucional de contenidos programáticos fue más bien contraproducente para una realización efectiva de los derechos fundamentales y de libertad clásicos. El problema de la aplicabilidad directa y vigencia de los derechos fundamentales dio pie a considerables dificultades de interpretación. La Asamblea Nacional debatió controvertidamente la cuestión de la vigencia legal de la segunda parte principal de la Constitución de Weimar. La Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional había propuesto estipular la siguiente disposición introductoria para el capítulo de los derechos fundamentales:

(29) Aparte de los nombrados, véase también R. THOMA: *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeine*, en H. C. NIPPERDEY (ed.): *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I (1929), págs. 38 y sigs.

(30) Cfr. STERN: *op. cit.* en nota 2, págs. 121 y sigs.; H. SCHNEIDER: *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919*, en J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (ed.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I (1987), pág. 85 (106).

Los derechos y los deberes fundamentales representan las líneas directrices y las restricciones para la legislación, la administración y la actividad judicial en el Reich y en los Estados federados (31).

El pleno de la Asamblea Nacional, sin embargo, rechazó la inclusión de tal disposición, porque de acuerdo a la mayoría de las opiniones expresadas no contribuía nada a resolver la cuestión de si los derechos fundamentales representaban Derecho directamente vinculante o si, más bien, debían ser concretados por la vía de legislación futura (32). Se impuso la opinión de H. Preuss, según la cual esta cuestión no debía ser contestada de forma general, sino caso por caso, «dependiendo del tenor de cada artículo» (33). Dicha opinión también incidió decisivamente en la doctrina del Derecho estatal de Weimar (34). Basándose en el texto, el sentido y la finalidad de las disposiciones correspondientes, ésta afirmó reiteradas veces la vigencia directa de los derechos fundamentales frente a la Administración y la Justicia (35). Se consideraba que varios derechos fundamentales eran «resistentes frente al poder policial» (*polizeifest*) (36). El ámbito de aplicación de estos derechos fundamentales no podía ser restringido por los órganos policiales, salvo en los casos para los que existían disposiciones legales especiales (del Reich o de los Länder). Las facultades de poder policial general para garantizar el mantenimiento de la seguridad y del orden público no eran una base suficiente para permitir tales restricciones. Así, por ejemplo, se consideraba que la libre circulación (artículo 111), el secreto postal (artículo 117), la libertad de prensa (artículo 118), así como la libertad de asociación y de reunión (artículos 123 y 124) eran garantías «resistentes» frente a la injerencia policial (37).

En cambio, se discutió hasta el final la forma en que el legislador debía ser sometido a la ley. El hecho de que los derechos fundamentales, aparte de poder ser enmendados por la vía constitucional (artículo 76), se podían derogar por medio del derecho del presidente del Reich de dictar decretos-leyes en

(31) La denominada propuesta V, cit. de H. TRIEPEL: *Quellensammlung zum deutschen Reichsstaatsrecht* (cuarta edición, 1926), pág. 42.

(32) Véase la discusión en ANSCHÜTZ: *op. cit.* en nota 28, pág. 515.

(33) Cit. de STERN: *op. cit.* en nota 2, pág. 123.

(34) Cfr. ANSCHÜTZ: *op. cit.* en nota 28, pág. 515; C. SCHMITT: *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, en G. ANSCHÜTZ-R. THOMA (eds.): *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. II, pág. 572 (598 y sigs.); C. GUSY, *Die Grundrechte in der Weimarer Republik*, «Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte», 15 (1993), págs. 163 y sigs.

(35) Véase la recopilación de SCHMITT: *ibid.*

(36) ANSCHÜTZ: *op. cit.* en nota 28, pág. 519.

(37) ANSCHÜTZ: *op. cit.* en nota 28, pág. 519.

caso de que se presentasen considerables trastornos o amenazas de la seguridad y del orden público (artículo 48, párrafo 2), más bien perjudicaba su eficacia. Asimismo, la Constitución de Weimar ofrecía al legislador un instrumentario en forma de reservas de ley y límites, con el que podía limitar los derechos fundamentales. Puesto que no se había reconocido un control estricto de la proporcionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales ni se había declarado inviolable su contenido esencial, la doctrina del Derecho público de Weimar consideraba que los derechos fundamentales «marchaban en vacío» (38).

La Constitución de Weimar tampoco conocía una jurisdicción constitucional que hubiera podido decidir con carácter vinculante sobre la cuestión de la vigencia de los preceptos fundamentales. La Corte del Estado para el Reich (*Staatsgerichtshof*), prevista en la Constitución (véase artículo 108), sólo contaba con facultades limitadas, relacionadas con los litigios constitucionales entre los Länder y el Reich, así como entre los Länder mismos. Esta Corte no era competente para revisar la constitucionalidad de las leyes por la vía de un control abstracto o concreto de las normas. El único control previsto en la Constitución de Weimar se limitaba a la revisión de la constitucionalidad y de la conformidad de las leyes emitidas por los Länder a las leyes del Reich (artículo 13). Esta revisión le incumbía al Tribunal Supremo del Reich o bien al Tribunal de lo contencioso financiero del Reich (*Reichsfinanzhof*) (39). Durante todo el período de la República de Weimar se debatió si este control de las normas debía extenderse a la revisión de la constitucionalidad de las leyes del Reich.

La falta de una jurisdicción constitucional institucionalizada no se vio compensada por la utilización de un derecho material de revisión por parte del Tribunal Supremo del Reich (40). Pese a que la Constitución de Weimar no incluía ninguna regulación expresa al respecto, este Tribunal extendió el derecho de revisión de los jueces ordinarios a la revisión de la constitucionalidad material, un derecho que en la época constitucional anterior sólo se refería a la constitucionalidad formal de las leyes. El Tribunal justificó su decisión de la siguiente manera:

(38) Véase R. THOMA: *Festgabe zur Feier des 50. jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts* (1925), pág. 195. Cfr. también E. R. HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6 (1981), págs. 99-100.

(39) Cfr. la Ley de desarrollo del artículo 13, párrafo 2, de la Constitución del Reich del 8 de abril de 1920 (*Reichsgesetzblatt*, 1920, pág. 510) y § 6 de la Ley de reajuste financiero en su versión del 23 de junio de 1923 (*Reichsgesetzblatt*, 1923, I, pág. 494).

(40) Cfr. HUBER: *op. cit.* en nota 38, págs. 564 y sigs.

La Constitución del Reich ha incluido en el artículo 102 la máxima establecida en § 1 del Código Civil de que los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley. Esta disposición no excluye el que el juez pueda desconocer la vigencia de una ley del Reich o una de sus disposiciones cuando ésta se encuentre en contradicción con otras disposiciones a ser observadas por el juez. Esto sucede cuando una ley contradice un precepto establecido en la Constitución del Reich y fue sancionada sin contar con los requisitos prescritos en el artículo 76 de la Constitución del Reich para una enmienda constitucional. Las disposiciones de la Constitución del Reich sólo pueden ser derogadas por una ley de enmienda emitida de la forma prevista. Así, pues, siempre son vinculantes para el juez, incluso cuando se presenten disposiciones divergentes en una ley del Reich posterior, decretada sin miramiento de los requisitos contemplados en el artículo 76. El juez estará obligado a no aplicar las disposiciones contradictorias de la ley posterior (41).

Pese a que también otras Cortes Supremas reconocieron la ampliación del derecho de revisión de los jueces, en la práctica fue reducido su significado durante el período de Weimar. Ello se debía a que, por un lado, no se cuestionaba la ejecución de leyes que divergían de la Constitución. Todas las leyes imperiales sancionadas con la mayoría necesaria para modificar la Constitución se sustraían al derecho material de revisión de los tribunales. Se añade el hecho de que el pensamiento jurídico de aquella época estaba muy marcado por el positivismo. Para la magistratura conservadora de la época debía parecer revolucionaria la idea de revisar —y eventualmente rechazar— las disposiciones materiales del Derecho civil o penal bajo el cristal de los preceptos fundamentales más bien vagos y programáticos de la Constitución de Weimar.

Aparte de la creación incipiente y limitada de una jurisdicción constitucional, la Constitución de Weimar preveía, en su artículo 107, la instalación de *tribunales contencioso-administrativos* tanto para el Reich como para los Länder (= Estados federados), «con el fin de proteger a los individuos contra las prescripciones y disposiciones de las autoridades administrativas». Nunca fueron concluidos los trabajos previos que se realizaron para la creación de una jurisdicción imperial de lo contencioso-administrativo (42). Salvo algunos tribunales contencioso-administrativos especiales del Reich, el perfeccionamiento del régimen de lo contencioso-administrativo permaneció en manos de los Länder. En sus códigos se denota una tendencia clara hacia la creación de tribunales autónomos de lo contencioso-administrativo dotados de amplias

(41) Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de noviembre de 1925, *RGZ*, vol. 111, pág. 320 (322-323).

(42) Cfr. HUBER: *op. cit.* en nota 38, págs. 568 y sigs.

competencias. En relación con las leyes de los tribunales contencioso-administrativos de los años 1922 a 1924, Walter Jellinek constató que el futuro pertenecía a una cláusula general que permitiera el recurso de anulación de todas las disposiciones, órdenes y decisiones de las autoridades administrativas (43).

Pese a que fracasó, la República de Weimar contribuyó sustancialmente al desarrollo posterior de los principios del Estado de Derecho. Es verdad que las garantías fundamentales fueron ampliadas considerablemente; sin embargo, este proceso no fue acompañado por la introducción simultánea de los respectivos procedimientos para que fueran efectivamente realizadas. Sólo de forma muy vacilante los tribunales aplicaban directamente las garantías de los derechos fundamentales, que en gran parte estaban a disposición del legislador. Pese a estas circunstancias, resulta inimaginable el desarrollo que experimentaron los derechos fundamentales en la Ley Fundamental sin la labor previa realizada por los expertos del Derecho político en Weimar. El fracaso de la República de Weimar no debería ser achacado tanto a las estructuras de la Constitución del Reich, sino más bien a la debilidad de los partidos que apoyaban el compromiso de Weimar y también a la crisis económica, que se iba agudizando y que condujo a una radicalización del electorado alemán. «Si el Reich de Weimar hubiese contado con partidos políticos de la clase que se presupone en una democracia parlamentaria, con voluntad de firmar acuerdos y capacidad de formar coaliciones, y el electorado hubiese dado la mayoría de los votos a estos partidos, la República de Weimar hubiese subsistido aun con aquella Constitución» (44).

IV. LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA DEL 23 DE MAYO DE 1949

A) *Sobre la creación de la Ley Fundamental*

El movimiento nacionalsocialista, que ostentaba el poder en Alemania desde 1933, había implantado un régimen que despreciaba los principios más elementales de la dignidad humana y del Estado de Derecho. El régimen

(43) W. JELLINEK: *Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, cuaderno 2 (1925), pág. 16 (58).

(44) E. FRIESENMAHN: *Zur Legitimation und zum Schreiten der Weimarer Reichsverfassung*, en K. E. ERDMANN-H. SCHULZE (eds.): *Weimar, Selbstpreisgabe einer Demokratie* (1980), pág. 81.

nacionalsocialista había convertido en política el terror estatal. Cualquier tipo de oposición política se perseguía implacablemente. Las violaciones de los derechos humanos llegaron a su momento álgido durante los años de guerra, cuando millones de judíos, gitanos y disidentes políticos se convirtieron en víctimas del holocausto organizado por el Estado. El aparato judicial no estaba en condiciones de detener el terror impuesto por el Estado.

Cuando en el año 1945 fue derrumbado el régimen nacionalsocialista, la protección efectiva de los derechos humanos y fundamentales constituyó una prioridad a la hora de reconstruir la estatalidad alemana. Lo que había quedado del país se dividió en cuatro zonas ocupadas. Tres correspondían a las potencias ocupantes occidentales, a saber: el Reino Unido, los Estados Unidos de América y Francia; una zona oriental se adjudicó a la Unión Soviética como cuarta potencia ocupante. Las cuatro potencias no lograron ponerse de acuerdo sobre el destino posterior de Alemania. En las zonas de ocupación occidentales, los aliados abogaron por la convocatoria de una Asamblea Nacional constituyente. Exigían en los documentos de Francfort, entregados a los primeros ministros de los once Länder alemanes el 1 de julio de 1948, que la nueva Constitución democrática incluyera las garantías de los derechos y las libertades individuales («contained guarantees of individual rights and freedoms») (45). Del 10 al 23 de agosto de 1948 una comisión de expertos, denominada «Convención constitucional», se dio cita en el lago Herrenchiemsee, en la Baviera Alta, con el fin de elaborar un proyecto de Ley Fundamental. Posteriormente, el Consejo Parlamentario, cuyos miembros habían sido designados por las dietas de los once Länder pertenecientes a las zonas ocupadas occidentales, se dedicó a debatir dicho proyecto. Las deliberaciones se realizaron bajo la impronta de las experiencias del sistema constitucional de Weimar y la dictadura de Hitler. A la hora de decidir la pregunta central sobre el restablecimiento del sistema parlamentario, la Constitución de Weimar sirvió como ejemplo. El catálogo de los derechos fundamentales, orientado por los derechos fundamentales de libertad de las Constituciones de Weimar y de la Iglesia de San Pablo, fue colocado al comienzo de la Constitución e introducido con la siguiente norma ética fundamental (artículo 1):

La dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal.

En la Convención de Herrenchiemsee se volvió a plantear la cuestión, ya discutida en Weimar, de la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales. Al respecto, Hermann Brill expresó lo siguiente:

(45) Documentos sobre el desarrollo político futuro («Frankfurter Dokumente») del 1 de julio de 1948, reproducidos en B. DENNEWITZ: *Bonner Kommentar, Einleitung*, págs. 39 y sigs.

Para nosotros, la idea de la libertad del ser humano es prioritaria a todos los demás fines estatales... Nosotros habremos de decidir si deseamos crear derechos fundamentales con una reserva de ley insustancial, lo que prácticamente conduciría a que siga vigente el antiguo derecho administrativo. Se repetiría la situación de la Constitución de Weimar, absolutamente insatisfactoria. La otra posibilidad sería presentar los derechos fundamentales de tal manera que adquirieran vigencia legal inmediata y que la realización de los derechos humanos aparezca como el verdadero objetivo político del Gobierno, de la legislación, de la Administración y de la jurisdicción. Debemos procurar conseguir los medios y caminos para garantizarlo, no sólo expresarlo (46).

Pensamos que la posición de Brill concordaba con la opinión mayoritaria de los delegados y con la posición general del pueblo alemán. Los resultados de las deliberaciones de la Convención de Herrenchiemsee y del Consejo Parlamentario se resumen como sigue (47):

- La Ley Fundamental incluye un catálogo de derechos fundamentales que encabezan la Constitución.
- El catálogo de derechos fundamentales se limita particularmente a los clásicos derechos de libertad individuales, pero también tiene en cuenta la experiencia del régimen dictatorial.
- Los derechos fundamentales son, sobre todo, expresión de la idea de los derechos humanos. Así, pues, en su esencia se originan antes de la formación del Estado. En parte, radican en el Derecho natural cristiano dado por Dios, y en parte, son considerados innatos al ser humano. La filosofía de los derechos fundamentales es neutral.
- Los derechos fundamentales, en primera línea, desean limitar el poder estatal, pero también deben poder ser aplicados a grandes organizaciones sociales.
- Los derechos fundamentales son de vigencia inmediata; no sólo son vinculantes para Administración y Jurisdicción, sino también obligan a la legislación.
- Se consideró que este concepto de los derechos fundamentales no permitía la inclusión de deberes fundamentales.
- No existe ninguna reserva de ley general para los derechos fundamentales; sólo hay ciertas posibilidades especiales, muy específicas, de limitar determinados derechos fundamentales.

(46) *Der parlamentarische Rat 1948-1949 – Akten und Protokolle*, vol. II, págs. 75-76.

(47) Cfr. STERN: *op. cit.* en nota 2, págs. 146 y 157.

B) *La importancia de los derechos fundamentales en el régimen constitucional alemán*

Con la consciente intención de alejarse de la situación jurídica de la Constitución de Weimar, el artículo 3, párrafo 3, de la Ley Fundamental declara que los derechos fundamentales son de vigencia inmediata:

Los derechos fundamentales enunciados a continuación tienen vigencia inmediata y son vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción.

Aquí se decide, sin dejar lugar a dudas, la cuestión controvertida de la época de Weimar de la vigencia legal y la calidad vinculante de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales se consideran derecho preferente para el Estado en todas sus facetas (legislación, poder ejecutivo, jurisdicción). Mientras que la época de Weimar se caracterizó por el lema «derechos fundamentales sólo en el marco de las leyes» (48), hoy día las leyes rigen sólo en el marco de los derechos fundamentales. Así se materializa el principio del Estado de Derecho. El sometimiento del poder político a la ley, expresado en el artículo 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental, ya no representa sólo la vinculación a una ley de contenido arbitrario. Al amparo del artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental, supone la vinculación del poder político a una ley que se ajusta a los derechos fundamentales.

Ya en tiempos anteriores se había reconocido que los ámbitos de la Administración y Jurisdicción debían estar sujetos a los derechos fundamentales. La innovación decisiva del artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental resulta ser la *ampliación del efecto vinculante a la legislación*. El legislador no debe sancionar ninguna ley que contradiga los derechos fundamentales. En el momento que el poder legislativo desobedece este precepto, actúa inconstitucionalmente (artículo 20, párrafo 3, Ley Fundamental); leyes inconstitucionales pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional Federal (véase § 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). Por otro lado, la mayoría de los derechos fundamentales están dotados de una reserva de ley, salvo, por ejemplo, la libertad religiosa y de culto (artículo 4 Ley Fundamental) y la libertad del arte y de la ciencia (artículo 5, párrafo 3, Ley Fundamental). Salvo estas excepciones, el legislador está facultado para limitar los derechos fundamentales. Sin embargo, tendrá que observar las prescripciones del artículo 19, párrafos 1 y 2, de la Ley Fundamental:

Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter

(48) H. KRÜGER: *Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, pág. 626.

general y no ser limitada al caso individual. Además deberá señalar el derecho fundamental afectado, indicando el artículo correspondiente.

En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

El artículo 19, párrafo 2, de la Ley Fundamental establece un límite material a las restricciones posibles de los derechos fundamentales. En este orden de ideas se discute si dicho límite representa una magnitud absoluta y fija o si, por el contrario, debe ser determinada en cada caso concreto y, por tanto, representaría una magnitud relativa. El Tribunal Constitucional Federal se ha expresado en favor de la adopción de un núcleo fijo e inalterable de los derechos fundamentales (49). A la garantía del contenido esencial, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha agregado el principio de la proporcionalidad (50). Conforme a este principio, sólo se permitirá limitar los derechos fundamentales en la medida que sea absolutamente indispensable para la protección de otros bienes jurídicos. Las medidas legales deberán adecuarse para fomentar o realizar el objetivo enunciado en ellas o la finalidad perseguida. Las medidas deberán ser necesarias, lo que supone que no serán posibles otras medidas de la misma idoneidad que representen para el ciudadano una carga menor (principio de la intervención mínima). Asimismo, al ponderar los bienes jurídicos en cuestión, la carga que suponga la medida para el individuo no deberá ser desproporcionada con respecto al objetivo perseguido al aplicarla (principio de la proporcionalidad en sentido estricto).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal frecuentemente se refiere a este principio cuando expresa que una medida no deberá «significar una carga exagerada» para el afectado ni deberá ser «inexigible». Un buen ejemplo constituye la llamada «decisión sobre las farmacias», en la cual el Tribunal formuló exigencias relativas a la admisibilidad de la intervención en

(49) En una decisión sobre la admisibilidad de la utilización procesal-penal de grabaciones secretas, el Tribunal señaló: «Por lo demás, conforme al artículo 19, párrafo 2, LF, el derecho fundamental expresado en el artículo 2, párrafo 1, LF [Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad] no debe ser afectado en su contenido esencial... Ni intereses prevaecientes de la comunidad pueden justificar una intromisión en el espacio de la configuración privada de la vida personal, espacio absolutamente protegido; no se pondera de acuerdo al principio de la proporcionalidad» (Decisiones del Tribunal Constitucional [BVerfGE], vol. 34, pág. 238 [245]; vol. 35, pág. 36 [39]).

(50) Véase P. LERCHE: *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961); H. SCHNEIDER: *Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere von Gesetzen*, en *Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 2 (1976), págs. 390 y sigs.; L. HIRSCHBERG: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981).

la libre elección de la profesión (51). El objeto de esta decisión era una disposición de la Ley de Farmacias de Baviera, según la cual sólo se autorizarían farmacias nuevas si su instalación correspondía al interés público de asegurar el abastecimiento del pueblo de medicamentos y cuando, además, era previsible que su base económica estaba asegurada y no afectaría demasiado a las farmacias vecinas.

El Tribunal Constitucional Federal anuló esta disposición. Según el máximo órgano jurisdiccional, un reglamento que vinculaba el ejercicio de una determinada profesión al cumplimiento de ciertas condiciones previas y, por tanto, afectaba a la libertad profesional, sólo se justificaba cuando se tratara de proteger un bien común evidente, preferente a la libertad del individuo. Por otro lado, se consideró que sería admisible una regulación que se refiriera únicamente al ejercicio de la profesión si existieran argumentos razonables del bienestar común que la hicieran de utilidad. El acatamiento estricto del principio de la proporcionalidad conduce a que regularmente se puede prescindir de recurrir a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.

La vinculación inmediata del legislador a los derechos fundamentales significó pisar tierra nueva a nivel constitucional; someter al poder ejecutivo había sido una batalla ya ganada en el período de las monarquías constitucionales del siglo XIX. El concepto «poder ejecutivo», expresado en el artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental comprende todos los órganos ejecutivos, sean de la Federación o de los Länder. En todo caso, los funcionarios de la Administración prácticamente no necesitan recurrir directamente a los derechos fundamentales. Por regla general, se les ha respetado mediante leyes ordinarias que describen las facultades de la Administración. La ley sigue siendo el factor determinante para el ejecutivo, aunque, al interpretarla y aplicarla, es preceptivo respetar los derechos fundamentales. En el caso que parecieran factibles varias interpretaciones, «será elegida aquella que mejor responda a la intención de la Constitución» (52). Un ejemplo sería la Ley de Reuniones, que permite resolver manifestaciones si no fueran comunicadas con cuarenta y ocho horas de antelación. En principio, no hay razón para objetar esta regulación. El interés público requiere que los órganos policiales sean informados a fin de que se puedan hacer una idea de las medidas (por ejemplo, para regular el tráfico) a adoptar para que la manifestación pueda transcurrir sin trastornos. Esta regulación, sin embargo, se aplica en el marco del derecho fundamental de la libertad de reunión (artículo 8 de la Ley

(51) *BVerfGE*, vol. 7, pág. 377.

(52) *BVerfGE*, vol. 8, pág. 219 (221).

Fundamental). La obligación de avisar, pues, no es exigible en el caso de manifestaciones espontáneas que se forman en el acto por causas impredecibles (53). Para que el objetivo de la manifestación espontánea no se viera desvirtuado por el cumplimiento de las disposiciones respectivas, las autoridades deberán soportar el desacatamiento de ellas.

La jurisdicción contribuyó notablemente a la imposición efectiva de los derechos fundamentales en la totalidad del ordenamiento jurídico. Ello se debe sobre todo a la garantía de la tutela judicial efectiva, contemplada en el artículo 19, párrafo 4, de la Ley Fundamental, que ha sido denominado la «coronación del Estado de Derecho» (Dürig):

En caso de que el poder público atente contra los derechos de una persona, ésta dispone del recurso de la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será de los tribunales ordinarios...

Con su cláusula general, el artículo 19, párrafo 4, concede protección judicial completa, es decir, el acceso a un juez independiente (véase el artículo 97 de la Ley Fundamental). Sólo intereses públicos de peso podrían justificar, en casos excepcionales, la relegación a segundo plano del derecho inmediato a protección jurídica del ciudadano (54). El *standard* mínimo asegurado por el artículo que nos ocupa es complementado con los derechos fundamentales especiales de la justicia contemplados en los artículos 101-104 de la Ley Fundamental. Aparte de la prohibición de tribunales de excepción (artículo 101 Ley Fundamental) y la abolición de la pena de muerte (artículo 102 Ley Fundamental), también se garantiza ser oído por un tribunal (artículo 103 Ley Fundamental); este derecho tiene especial importancia como elemento constituyente del principio del Estado de Derecho. Garantiza al individuo ante un tribunal el derecho de ser informado exhaustivamente sobre el proceso y el derecho de expresarse antes de que se adopte una decisión, aunque sea por escrito, con respecto a los hechos efectivos y los hechos legales (55). El derecho a ser oído ante tribunales también exige que los jueces tomen conocimiento de lo que se someta a su juicio y que lo consideren en el momento de adoptar una decisión (56).

La Ley Fundamental no se conformó con el hecho de obligar a la jurisdicción ordinaria a respetar los derechos fundamentales. Con el *Tribunal Constitucional Federal* se ha creado una función jurisdiccional especial que dispone

(53) *BVerfGE*, vol. 69, pág. 315 (350-351) (Brokdorf).

(54) *BVerfGE*, vol. 51, págs. 284-285; vol. 67, pág. 43 (58).

(55) *BVerfGE*, vol. 1, pág. 418 (429); vol. 69, pág. 145 (148); vol. 81, pág. 123 (126).

(56) *BVerfGE*, vol. 21, pág. 191 (194); vol. 69, pág. 145 (148); vol. 70, pág. 288 (293-294).

de amplias competencias en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, debemos mencionar el recurso de inconstitucionalidad. Todo aquel que afirme que el poder público ha violado sus derechos fundamentales puede apoyarse en el artículo 93, párrafo 1, numeral 4a, de la Ley Fundamental y recurrir al Tribunal Constitucional Federal en la ciudad de Karlsruhe. Objeto del recurso puede ser cualquier acto del poder público. El alcance de los objetos de recurso posibles es congruente con el alcance de los objetos vinculados a los derechos fundamentales y también abarca el control del poder legislativo y judicial. Pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad tanto leyes que afecten al individuo mismo, en el presente y de forma inmediata, en sus derechos fundamentales (57), como también sentencias judiciales. En ambos casos, el control del Tribunal se limita al problema de la violación de los derechos fundamentales. En este sentido, la aplicación errónea de la ley por parte del juez sólo supone una violación si desconoce por completo o en principio la influencia de los derechos fundamentales, si la aplicación de la ley es claramente arbitraria o cuando se transgreden los límites de la competencia del juez. Debe tratarse de una violación del «derecho constitucional específico». La intensidad de la intervención es decisiva. «Cuanto más limite una decisión de un tribunal civil las condiciones de la existencia y actividad en libertad, protegidas por la Ley Fundamental, tanto más intensa deberá ser la revisión efectuada por el Tribunal Constitucional» (58). Por regla general, en el caso de sanciones penales se admite una mayor intensidad de intervención (59).

V. CONCLUSION

La historia alemana más reciente mostró que enumerar los derechos fundamentales y humanos en la Constitución no es suficiente para garantizar su realización efectiva. Su vigencia depende, sobre todo, de si se considera que los derechos fundamentales tienen aplicación inmediata y que son vinculantes para el poder estatal en todas sus expresiones (ejecutivo, legislativo y judicial). De otra forma, las garantías fundamentales no pasarían de ser papel mojado. Asimismo, es necesario establecer procedimientos adecuados para la imposición judicial de los derechos fundamentales que sean accesibles para todos

(57) *BVerfGE*, vol. 1, pág. 97 (101-102); vol. 28, pág. 83 (93-94); vol. 50, pág. 290 (319).

(58) *BVerfGE*, vol. 61, pág. 1 (6). Cfr. también *BVerfGE*, vol. 70, pág. 297 (316); vol. 73, pág. 261 (269); vol. 75, pág. 201 (221).

(59) *BVerfGE*, vol. 67, pág. 213 (223); vol. 75, pág. 369 (376).

los ciudadanos del país, independientemente de su nivel de formación o sus recursos financieros.

El problema fundamental de la realización de las disposiciones constitucionales consiste en que la Constitución es vinculante para el máximo poder estatal, es decir, que el ente destinatario coincide con el ente garantizador de dicha regulación (60). Bajo la Ley Fundamental se comprobó que la creación de una jurisdicción constitucional especializada e independiente es sumamente útil. De esta manera, la Constitución alcanzó una importancia fundamental para el proceso político en Alemania, que en realidad no había contado con una Constitución de tanto alcance anteriormente. La imposición efectiva de los derechos fundamentales en la totalidad del orden jurídico de la República Federal se debe, en mayor medida, al papel desempeñado por el Tribunal Constitucional. Sus decisiones disfrutaban de gran autoridad y prácticamente no son cuestionadas por la clase política. Lo más importante en este proceso fue que, desde el inicio, este máximo organismo judicial acumuló la confianza general y fue aceptado por todos como el último intérprete de la Constitución.

Sin embargo, la fuerza normativa de una Constitución depende, en última instancia, de la voluntad actual de las personas que participan en la vida constitucional, de traducir a la realidad los contenidos de la Constitución. El éxito de la Ley Fundamental ha de ser visto precisamente en el hecho de que haya producido un consenso constitucional extraordinario amplio.

(60) D. GRIMM: «Das Grundgesetz nach vierzig Jahren», en *Die Zukunft der Verfassung* (1991), pág. 372 (391).