

E
CG
BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE

H294 v
2006
2900
4
1600

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición

Presentación de
CONRADO HESSE

Edición, *prolegomena* y traducción de
ANTONIO LÓPEZ PINA

Exordio a la Segunda edición
ANTONIO LÓPEZ PINA

Prólogo a la Segunda edición
MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2001 BARCELONA

4. Consideraciones finales: límites externos de la reforma constitucional europea

174 El Tribunal Constitucional ha establecido adecuadamente como procedía los límites constitucionales que no podrá sobrepasar el futuro desarrollo de la Comunidad, indicando que en el proceso de transferencias de competencias soberanas a organizaciones interestatales no puede abdicarse permitiendo que se vean afectadas las estructuras básicas del orden constitucional republicano-federal²⁸⁵. Esta formulación es suficientemente flexible como para enjuiciar el futuro desarrollo comunitario desde los parámetros del Derecho Constitucional alemán. Al respecto —también para el diálogo entre los órdenes constitucionales de los países comunitarios— necesitamos más apertura de nuestro Derecho Constitucional de la que mostramos en ciertos debates dogmáticos del pasado; también sería beneficioso una mayor confianza en las posibilidades de configuración que —apoyándonos en acreditados principios de nuestro Derecho Constitucional— se ofrecen a la reflexión conjunta para desarrollo del Derecho europeo.

175 Una cosa sigue siendo inevitable a los efectos de una consideración constitucional. Las tareas que se plantean hoy a los Estados europeos desbordan con mucho su capacidad para hacerles frente. Esto no deja de tener significación a la hora de interpretar nuestro propio Derecho Constitucional. Se hace necesario un cambio de orientación. La incidencia que los órganos y entes supraestatales ejercen sobre la vida política nacional es a menudo percibida como intrusión en competencias estatales de decisión. Tanto más, cuanto que continúa dominando la escena la imagen del omnipotente y soberano Estado nacional. Sin embargo, debido a las inevitables imbricaciones políticas y económicas internacionales y a las numerosas tareas que sólo pueden resolverse hoy en términos de corresponsabilidad internacional, tal concepción pertenece definitivamente al pasado. Por eso, en lugar de quejarnos de la pérdida de competencias de un Estado incapaz ya de actuar por sí solo merecen particular observancia y atención sus derechos de configuración y concurso en torno a la futura constitución de la Comunidad. En concreto, para la República Federal en el seno de la Comunidad ello supone que la evolución constitucional asociada a la reunificación alemana deberá ser regida con miras a la integración europea; no sólo para asignar y asegurar al propio Derecho Constitucional el adecuado valor, sino para aportar sus principios al robustecimiento del control constitucional del creciente poder soberano europeo y contribuir a su vigencia. Hay que cobrar conciencia de la vinculación y dependencia existentes hoy entre la interpretación y la reforma constitucionales alemana y europea. Éste es el punto de vista decisivo de la evolución constitucional de nuestro tiempo.

de los derechos de control y colaboración democráticos. *Vid.* también el informe de la Comisión institucional (Ponente: D. Martín) de 26 de marzo de 1992.

²⁸⁵ BVerfGE 73, 339 (*Solange II*), Decisión de 22 de octubre de 1986.

CAPÍTULO III

Significado de los derechos fundamentales

CONRADO HESSE

SUMARIO: I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUALIDAD.—II. LA EVOLUCIÓN EN ALEMANIA.—III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REPÚBLICA FEDERAL.—1. Los derechos de la Ley Fundamental.—2. Derechos fundamentales de las constituciones de los *Länder*.—3. Derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los Tratados internacionales.—IV. OBJETO Y FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. La condición polifacética de los derechos fundamentales.—2. Los derechos fundamentales como derechos individuales de defensa y de concurso.—3. Los derechos fundamentales como principios objetivos.—V. DE LOS PROGRESOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. Nuevos planteamientos.—2. Derechos fundamentales como derechos de participación o de prestación.—3. Derechos sociales fundamentales.—4. Normas definidoras de tareas del Estado (*Staatszielbestimmungen*).—5. Realización y garantía de los derechos fundamentales por medio de la organización y del procedimiento.—6. Deber de protección por parte del Estado.—VI. TITULARES Y SUJETOS OBLIGADOS.—1. Titulares.—2. Sujetos obligados. El problema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.—VII. DESARROLLO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. Desarrollo.—2. Limitación.—VIII. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—1. Garantías frente a la abolición, al quebrantamiento y al vaciamiento de contenido de los derechos fundamentales.—2. Protección por el Poder judicial.—IX. HACIA UNA VALORACIÓN DEL CURSO SEGUIDO POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTUALIDAD

Un rasgo importante de nuestra época es la significación cada vez mayor de los derechos fundamentales¹, puesta de manifiesto en los esfuerzos de las Naciones Unidas que condujeron a la Declaración de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948² y, más recientemente, a los Convenios interna-

¹ Una descripción detallada de ello se encuentra en K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III, 1, 1988, pp. 209 ss.; cfr. también K. IPSEN, *Völkerrecht*, 1990, pp. 626 ss.

² Realmente esta Declaración sólo contiene directrices, sin constituir Derecho Internacional directamente vinculante, y, por ello, tampoco es vinculante a efectos internos, de acuerdo con el art. 25 GG.

cionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales³. Se evidencia también en la incorporación de derechos fundamentales a las Constituciones más recientes, como las de Portugal y España y, últimamente, las de los Estados del Este de Europa⁴. Se manifiesta en el reconocimiento de derechos fundamentales en el Derecho Comunitario⁵, así como en la importancia cada vez mayor de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado para garantizarlos. Finalmente, se pone de manifiesto en los objetivos y la actividad de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, cuya Acta final, de 1 de agosto de 1975, no ha creado Derecho Internacional vinculante, pero ha adquirido una significación esencial para los movimientos pro derechos humanos en los Estados del antiguo bloque del Este⁶.

2 Este avance universal de los derechos fundamentales en modo alguno excluye sea diferencias materiales, sea diferencias en su concepción o en sus garantías.

Así, un mismo derecho fundamental podía significar algo absolutamente diferente en una Constitución socialista y en el texto constitucional de una democracia occidental⁷; y mientras los derechos fundamentales aún hoy en Europa occidental y Norteamérica son interpretados básicamente según su significado originario (clásico) como libertades individuales y derechos políticos, surgen con desigual peso otras dimensiones: derechos sociales, de participación, de prestación para la satisfacción de las necesidades materiales básicas de la población; en especial en Estados del Tercer Mundo, derechos de grupos y de Estados, como el derecho al desarrollo, a la paz y a la protección del medio ambiente o el derecho a participar en el patrimonio común de la Humanidad; los derechos humanos se ven, así, colectivizados⁸.

Las formas de garantizar los derechos fundamentales pueden ser diferentes aunque exista conformidad en su contenido e interpretación, como ocurre en el ámbito reducido de las democracias occidentales. En ellas las soluciones oscilan desde regular una tabla minuciosa de derechos fundamentales en la Constitución (como sucede en Alemania), o remitirse a una Declaración histórica de Derechos Humanos (al igual que en Francia), hasta reconocer vigencia a los derechos fundamentales como garantías no escritas (así ocurre esencialmente en Gran

³ Convenio Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 (BGBl II, 1973, p. 1534); Convenio Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966 (BGBl II, 1973, p. 1570).

⁴ Cfr. sobre ello P. HÄBERLE, «Verfassungsentwicklungen in Osteuropa», en: *AöR* 117, 1992, pp. 169 ss.

⁵ Cfr. sobre ello sección 4; STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 1) pp. 292 ss.; M. A. DAUSES, «Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft», en: *JöR NF* 31, 1982, pp. 1 ss.; J. SCHWARZE, «Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft», en: *EuGRZ*, 1986, pp. 293 ss.

⁶ Cfr. sobre ello STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 1), pp. 265 ss.

⁷ Sobre los fundamentos a este respecto: STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 1), pp. 224 ss.

⁸ Estas diferentes interpretaciones son designadas como Derechos fundamentales de la primera, segunda y tercera generación (dimensión) (así, por ejemplo, W. BRÜGGER, «Menschenrechte im modernen Staat», en: *AöR* 114, 1989, pp. 539 ss.). Sin embargo, como se ha afirmado con razón, esta categorización no contiene indicio alguno de que la protección de los derechos fundamentales haya pasado de ser una protección individual a garantizar por igual a colectivos e individuos, para finalmente transformarse en puros derechos colectivos (ISEN, cit., n. 1, p. 643), de que estos postulados colectivos no constituyan desarrollos, sino exactamente expresión de diferenciada segmentación (H. HOFMANN, «Menschenrechtliche Autonomieansprüche», en: *JZ*, 1992, p. 165).

Bretaña). De la misma manera son diferentes su desarrollo concreto, la medida en que vinculan al legislador o la fiscalización judicial para garantizar su observancia.

Toda esta diversidad pone de manifiesto que la validez universal de los derechos fundamentales no supone uniformidad. La razón es bien conocida: el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos. Por ello, sólo teniendo en cuenta estos aspectos resulta posible una comprensión objetiva de las tareas, la conformación y la eficacia de los derechos fundamentales en un ordenamiento estatal concreto.

II. LA EVOLUCIÓN EN ALEMANIA

Los derechos fundamentales, que habían iniciado su carrera triunfal en las postrimerías del siglo XVIII con las magnas Declaraciones de Derechos Humanos, los *Bill of Rights* en América y las Declaraciones francesas de 1789 a 1795⁹, sólo con titubeos fueron admitidos, ya entrado el siglo XIX, en las Constituciones de los Estados alemanes, por ejemplo, en las Constituciones de Baviera y Baden de 1818, en la Constitución de Wurtemberg de 1819, o —bastante más tarde— en la Constitución prusiana de 1850. Pero ni siquiera en aquellos Estados en los que llegaron a formar parte de la Constitución desempeñaron en la práctica un papel considerable¹⁰. Su virtualidad se conseguiría por vez primera a raíz de la Revolución de 1848, con el intento de fundación del *Reich*. La Asamblea Nacional de Francfort comenzó a trabajar en la nueva Constitución del *Reich* con la deliberación y aprobación de una sección amplia de derechos fundamentales, que debía constituir el fundamento de la unidad nacional del pueblo alemán. Esa tentativa fracasó. El Imperio alemán, que luego se fundó en 1871, no se basaba en los derechos del pueblo, sino en los de los príncipes; consecuentemente, la Constitución de 1871 no contenía derechos fundamentales algunos.

Con el tránsito a la forma republicana y democrática de Estado, tras la Revolución de 1918, entraron los derechos fundamentales por vez primera en la Constitución del *Reich*. En la Asamblea Nacional de 1919 fue defendida la idea de que, fenecida la Monarquía, en adelante deberían tener los derechos fundamentales sobre todo una significación integradora. El proyecto de Federico NAUMANN, basado en esta idea¹¹, había influido bastante en la configuración de la relación de derechos de la Constitución del *Reich*. Pero tampoco durante

⁹ Sobre la historia de los Derechos fundamentales: G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 3.^a ed., 1919; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, 2.^a ed., 1978; STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 1), pp. 51 ss., en especial pp. 82 ss.; H. HOFMANN, «Die Grundrechte 1789-1949-1989», en: *NJW*, 1989, pp. 317 ss.

¹⁰ U. SCHEUMER, «Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts», en: *Staatslehre und Staatsrecht*, 1978, pp. 633 ss.; R. WAHL, «Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts», en: *Der Staat* 18, 1979, pp. 321 ss.

¹¹ Propuesta núm. 82: Propuesta de derechos fundamentales del diputado D. Naumann, *Verhandlungen der Nationalversammlung*, t. 336, pp. 171 ss.

la República de Weimar llegaron los derechos fundamentales a tener pleno despliegue y eficacia. El pasado gravitaba intensamente, y para la corriente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia sólo regía lo siguiente: se consideraba el contenido jurídico de los derechos fundamentales —siguiendo especialmente a JELLINEK, que había visto su esencia en la expresión de una auto-limitación del Estado y de un poder de disposición concedido por el Estado¹²— como una mera modificación de las situaciones vigentes hasta ese momento reguladas por leyes especiales, y conforme a ello los concebía más con un carácter jurídico-privado y jurídico-administrativo que estatal. Partiendo de tal teoría, los derechos fundamentales se consideraron en principio como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad. Faltaban salvaguardias jurídicas frente a infracciones, vaciamiento de contenido, modificaciones o abolición; serían incompatibles con esta concepción. Es cierto que una parte de la doctrina alemana del Derecho Político (*Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*) percibió y elaboró en creciente medida la significación de los derechos fundamentales; pero estas tendencias¹³, orientadas contra el formalismo y positivismo dominantes, no fueron capaces de imponerse en el espacio de tiempo existente hasta el año 1933. De esta forma, los derechos fundamentales no pudieron detener la eliminación por el Nacional-socialismo del ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho; es más, ni siquiera de impedirlo en una mínima proporción. Lo que siguió fue, durante los doce años de dominio nacionalsocialista hasta la capitulación incondicional del *Reich*, en 1945, el desprecio más absoluto de los derechos humanos y civiles.

- 6 Por breve que sea tal exposición histórica, resultan evidentes las diferencias que separan a Alemania de las grandes democracias occidentales. Ello explica su peculiaridad respecto de la situación de los derechos fundamentales: en su nacimiento faltaba el valioso patrimonio de una tradición, en virtud de la cual el contenido de los derechos fundamentales constituye el fundamento incuestionable de la vida política y trocena la conciencia de gobernantes y gobernados. La experiencia de un régimen totalitario que despreció al ser humano y su libertad y el hecho de que la carencia de tradición no permitiera considerar humanidad y libertad como obvias bases naturales del Estado han conducido, tras 1945, al esfuerzo por establecerlas y fortalecerlas en el nuevo ordenamiento hasta el mayor grado posible de garantía. De esta forma el nuevo ordenamiento jurídico se basa, ya desde el art. 1 GG, en el principio supremo, absoluto e intangible, de la inviolabilidad de la dignidad humana (art. 1.1 GG) y en el reconocimiento de los derechos inviolables e inalienables del hombre (art. 1.2 GG). Los derechos fundamentales y sus posibles limitaciones son regulados caso por caso por el Derecho Constitucional positivo; la Ley Fundamental intenta asegurar su vigencia jurídica de la manera más sólida posible y somete su observancia a controles judiciales.

¹² *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., 1905, especialmente pp. 81 ss.

¹³ Hay que mencionar especialmente E. KAUFMANN, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung» en: *VVDStRL* 3, 1927, pp. 2 ss; R. SMEND, «Das Recht der freien Meinungsäußerung, 1928», ahora en: *Staatrechtliche Abhandlungen*, 2.ª ed., 1968, pp. 91 ss; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928, pp. 163 ss.

Todo ello, establecido en el texto de la Ley Fundamental, ha sido ampliamente desarrollado, elaborado y progresivamente desarrollado por la jurisprudencia, en particular por la emanada del Tribunal Constitucional. La misma tarea ha sido asumida, en relaciones de enriquecimiento mutuo con la jurisprudencia, por la doctrina del Derecho Político, que en la actualidad sigue derroteros distintos a los de la época de Weimar. Todo ello ha conducido a una situación en la que los derechos fundamentales determinan y modelan no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica alemana. A los derechos fundamentales corresponde un significado desconocido hasta ahora en su historia constitucional. Seguidamente procede exponer en detalle tal situación.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REPÚBLICA FEDERAL

Las garantías de los derechos fundamentales en el Derecho positivo alemán tienen diversas bases. Los derechos fundamentales están garantizados tanto en la Ley Fundamental como en la mayoría de las constituciones de los *Länder*, teniendo consecuentemente la condición de Derecho Constitucional federal o de *Land*. Junto a ellos aparecen derechos fundamentales en normas de Derecho Internacional y que resultan aplicables como Derecho federal (ordinario), especialmente en la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁴. La aplicabilidad respectiva y las relaciones recíprocas de estas garantías —en gran parte de contenido análogo— están reguladas con claridad, de forma que apenas cabe la colisión en casos concretos.

1. Los derechos de la Ley Fundamental

La Ley Fundamental es la primera Constitución alemana que coloca a la cabeza del texto la relación de derechos fundamentales (arts. 1-19). Con ello expresa un rasgo esencial del nuevo ordenamiento democrático y de Estado de Derecho: el significado constituyente de los derechos fundamentales para este ordenamiento tras la época de menosprecio y graves violaciones de los derechos humanos por el régimen nacionalsocialista. Sin duda este catálogo no resulta excluyente. En los siguientes capítulos también se garantizan derechos que pueden considerarse fundamentales (por ejemplo, en los arts. 33, 101 ó 103 GG), y que también habían encontrado acogida por parte del Derecho alemán histórico en la tabla de derechos fundamentales de las constituciones. No obstante, considerados en conjunto, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se circunscriben básicamente a los clásicos derechos humanos y civiles. Los constituyentes de 1949 evitaron conscientemente incluir regulaciones de la vida económica, social y cultural que trascendieran tales derechos, como se contenían —aunque sólo como programa no vinculante para el legislador, según la interpretación dominante— en la Constitución del *Reich* de 1919¹⁵.

¹⁴ Sobre los derechos fundamentales de la Comunidad Europea (que integran el Derecho Comunitario, no Derecho alemán), cfr. *supra*, cit., n. 5.

¹⁵ En el presente texto se examinan únicamente y de forma breve las cuestiones generales relativas a los derechos fundamentales que guardan relación con todo esto. El contenido de los derechos fundamentales concretos se tratará en parte en los títulos siguientes y dentro de los capítulos 6 (secciones 2 y 3) y 7 (sección 4). Por lo demás, y conforme a la concepción de este manual,

2. Derechos fundamentales de las Constituciones de los Länder

9 Las constituciones de los *Länder* que ya estaban en vigor con anterioridad a la Ley Fundamental (Baviera, Bremen, Hesse, Renania-Palatinado, El Sarre) contienen una tabla más completa de derechos fundamentales que la *Grundgesetz*; lo propio puede decirse de las constituciones de los nuevos *Länder* de Alemania Oriental. De las creadas con posterioridad a la Ley Fundamental, las de Renania del Norte-Westfalia (art. 4) y Baden-Wurtemberg (art. 2) se han remitido a la Ley Fundamental para la incorporación de sus derechos fundamentales; al propio tiempo, garantizan ambos derechos fundamentales más avanzados. Las constituciones de Hamburgo, Baja Sajonia y Schleswig-Holstein no contienen derecho fundamental alguno. La última ha incorporado las normas definitorias de tareas del Estado (*Staatszielbestimmungen*) relativas a la igualdad de la mujer y a la protección del medio ambiente. En estos Estados rigen los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*. En la medida en que las constituciones de los *Länder* garanticen los derechos fundamentales de acuerdo con ella o los incorporen a sí mismas, entran en vigor como Derecho del *Land* (art. 142 GG). En cuanto el Derecho Constitucional del *Land* regule derechos fundamentales distintos a los de la *Grundgesetz*, dada la preeminencia del Derecho federal, aquéllos no pueden contradecir la Ley Fundamental.

10 Las garantías establecidas por las constituciones de los *Länder* para salvaguardar los derechos fundamentales cobran una importancia considerable allí donde entrañan decisiones en materias que son de su exclusiva competencia, como sucede sobre todo con el derecho escolar o de la enseñanza superior. Lo mismo puede decirse si se ha previsto un procedimiento de jurisdicción constitucional propio para la tutela judicial de dichas garantías (de acuerdo con el ordenamiento jurídico del *Land*). Hasta ahora esta vía la ha adoptado la Constitución bávara (art. 120); lo propio sucede con las constituciones de Berlín (art. 72), Brandenburgo (art. 112 f), Sajonia (art. 81) y Sajonia-Anhalt (art. 75 f) y así como los proyectos de Mecklemburgo-Antepomerania y Turingia.

3. Derechos fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los Tratados internacionales

11 Según el preámbulo, la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁶ pretende garantizar el recono-

se ha renunciado a una descripción; en consecuencia, hay que remitirse a los tratados de Derecho Público, a los comentarios a la GG, a la jurisprudencia allí citada y a la literatura especializada. El *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, ilustra sobre ello de forma completa. Pueden encontrarse descripciones sucintas en los tratados (breves) de Th. MAUNZ/R. ZIPPÉLIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 28.ª ed., 1991; E. STERN, *Staatsrecht*, 13.ª ed., 1991; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18.ª ed., 1991, así como en los comentarios de I. v. MÜNCH (ed.), t. 1, 3.ª ed., 1985, y t. 3, 2.ª ed., 1983; H. D. JARASS/B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., 1992.

¹⁶ Sobre ello cfr. STERN (cit. n. 1), pp. 273 ss.; K. J. PARTSCH, «Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention», en: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY (eds.), *Die Grundrechte*, 1, 1, 1966, pp. 125 ss.; H. GURADZKA, *Die Europäische Menschenrechtskonvention. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nebst Zusatzprotokollen*, 1968; H. GOL-

cimiento universal y efectivo de los derechos que en ella se proclaman, promoviendo con ello la integración europea. En la sección I regula derechos humanos concretos y sus posibles limitaciones; en las secciones II a IV intenta asegurar el cumplimiento de las obligaciones que la Convención impone a los Estados signatarios, mediante la creación de una Asamblea y de un Tribunal de Justicia para los Derechos Humanos. La Convención no es *norma general de Derecho Internacional*; por eso no comparte la prelación de rango de las mismas (art. 25.2 GG). Al contrario que en Austria, donde disfruta de rango constitucional, y en Suiza, donde vincula también al legislador de la Federación y a los Cantones, y donde cabe contra los quebrantamientos el recurso de queja, rige, como ya se ha dicho, con fuerza de ley federal ordinaria.

Sin embargo, esta diferencia de validez formal no modifica sustancialmente el significado objetivo de los Derechos de la Convención, que, como símbolo del progreso actual de los derechos fundamentales más allá del ámbito nacional, excluye la incomunicación entre derechos fundamentales nacionales y europeos. Por ello, como ha puesto acertadamente de relieve el Tribunal Constitucional, el contenido y la evolución de la Convención Europea de Derechos Humanos deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de la *Grundgesetz*; en tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye a la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales de la Constitución¹⁷.

Asimismo, en Alemania rigen con carácter de Derecho ordinario las disposiciones de la Carta Social Europea (que sólo establece obligaciones jurídico-internacionales de los Estados y no derechos individuales de los ciudadanos) y los Acuerdos Internacionales sobre Derechos civiles y políticos, y sobre Derechos económicos, sociales y culturales (*supra*, número al margen 3)¹⁸. En la práctica no tienen importancia significativa en la protección de los derechos fundamentales dentro de los Estados.

IV. OBJETO Y FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La condición polifacética de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y la dignidad humana. Ello sólo se consigue cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual. Ambas se encuentran inseparablemente

SONG, «Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und seine Mängel», en: MOSLER/BERN-HARDT/HILF (eds.), *Grundrechtsschutz in Europa*, 1976, pp. 7 ss.; J. FROWEIN/W. FEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 1985.

¹⁷ *BVerfGE* 74, 358 (370). Lo mismo cabe indicar para el procedimiento del recurso de amparo constitucional, a pesar de que éste no puede utilizarse para una violación de derechos sustentada en EMRK [*BVerfGE* 74, 102 (128)].

¹⁸ Sobre ello STERN, *Staatsrecht* (cit. n. 1), pp. 261 ss.; ISEN, *Völkerrecht* (cit. n. 1), pp. 641 ss.; Chr. TOMUSCHAT, *Die Bundesrepublik und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen. Vereinten Nationen*, 1978, pp. 1 ss.; W.-K. GECK, «Der Internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte: Anspruch und Wirklichkeit», en: *ZaöRV* 38, 1978, p. 182, en especial pp. 205 ss.

relacionadas. La libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la de la sociedad públicamente constituida como comunidad.

- 14 Estas circunstancias troquelan la singularidad, la estructura y la función de los derechos fundamentales: garantizan no sólo derechos subjetivos de los individuos, sino también principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de Derecho, fundamentos del Estado constituido a través de dichos derechos y de su ordenamiento jurídico. En su doble carácter muestran diferentes niveles de significación que respectivamente se condicionan, apoyan y complementan. Los derechos fundamentales actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de Derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución (*supra* cap. I, tít. 1, números marginales 5 ss.).

2. Los derechos fundamentales como derechos individuales de defensa y de concurso

- 15 Los derechos fundamentales y su especial garantía se proponen, a partir de la tradición y del desarrollo histórico alemán, prevenir ataques del Estado a la esfera de existencia individual. Éste es también el punto de partida mantenido hasta el momento por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹; a tenor de la historia y del contenido actual, los derechos fundamentales constituyen antes que nada derechos individuales, derechos humanos y civiles, cuyo objeto consiste en la protección de esferas concretas y más intensamente amenazadas de la libertad humana²⁰. El Tribunal se ha trazado como tarea, desde un principio, desarrollar una efectiva protección de estos derechos. Al esclarecer y fijar el contenido normativo y el alcance de los derechos concretos, sus relaciones recíprocas y los requisitos para su limitación (*infra* números marginales 64 ss.) ha hecho progresar sustancialmente, en comparación con épocas pretéritas, la eficacia real de los derechos fundamentales. En tal empresa se ha dejado guiar por la idea de que sólo es comprensible el ámbito de protección de un derecho fundamental observando los datos de la realidad social; y siendo así, no puede un cambio en los mismos dejar de ser tenido en cuenta —supuesto relevante, pongamos por caso, a la hora de determinar el alcance de la garantía de la propiedad²¹ o de la libertad de comunicación (radio y televisión)²².

- 16 El contenido de los derechos fundamentales en cuanto derechos subjetivos no se agota en este significado común y generalmente aceptado. Al sentido negatorio o de defensa se añade una significación positiva no menos importante:

¹⁹ Cfr. *BVerfGE* 7, 198 (204 ss.).

²⁰ *BVerfGE* 50, 290 (337).

²¹ *BVerfGE* 53, 257 (289 ss., en especial p. 294).

²² *BVerfGE* 73, 118 (pp. 154 ss.); 74, 297 (pp. 350 ss.).

se trata también de que la persona haga uso de esta libertad. Sólo mediante una tal actualización pueden hacerse realidad la autodeterminación del individuo y su participación responsable en la vida política, social, económica y cultural y puede cobrar vida la ordenación de una sociedad constituida en libertad. Esto resulta especialmente evidente con el derecho a la libertad de expresión, *constitutivo por antonomasia* para un ordenamiento estatal libre y democrático, porque sólo el permanente debate de argumentos permite la pugna entre opiniones que constituye su elemento vital²³; en tal sentido, este derecho fundamental puede adoptar el carácter de un derecho de concurso o de participación. Sin duda dicha libertad *positiva* no puede significar que deba usarse de una determinada manera, de tal forma que cualquier otro uso de la misma no fuera a estar protegido. Si es para la Constitución importante que se actualice el contenido de los derechos fundamentales, no lo es menos que tal actualización se produzca en libertad, algo únicamente factible si existen otras alternativas. Por ello siempre se garantiza la libertad no sólo de profesar una fe, de manifestar una opinión o de afiliarse a un partido o a un sindicato, sino asimismo de no hacerlo.

3. Los derechos fundamentales como principios objetivos

17 Pertenece desde los orígenes a la tradición de los derechos fundamentales la idea de que éstos no son sólo derechos subjetivos, sino al mismo tiempo principios objetivos del orden constitucional. Mas en Alemania sólo ha desempeñado aquella idea algún papel en las deliberaciones de la Asamblea Nacional de Francfort, de 1848. Más tarde se pierde; la interpretación formalista dominante hasta la época de Weimar no era capaz de abarcarla. Sólo obtuvo reconocimiento la doctrina de las garantías institucionales o de institutos, que veía en la salvaguardia de, por ejemplo, el matrimonio, la familia, la propiedad, o también de la libertad de enseñanza o investigación o de la autonomía local, no derechos subjetivos, sino garantías constitucionales de esas instituciones o figuras jurídicas como tales²⁴.

18 La interpretación actual de los derechos fundamentales como principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto, supera ampliamente dichos planteamientos originarios. Con todo, la significación objetiva de los derechos fundamentales no se da como meramente yuxtapuesta a la primaria jurídico-subjetiva en términos de derechos humanos y civiles. Se trata sobre todo de una relación de remisión y complemento recíprocos.

19 Al significado de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa del individuo frente a las intervenciones injustificadas del Estado corresponde su significado jurídico objetivo como preceptos negativos de competencia. Las competencias legislativas, administrativas y judiciales encuentran su límite

²³ *BVerfGE* 7, 198 (208).

²⁴ En especial C. SCHMITT, «Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)», en: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, pp. 140 ss.

siempre en los derechos fundamentales; éstos excluyen de la competencia estatal el ámbito que protegen, y en esa medida vedan su intervención.

- 20 Al significado de los derechos fundamentales como derechos subjetivos garantizados para su continua actualización corresponde su entidad de pieza fundamental del ordenamiento democrático, del Estado de Derecho y —si bien en una porción reducida— del orden federal; que, por su parte, únicamente puedan cobrar realidad si son vitalizados mediante la actualización de los derechos fundamentales en tanto que derechos subjetivos.

De esta forma, en un Estado de Derecho, los derechos fundamentales operan como límite de la acción estatal, como garantía de los fundamentos del ordenamiento jurídico, en particular de los institutos esenciales del ordenamiento jurídico privado; obligan a proteger los contenidos que garantizan mediante procedimientos adecuados. De igual manera, el ordenamiento democrático de la Ley Fundamental cobra su configuración jurídica en los derechos fundamentales, en los principios de un sufragio general, libre, igual y secreto, o de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos, de la libertad religiosa e ideológica, de las libertades de expresión, reunión y asociación. Estos derechos fundamentales regulan y aseguran la libre e igual participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política y, aún más, protegen la actividad y la igual oportunidad de las minorías políticas y la formación de la opinión pública: en conjunto, la libertad y apertura del proceso político como el rasgo decisivo de la democracia que regula la Ley Fundamental. Dentro del ordenamiento federal los derechos fundamentales crean un *standard* constitucional unitario de derechos y principios, que funda una cierta homogeneidad y que con este efecto pertenece a los fundamentos de nuestro federalismo actual.

- 21 Sobre este significado de los derechos fundamentales para la vida estatal, se eleva su interpretación como principios objetivos del ordenamiento jurídico en su conjunto, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido desarrollando. Se ha plasmado en la trascendente sentencia dictada el 15 de enero de 1958 al resolver el caso Lüth²⁵. A tenor de la misma, se destinan en primer lugar los derechos fundamentales a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a intromisiones del poder público. Al mismo tiempo, la Ley Fundamental, que no quiere ser de ningún modo un orden neutral ante los valores, ha erigido en la sección correspondiente a los derechos fundamentales un orden axiológico objetivo, y en él se expresa con valor de principio un robustecimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, cuya médula radica en la personalidad humana actuando libremente en el seno de la sociedad constituida así como en la dignidad de la persona, debe regir como decisión constitucional básica en todas las esferas del Derecho: de él reciben orientación e impulso la legislación, la administración y la actividad jurisdiccional.

Lo decisivo de esta concepción amplia de los derechos fundamentales fue el rechazo a su interpretación formal, dominante hasta entonces, y el giro hacia una noción material que comprende la dimensión jurídico-objetiva insita en ellos y los concibe como principios supremos del ordenamiento jurídico, al abrigo de cualquier relativización. Tal interpretación ha sido criticada²⁶; y también

²⁵ BVerfGE 7, 198 (pp. 204 ss.).

²⁶ Se ha objetado que el recurso a los valores —siempre discutibles en la sociedad pluralista— no permite una interpretación de los derechos fundamentales según reglas claras y persuasivas,

subsisten discrepancias respecto de la relación entre las dos vertientes de los derechos fundamentales. De todas maneras, ha acabado por imponerse la idea de que los derechos fundamentales contienen los principios normativos superiores del ordenamiento jurídico.

Esta interpretación produce efectos de gran calado que aparecen por doquier en la jurisprudencia constitucional.

Los derechos fundamentales influyen en todo el Derecho —incluido el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal— no sólo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales²⁷. El Tribunal Constitucional ha circunscrito dicha influencia sobre el Derecho Privado —y lo propio cabe decir para otras esferas del Derecho—, en el sentido

lo cual desemboca en una confluencia de valoraciones subjetivas del juez y, de esta forma, en menoscabos para la seguridad jurídica (sintéticamente, pero con profundidad: H. GOERLICH, *Wertbindung und Grundgesetz*, 1973). Sin embargo, la jurisprudencia —influida vivamente por las experiencias de decenios anteriores— sólo ha puesto de manifiesto sobre esta cuestión lo que tenía que ser y permanecer como sentido histórico y núcleo irrenunciable de los derechos fundamentales establecidos por el nuevo ordenamiento jurídico: la relación de estos derechos con los derechos humanos, que constituyen su fundamento y su fuente de legitimación. Para la interpretación de derechos fundamentales concretos la idea de *sistema de valores* era una contribución (en cierto modo interpretativa) en función de una situación en la que se carecía considerablemente de una elaboración del contenido normativo concreto y del alcance de derechos fundamentales específicos, de sus recíprocas relaciones y de los requisitos de su limitación. Esta elaboración dogmática ha sido la tarea, en conjunto, sin discontinuidades de la jurisprudencia actual, que ha ofrecido un cuerpo firme de puntos de vista y reglas, permitiendo resolver cuestiones concretas que afectan a los derechos fundamentales con ayuda de un adecuado instrumental jurídico, evitando considerablemente el recurso directo a los valores.

²⁷ BVerfGE 7, 198 (205 ss.). Sin embargo, no pueden ignorarse ciertos peligros de esta jurisprudencia. Se ponen de manifiesto cuando, en correspondencia con una generalizada tendencia, se concipía a los derechos fundamentales como el núcleo de todo el ordenamiento jurídico, con la consecuencia de que cualquier cuestión jurídica puede convertirse, en principio, en una cuestión de derechos fundamentales, tema sobre el que en última instancia compete al Tribunal Constitucional decidir. En esta cuestión todo es relativo y, por así decirlo, para dejar las cosas en su sitio, no hay que perder de vista que los derechos fundamentales, ni históricamente ni en la actualidad, diseñan los contenidos principales, por ejemplo, del ordenamiento jurídico general. En mayor medida contienen, antes y ahora, garantías concretas en vigor para proteger las condiciones elementales y especialmente amenazadas de la dignidad humana y de una vida en libertad. A ello se reduce su función directriz, determinante sobre todo para el legislador. Cuanto más amplio sea el ámbito de vigencia y aplicación de los derechos fundamentales, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 2.1 GG [cfr. BVerfGE 6, 32 (36 ss.); 20, 137 (152 ss.)], mayor será el peligro de sobrecarga de la Constitución, de una devaluación y, a consecuencia de ello, de cursos erráticos, especialmente de una pérdida de libertad y responsabilidad del propio legislador democrático y de un menoscabo de funciones de la jurisdicción ordinaria. La autonomía de algunas ramas jurídicas concretas —que en el Derecho Civil o Penal descansaba en una larga y característica tradición— amenaza con desaparecer, en perjuicio de desarrollo objetivo ulterior de estas ramas del Derecho, que depende de las especiales realidades concretas no abarcables sin más con parámetros de los derechos fundamentales. Con más detalle respecto a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (que ni práctica, ni teóricamente cabe reducir a rígidas alternativas): E. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik», en: *Der Staat* 29, 1990, pp. 1 ss.

de que el contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se despliega indirectamente a través de los preceptos que rigen inmediatamente tales materias. Su interpretación en adelante va a ser determinada por el específico contenido constitucional que dimana del sistema axiológico de los derechos fundamentales. Un conflicto surgido de la aplicación de tales normas jurídico-civiles informadas por derechos fundamentales seguirá siendo, tanto en el orden material como en el procesal, un conflicto jurídico de naturaleza civil. Sigue siendo el Derecho Civil interpretado y aplicado, aun si la interpretación hubiera de seguir a la Constitución²⁸. Derecho Constitucional y legislación ordinaria se imbrican entre sí de tal forma que puede convertirse en problema el alcance de los controles constitucionales de la decisión adoptada.

- 23 Además de estos efectos, la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas del ordenamiento jurídico tiene una importancia capital, no sólo teórica, para las tareas del Estado. Partiendo de esta premisa de la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales (art. 1.3 GG) surge no sólo una obligación (negativa) del Estado de abstenerse de injerencias en el ámbito que aquéllos protegen, sino también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva a la realización de los derechos fundamentales, incluso cuando no conste una pretensión subjetiva de los ciudadanos.

V. DE LOS PROGRESOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Nuevos planteamientos

- 24 Una obligación positiva del Estado como la que acaba de referirse constituye un elemento esencial para la evolución progresiva y el despliegue de los derechos fundamentales. Lo han puesto de manifiesto los cambios históricos y la consiguiente transformación de las condiciones en que actualmente y en un futuro previsible se ha de desenvolver la libertad humana (cfr. *supra* sobre ello; cap. I, tít. 1, III, 2, números marginales 26 ss.): la metamorfosis del Estado moderno en Estado social, y el hecho de que la libertad humana resulte amenazada no sólo por el Estado, sino por poderes no estatales que actualmente pueden resultar más amenazadores aún que el propio Estado.
- 25 La libertad de los ciudadanos bajo las relaciones actuales no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal. Una configuración en libertad y autonomía de la propia existencia depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo, respecto de las cuales el individuo en el mejor de los casos sólo parcialmente dispone, frecuentemente ni tan siquiera eso. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del Estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el Estado de la *procura existencial* y del aseguramiento social. Por eso, en la medida en que la libertad humana, desde el punto de

²⁸ BVerfGE 7, 198 (205 ss.)

del Estado, no dependa tanto ya de que evite intervenir en las esferas particulares, cuanto de que su actividad se ejerza con general alcance, no se garantiza por más tiempo concibiendo los derechos fundamentales como meros derechos de defensa.

La importancia que para la libertad tiene el Estado aumenta a medida que el limitado y complejo mundo actual, con sus cada vez más escasos recursos materiales, no sólo no pueden ampliarse muchas de las esferas de libertad, sino que incluso tienden a contraerse. En igual medida amenaza colisionar la libertad de cualquiera con la de los demás: se hace mucho más necesario que antes acotar, delimitar y ordenar los ámbitos de la libertad, y ello ha devenido tarea del Estado. Esto resulta especialmente evidente con las libertades en materia económica, e igualmente en la esfera de la educación; de igual manera, en el ámbito de la libertad de comunicación, el desarrollo de los medios modernos, de prensa, radio y televisión, conduce a la necesidad de delimitar y ordenar las divergentes expectativas de libertad.

También el segundo supuesto citado, la amenaza de la libertad humana por poderes no estatales, lleva a nuevos planteamientos. La libertad sólo se garantiza efectivamente como un todo unitario. Dado que no debe ser sólo para los poderosos, debe protegerse también frente a influencias sociales. Si tal cuestión se considera jurídico-fundamental, la interpretación de los derechos fundamentales como simples derechos de defensa frente al Estado no brinda solución.

Bajo ambos aspectos: si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del Estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura por el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también defensor y protector. Por su parte, es evidente que este papel no está libre de peligros, ya que una ampliación ilimitada de la responsabilidad y actividades del Estado que desemboque en la omnicompreensiva procura, planificación y configuración estatal, anularía toda configuración existencial autorresponsable.

En tal medida, las garantías constitucionales, que deben cumplir estas funciones, se aproximan a los *derechos fundamentales de la segunda generación* (supra número marginal 2). Junto a la particularidad de que no sólo obligan al Estado a una abstención, sino también a una actuación positiva, plantean la cuestión de si a la obligación jurídico-objetiva del Estado corresponde, y en qué medida, un derecho subjetivo de las personas y los ciudadanos para demandar del Estado tal actuación.

2. Derechos fundamentales como derechos de participación o de prestación

Como una solución a la problemática de la garantía jurídico-fundamental de las condiciones de una vida en libertad y dignidad humana se brinda, según el Derecho Constitucional vigente, una nueva interpretación o expansión de

las libertades fundamentales, hasta convertirse en derechos de participación o de prestación, que fundan la pretensión de que se procuren y mantengan aquellas condiciones.

29 En este extremo no presenta el tema de los *derechos derivados de participación* dificultad alguna. Si en los regímenes de prestación existentes, por ejemplo, de la seguridad social, de la atención a víctimas de guerra o de fomento de la enseñanza hubiese personas o grupos de personas en absoluto o insuficientemente tenidas en cuenta; y si la distinción así establecida en relación con los grupos de personas implicadas en el sistema no resultare compatible con el principio de igualdad (art. 3 GG), podría resultar de este derecho fundamental, en conexión, en su caso, con un derecho-libertad y con el postulado del Estado social (arts. 20.1, 28.1 GG), una pretensión a igual participación. La efectividad de esas prestaciones o derechos presupone básicamente que se complete la ley reguladora: el ciudadano puede conseguir así que el Tribunal Constitucional declare anticonstitucional la ley y, en consecuencia, quede el legislador obligado a remover ese atentado a la igualdad.

No se distinguen esencialmente tales derechos *derivados* de participación de las habituales pretensiones basadas en derechos fundamentales: se trata de la convencional gama de *prevenciones* frente a un trato desigual, que puede circunstancialmente desembocar en un derecho de participación. Pretensiones de esta índole cuentan entre tanto con el reconocimiento sin reservas por la jurisprudencia y la doctrina ²⁹.

30 Los auténticos problemas de los derechos fundamentales como derechos de participación comienzan a propósito de la cuestión de si, habida cuenta de las transformaciones mencionadas en las condiciones de la libertad humana, pueden o aun deben los derechos fundamentales entenderse como *derechos originarios de participación*; de otro modo, si cabe basar en ellos no sólo una distribución igual en el sistema existente de prestaciones, sino también derechos de participación cuando estén aún por crear las condiciones para satisfacerlos. El Tribunal Constitucional no ha excluido en principio tal perspectiva en la sentencia de 18 de julio de 1972 en relación con la admisibilidad de limitaciones para el acceso a la Universidad ³⁰. Cuanto más enérgicamente se orienta el Estado moderno al aseguramiento social y a la promoción cultural de los ciudadanos, tanto más se afirma en la relación entre los ciudadanos y el Estado, junto al postulado originario de asegurar como derecho fundamental la libertad frente al Estado, la exigencia complementaria de garantizar como derecho fundamental la participación en prestaciones estatales. Ello tiene aplicación especial en el dominio de la educación, puesto que el derecho a la libre elección del centro de enseñanza (art. 12.1 GG) carecería de valor sin las condiciones efectivas para poder acudir al mismo. En este caso y con tal estado de cosas huelga tomar partido respecto a si se infiere de las decisiones axiológicas fundamentales y de la asunción estatal de la titularidad del monopolio educativo un mandato constitucional objetivo que obligue al Estado social a proveer suficientes recursos docentes; o sobre si de ese mandato constitucional es deducible en circunstancias

²⁹ Por ejemplo, *BVerfGE* 45, 376 (386 ss.); W. MARTENS, «Grundrechte im Leistungsstaat», en: *VVDStRL* 30, 1972, pp. 21 ss.

³⁰ *BVerfGE* 33, 303 (330 ss.); cfr. también *BVerfGE* 35, 79 (115 ss.).

especiales una pretensión individual del ciudadano a que se doten plazas escolares susceptible de tutela judicial. Tales derechos de participación se hallarían en cualquier caso bajo la reserva de lo posible —entendiendo por cumplimiento posible aquel que el individuo pudiera razonablemente exigir de la Sociedad.

Tanto en este como en posteriores fallos ha quedado la cuestión en suspenso. La propia sentencia de 18 de julio de 1972 llama la atención sobre las objeciones planteables a una nueva interpretación de los derechos de libertad como derechos *originarios* de participación. A tenor de la división de funciones contemplada en la Ley Fundamental, la regulación de derechos o pretensiones materiales a prestaciones y las cuestiones con ella conexas únicamente puede ser tarea del legislador, no del poder judicial. Las pretensiones individuales a prestaciones deben ser suficientemente precisas y presuponen típicamente una concreción mediante ley, no sustituible por singulares fallos judiciales. Si la Constitución impusiera al proceso de formación política de voluntad no sólo objetivos y directrices, sino obligaciones determinadas, se contraería el orden democrático de la Ley Fundamental como marco del proceso político en libertad. Ello llevaría a sustituir la política —judicialmente fiscalizada— por una ejecución de la Ley Fundamental y, de este modo, a restringir decisivamente el campo en el que debe formarse la voluntad parlamentaria como fundamento de un orden democrático abierto. La contradicción sistemática entre derechos fundamentales como derechos *originarios* de participación y orden democrático pone, en consecuencia, límites ³¹ a tales derechos *originarios* de participación constitucionalmente fundados. No son adecuados para hacer justicia a la problemática de los derechos fundamentales en un Estado procurador de prestaciones.

3. Derechos sociales fundamentales

No es por ello casual que el debate más reciente tenga por objeto el significado ³¹ y la posible eficacia de los *derechos sociales fundamentales*, entendidos como garantía de las bases en que se asienta la existencia individual ³². Algunas constituciones de los *Länder* occidentales han incorporado derechos fundamentales sociales ³³; dada, sin embargo, la prevalencia del Derecho federal, apenas han alcanzado importancia práctica. En el debate abierto sobre la reforma constitucional con ocasión de la unificación alemana se ha demandado la incorporación de derechos sociales fundamentales a la Constitución, si bien en forma de normas definidoras de tareas del Estado (*Staatszielbestimmungen*) ³⁴.

³¹ También E. FRIESEHAIN, «Der Wandel des Grundrechtsverständnisses», en: *Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages*, II, 1974, pp. G 29 ss.

³² Cfr. también J. P. MÜLLER, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2.ª ed., 1981; P. BADURA, «Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland», en: *Der Staat* 14, 1975, pp. 17 ss.; J. ISENSEE, «Verfassung ohne soziale Grundrechte», en: *Der Staat* 19, 1980, pp. 367 ss.; W. LORENZ, «Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte», en: *Jur. Blätter* 103, 1981, pp. 16 ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en: *Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung*, V Congreso Político del SPD, 1980, editado por BÖCKENFÖRDE/LEKEWITZ/RAMM, *Dokumentation*, 2.ª parte, pp. 7 ss.; W. SCHMIDT, «Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands», en: *Der Staat*, cuadernillo 5, 1981, pp. 9 ss.

³³ Por ejemplo, Constitución de Baviera, arts. 166 ss.; Constitución de Hessen, arts. 27 ss.

³⁴ Una cierta función paradigmática corresponde, además, al proyecto de la mesa redonda de Constitución para la República Democrática Alemana de abril de 1990, que, entre otras cosas,

- 32 La problemática de tales derechos se explica por tener una estructura distinta de la de los tradicionales derechos de libertad e igualdad. Derechos sociales fundamentales como por ejemplo el derecho al trabajo o el derecho a una vivienda adecuada o a la seguridad social no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede afectar a los derechos-libertad ajenos. Por ello, los derechos sociales fundamentales no alcanzan a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa, como cuadraría a la doctrina de los derechos fundamentales. Sólo pueden llegar a tener significación práctica y concreta en tanto en cuanto de modo vinculante impongan al Estado el deber de realizarlos, como se prevé, por ejemplo, en el art. 26 del proyecto de nueva Constitución federal suiza³⁵. Sólo a partir de una regulación acometida por el legislador pueden nacer pretensiones jurídicas bien determinadas e invocables ante los poderes públicos. Sólo una vez que se haya cumplido legislativamente el programa de derechos sociales fundamentales pueden estos derechos, sobre todo en el terreno del aseguramiento social, surtir efectos de garantía constitucional amparadora de derechos adquiridos. En principio no pueden tales derechos fundamentales sociales cobrar el carácter de derechos subjetivos individuales. A la postre, apenas si son distinguibles de las normas constitucionales definidoras de tareas del Estado, hoy en el centro del debate.

4. Normas definidoras de tareas del Estado

- 33 Normas enunciatoras de tareas del Estado³⁶ hay ya en forma de principios en la Ley Fundamental. La ampliación a otras tareas es una de las cuestiones planteadas en el art. 5 del Tratado de Unificación Alemana, de las cuales habrán de ocuparse los órganos legislativos de la Alemania reunificada (*supra* cap. 1.3, número marginal 37).
- 34 Como normas constitucionales vinculantes que ordenan a la actividad estatal la permanente observancia o satisfacción de determinadas tareas —fines objetivamente especificados—³⁷, estos preceptos (*Staatszielbestimmungen*) se diferencian

preveía un derecho al trabajo, a una vivienda digna y a la seguridad social (arts. 27.1, 25.1 y 27.2). Lo mismo cabe decir del proyecto de constitución elaborado por el Curatorio para una Federación democrática de *Länder* alemanes de 29 de junio de 1991 (arts. 12.a, 13.a y 12.b), aunque en este caso exclusivamente como obligación protectora del Estado. Respecto al proyecto de la *mesa redonda*: U. PREUSS, «Auf der Suche nach der Zivilgesellschaft», en: B. GUGGENBERGER/T. STEIN (eds.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der Deutschen Einheit*, 1991, pp. 362 ss.

³⁵ Cfr. al respecto el informe final del grupo de trabajo *Wahlen* para la revisión completa de la Constitución Federal Suiza, t. VI, 1973, pp. 180 ss., y el informe de la Comisión de expertos para la preparación de la revisión completa de la Constitución Federal, 1977, pp. 59 ss.

³⁶ Cfr., de la numerosa doctrina científica, los esenciales trabajos de SCHEUNER, *Staatszielbestimmungen* (cit. n. 10), pp. 223 ss.; H. H. KLEIN, «Staatsziele im Verfassungsgesetz - Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?», en: *DVBLL*, 1991, pp. 729 ss.; D. MERTEN, «Über Staatsziele», en: *DöV*, 1993, pp. 368 ss.

³⁷ Informe de la Comisión de expertos *Staatszielbestimmungen Gesetzgebungsaufträge*, editado por los Ministros Federales de Interior y Justicia, 1983, p. 13. Respecto al trabajo de la Comisión:

de los mandatos legislativos de la Ley Fundamental en que (sólo) obligan al legislador a llevar a cabo regulaciones de tipo complementario o de desarrollo (por ejemplo, arts. 21.3 y 38.3 GG). También se diferencian de los derechos fundamentales sociales en que no fundamentan derechos individuales; al igual que los derechos a la libertad e igualdad clásicos, contienen Derecho Constitucional objetivo. Sin embargo, al contrario que aquéllos, tienen carácter dinámico e impulsor: con ellos no se trata de garantizar una situación existente, sino de determinar las tareas y orientar la futura acción estatal. Formulan para ésta un programa de objetivos. En tal medida vinculan a los poderes públicos, aunque les permiten un amplio margen de maniobra en cuanto al momento y a los medios adecuados para su realización. Por consiguiente, la eficacia normativa vinculante de las normas concernientes a las tareas del Estado queda a la zaga de los derechos fundamentales; más allá de tal vinculación quedan amplios márgenes legislativos y políticos de configuración³⁸. Con este limitado alcance sólo adquieren peso específico autónomo las normas definidoras de tareas del Estado en la medida en que su contenido no se lleve a la práctica por otro conducto.

Al no servir para fundamentar derechos individuales, las normas definidoras de tareas del Estado soslayan así las debilidades y riesgos de los derechos fundamentales de participación y de tipo social. Pueden considerarse un medio para hacer frente a necesidades que resultan de los cambios contemporáneos (*vid. supra* número marginal 25): los hombres encuentran en la Constitución regulaciones que afectan a los fundamentos de su vida personal; lo cual puede servir para que sientan más cerca la Constitución y para producir efectos integradores. Los objetivos prescritos constitucionalmente gozan de preferencia frente a objetivos meramente políticos; en consecuencia, son factores de observancia obligatoria en los necesarios procesos de ponderación y optimización para las decisiones del legislador ante conflictos entre objetivos —por ejemplo, entre la protección del medio ambiente, por una parte, y la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, por otra—. Lo mismo cabe decir de las decisiones de la Administración y de la Judicatura. Para la Administración contienen un mandato operativo; en el ámbito de ambas funciones las normas definidoras de tareas del Estado son decisivas para la interpretación del Derecho, especialmente para la interpretación de conceptos indeterminados y discretionales, así como para ponderar demandas en conflicto. Finalmente, las normas definidoras de tareas del Estado comportan una ampliación de funciones para el Tribunal Constitucional. Pues en la medida en que impliquen una vinculación normativa, someten su cumplimiento a los controles del Tribunal Constitucional, que habrá sobre todo que tener en cuenta en los procesos de control concreto y abstracto de normas (arts. 100.1 y 93.1 GG).

De todos modos tales efectos son en parte inciertos, y en parte no dejan de tener costes.

Son inciertos porque las normas definidoras de tareas del Estado no obran nada por sí mismas, sino que dependen de su asunción por el legislador y se

E. WIENHOLTZ, «Arbeit, Kultur und Umwelt als Gegenstand verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen», en: *AöR* 109 (1984), pp. 532 ss.

³⁸ SCHEUNER (cit. n. 36), p. 236.

traducen y concretan en derecho directamente vinculante según las circunstancias y las posibilidades del momento. Ello presupone que el Estado sea a tal fin competente, lo que habida cuenta del actual curso de la Unión Europea no es algo que pueda darse sin más por supuesto; hay que contar con que, sobre todo tratándose de objetivos económicos y sociales, con frecuencia la Federación y en mayor medida los *Länder* carezcan de competencia. Pero incluso cuando sea el Estado competente, puede la realización de determinadas tareas rebasar la capacidad del Estado, por carecer frecuentemente de los medios indispensables para realizarlas. Entonces el Estado promete algo que no puede satisfacer; con lo cual pueden resultar fácilmente frustradas las expectativas despertadas por esas normas definidoras de tareas del Estado; su eficacia integradora puede tornarse en su contra —aspecto éste que adquiere un peso considerable tras las experiencias de la población de Alemania Oriental con las promesas de las constituciones de la antigua República Democrática—. Existe el peligro de que con preceptos programáticos de este tipo se tense en exceso la capacidad de la Constitución, por mucho que pueda venir en su ayuda una cierta condición irrevocable del Estado social, ya que a ningún Gobierno cabe hoy en día incumplir las tareas de procura, previsión y compensación sociales³⁷.

37 El coste, cuya magnitud depende del número de normas constitucionales definidoras de tareas del Estado y del grado de su vinculatoriedad, consiste en este supuesto —al igual que con los derechos fundamentales *originarios* de participación y con los derechos de orden social— en un debilitamiento de los componentes democráticos de la Constitución: lo que está constitucionalmente decidido mediante las normas definidoras de tareas del Estado se sustrae a la decisión de los poderes políticos; es evidente que tampoco resulta ya necesario decidir en dónde puede radicar un efecto exonerador de responsabilidades y estabilizador. Tampoco puede desconocerse aquí un cierto desplazamiento de poder entre el legislador y la jurisdicción constitucional, por mucho que se mantenga una amplia facultad configuradora del Parlamento.

38 Podemos encontrar tal tipo de normas en el mandato para la paz del art. 26 GG, en el que se exige tener en cuenta las exigencias de los equilibrios macroeconómicos generales (art. 129.2 GG), en disposiciones particulares sobre competencias y, sobre todo, en el postulado del Estado social (arts. 20.1 y 28.1 GG)⁴⁰. El mandato general que contiene la cláusula de Estado social de Derecho fundamenta la obligación de los órganos estatales de procurar un orden social justo⁴¹; sin embargo, confía los objetivos concretos y su puesta en práctica a la decisión que se adopte en el proceso democrático⁴². La cláusula de Estado social de Derecho no fundamenta *a priori* pretensiones individuales directas de ningún tipo, aunque, entre otras cosas, puede ser de extraordinaria importancia para interpretar los derechos fundamentales que, como derechos *derivados* de participación, puedan justificar tales demandas.

39 En las actuales reflexiones sobre la incorporación a la Ley Fundamental de normas definidoras de tareas del Estado tiene especial interés la protección

³⁷ D. GRIMM, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform», en: *Die Zukunft der Verfassung* 1991, p. 325.

⁴⁰ Sobre ello, con más detalle, SCHEUNER (cit. n. 36), pp. 232 ss.; KLEIN (cit. n. 36), pp. 734 ss.

⁴¹ Por ejemplo, *BVerfGE* 22, 180 (204).

⁴² Cfr. también, por ejemplo, *BVerfGE* 18, 257 (273); 29, 221 (235).

del medio ambiente⁴³, recogida dentro de Europa en las constituciones de Grecia, Holanda, Portugal, Suiza y España, o que forma parte del Derecho europeo y ha sido incorporada a algunas constituciones de los nuevos *Länder*. Como se ha indicado anteriormente, existen otras tentativas para proteger los medios y necesidades existenciales de la persona: mejorar, con recurso a normas constitucionales definidoras de tareas del Estado, la procura de una vivienda adecuada, la protección ante el desempleo, la seguridad en la jubilación y con ocasión de enfermedades y la atención para la formación y la cultura (cfr. cit. n. 34). Los nuevos *Länder* han incorporado —con diversidad de fórmulas— a sus respectivas constituciones⁴⁴ tales normas definidoras de tareas del Estado.

Existen fundadas razones para regular constitucionalmente una tarea estatal que coloque los fundamentos naturales de la vida bajo la esencial protección del Estado⁴⁵. La protección del medio ambiente se ha convertido actualmente, de forma patente e indiscutible, en una de las principales tareas del Estado. Tras un continuo debate sobre política constitucional, en cuyo curso cobró forma durante la pasada legislatura una propuesta de norma constitucional orientada a la protección del medio ambiente, esta tarea del Estado no obtuvo en la Comisión constitucional la necesaria mayoría de dos tercios.

Por el contrario, no está libre de inconvenientes la introducción de otras normas definidoras de tareas sociales del Estado ya mencionadas, tal como se ha pretendido. Es preferible seguir invocando como hasta ahora el mandato general del Estado social, que en su transparencia y flexibilidad ya incluye el contenido de tales normas. Permite satisfacer mejor las respectivas necesidades y las tareas de coordinación, respetando al mismo tiempo la libertad democrática de decisión; y, dado que con él se renuncia a una mayor concreción de los objetivos sociales perseguibles, reduce además el riesgo de despertar falsas expectativas⁴⁶.

5. Realización y garantía de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento

Por todo lo dicho, la idea de los derechos fundamentales de participación y de los derechos sociales fundamentales no puede tener en la actualidad sino una importancia limitada para la eficacia y la protección de los derechos fundamentales; igualmente, sólo de forma limitada serían adecuadas otras normas constitucionales definidoras de tareas del Estado para hacer frente a los desafíos

⁴³ Sobre ello, con más detalle, KLEIN (cit. n. 36), p. 731, con otras indicaciones. En la medida en que el Estado resulte obligado por el art. 2.2 GG (derecho a la vida y a la integridad) a tomar medidas frente a daños contra el medio ambiente producidos por terceros (cfr. *infra*, número marginal 50) su protección ya es hoy un mandato constitucional.

⁴⁴ Brandeburgo, arts. 45, 47 y 48; Sajonia, art. 7; Sajonia Anhalt, arts. 38 ss.

⁴⁵ Informe de la Comisión de expertos (cit. n. 37), números marginales 130, 141 ss.; WIENHOLTZ (cit. n. 37), pp. 546 ss., 553; KLEIN (cit. n. 36), p. 737.

⁴⁶ La Comisión de expertos ha recomendado una norma definidora de tareas del Estado que atribuya expresamente al Estado la (co)responsabilidad en materia laboral (y formativa); sin embargo, no se ha llegado a ningún acuerdo para formular una propuesta conjunta de reforma constitucional (Informe (cit. n. 37), número marginal 87). Contra la incorporación de tal norma definidora de tareas del Estado: WIENHOLTZ (cit. n. 37), pp. 537 ss.

que resultan de los cambios apuntados (número marginal 25). Siendo esto así, resulta mucho más importante una conexión que hasta aquí se ha tenido bastante menos en cuenta: la relación que guardan entre sí derechos fundamentales, organización y procedimiento⁴⁷. Esta relación, que en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a ser cada vez más destacada, tiene importancia genérica para la efectividad y la garantía de los primeros; pero además permite mejor que a través de los derechos de participación y de las normas enunciativas de tareas del Estado adaptarse a los cambios producidos en la efectividad de los derechos fundamentales en el Estado moderno, y contribuye a compensar los déficits de la garantía jurídico-fundamental de la libertad.

43 Para poder cumplir su función en la realidad social, los derechos fundamentales precisan en mayor o menor grado un desarrollo concretador por el ordenamiento jurídico (cfr. número marginal 62): para que la situación jurídica regulada como derecho fundamental se torne real y efectiva en el seno de la Sociedad, se hace necesario por doquier no solamente establecer regulaciones materiales más minuciosas, sino también poner en pie formas de organización y normas de procedimiento. Más imperativa se hace aún esta necesidad en las condiciones presentes, en las que la libertad humana depende del apoyo, la previsión y la distribución por el Estado y en las que cada vez más se imponen el deslinde, la limitación y la ordenación recíproca entre los ámbitos de libertad (cfr. número marginal 25). Frecuentemente se acreditan la organización y el procedimiento como medios para alcanzar un resultado conforme con los derechos fundamentales y, de este modo, para asegurarlos eficazmente también bajo las actuales circunstancias⁴⁸.

44 En la medida en que los derechos fundamentales precisan considerablemente de organización y procedimiento, actúan al mismo tiempo sobre el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal, los cuales contribuyen de esta suerte a realizarlos y asegurarlos. Esto resulta evidente en relación con derechos fundamentales cuyo objeto inmediato es la garantía de principios administrativos de organización o procesales, como la libertad de asociación (art. 9.1 GG), el derecho a un juez determinado por ley (art. 101.1 GG), a ser oído en juicio (art. 103.1 GG), o con los requisitos y las garantías procesales que establece el art. 104 GG para las formas de limitación y privación de libertad. Pero también los derechos fundamentales materiales actúan sobre el procedimiento. De ahí que el Tribunal Constitucional haga hincapié en una aplicación del Derecho Procesal conforme a los derechos fundamentales. Además, interesándose por la eficacia y el aseguramiento de estos derechos, ha ido planteando específicas exigencias jurídico-procesales a partir de derechos fundamentales materiales, concretamente la necesidad de una protección jurídico-fundamental efectiva a la que el individuo tiene derecho⁴⁹.

⁴⁷ H. GOERLICH ofrece un análisis detallado en: *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981. Cfr. además, por ejemplo, H. BETHGE, «Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren», en: *NJW*, 1982, pp. 1 ss.; F. OSSENBUHL, «Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht», en: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, pp. 183 ss.; P. LERCHE/W. SCHMITT GLAESER/E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984.

⁴⁸ Fundamentalmente sobre ello: P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en: *VVDStRL* 30, 1972, en especial pp. 86 ss., 121 ss.

⁴⁹ Cfr. en especial *BVerfGE* 53, 30 (65 ss.), y visión detallada en la opinión discrepante en pp. 72 ss.; además *BVerfGE* 63, 131 (143); 73, 280 (296).

Estos aspectos están interconectados. No podemos seguirlos en detalle. Sin embargo, hemos de aludir brevemente a algunos puntos que son importantes en relación con los problemas que plantean los derechos fundamentales en el moderno Estado social.

Organización y procedimiento pueden acreditarse como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales. Ello se aprecia con especial nitidez en el caso de la libertad de comunicación y de los medios de difusión. Ya se trate de la libertad de las emisoras frente al Estado o de la oferta de emisiones libres, veraces e íntegras que haga posible la información y una formación de la opinión; ya sea el caso del acceso a radio y televisión o de la creación de nuevas emisoras: para hacerse efectiva la libertad, requiere de garantías de organización y procedimiento cuya virtualidad conduzca a un resultado conforme al contenido del derecho fundamental. De modo consecuente ha concretado el Tribunal Constitucional esta garantía exigiendo determinados requisitos a la organización de radio y televisión, sentando de este modo bases sobre las que configurarla en la República Federal⁵⁰. Algo semejante cabe decir en las circunstancias actuales de la libertad científica, que en cuanto libertad de investigación depende de costosas instalaciones puestas a su disposición por el Estado. A este propósito ha subrayado el Tribunal Constitucional que un amparo efectivo de los derechos fundamentales requiere adecuadas disposiciones jurídico-organizativas, que hagan justicia tanto al derecho fundamental que el científico individual tiene a la libertad de investigación y de cátedra, como también a la capacidad funcional de la *ciencia libre* en cuanto institución⁵¹.

Las normas de organización y procedimiento son, además, un medio adecuado de compensar posiciones constitucionales enfrentadas. En este orden de cosas ha establecido el Tribunal Constitucional —por ejemplo, en caso de conflicto entre libertad religiosa *positiva* y *negativa*—, que sólo cabe encontrar una solución apreciando en su justo valor los intereses en colisión, compensando y ordenando entre sí los puntos de vista constitucionales determinantes de la cuestión. Compete al legislador del *Land* hallar esa solución, siguiendo un proceso público de formación de voluntad⁵².

Si esta afirmación es válida en general, lo es mucho más si se considera que en este mundo de hoy, cada vez más estrecho, la libertad de unos amenaza siempre con entrar en conflicto con la libertad de otros. Es preciso dictar normas que de un modo objetivo ordenen recíprocamente los ámbitos de libertad y aseguren que las limitaciones no se tracen solamente en mengua de una de las partes. En lo esencial sólo pueden ser normas de procedimiento, como las que se dan en las áreas del Derecho que afectan al disfrute de la propiedad (art. 14.1 GG). Sólo regulaciones de esta especie permiten y aseguran una conciliación razonable entre posiciones divergentes y, con ella, la efectividad de los derechos fundamentales implicados.

Finalmente, sucede lo mismo cuando escasean las condiciones requeridas para la libertad. Los problemas de Derecho Constitucional anejos a tales situaciones se han planteado hasta ahora concretamente en relación con la falta

⁵⁰ *BVerfGE* 12, 205 (261 ss.); 31, 314 (325 ss.); 57, 295 (319 ss.); 72, 118 (152 ss.)

⁵¹ *BVerfGE* 39, 79 (120 ss.); 43, 242 (267).

⁵² *BVerfGE* 41, 29 (50).

de puestos escolares, pero no hay que descartar el que en un próximo futuro se hagan también perentorias en otras áreas. También en este punto diremos que sólo normas apropiadas de organización y de procedimiento pueden evitar el que unos reciban todo y otros nada, y garantizar una distribución equitativa de las oportunidades de libertad aún disponibles. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en el contencioso de la distribución de puestos escolares, lo que importa es garantizar que cualquiera de los derecho-habientes tenga por lo menos una oportunidad de poder usar de su derecho fundamental, y precaver de esta suerte el peligro de depreciación del contenido material del derecho fundamental⁵³. Normas adecuadas de organización y de procedimiento ayudan así a realizar esa *participación*, revelándose como el medio eficaz de asegurar en igualdad de oportunidades el acceso a prestaciones o la distribución de éstas y de que se apuren las posibilidades existentes de prestación.

6. Deber de protección por parte del Estado

49 Un segundo aspecto de la problemática contemporánea de los derechos fundamentales consiste en la necesidad de amparo estatal frente a perjuicios o amenazas a la libertad de las personas por poderes ajenos al Estado (cfr. número marginal 26). Su desarrollo sólo está iniciado; la jurisprudencia constitucional ha hecho extensiva la vigencia de los derechos fundamentales, de forma abierta y según el caso, a las relaciones jurídicas en las que no participa directamente el Estado⁵⁴.

50 El punto de partida ha sido la teoría de los derechos fundamentales como principios objetivos (cfr. número marginal 23) que obligan al Estado a poner de su parte los medios necesarios para hacerlos efectivos. Por consiguiente, de los derechos fundamentales puede resultar directamente una obligación estatal de preservar un bien jurídico protegido mediante los derechos fundamentales contra lesiones y amenazas provenientes de terceros, sobre todo de carácter privado, pero también por otros Estados, esto es, de *personas y poderes* que no son destinatarios de derechos fundamentales⁵⁵. Esta obligación tiene una importancia práctica sobre todo tratándose de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (art. 2. GG), así como para la protección del no nacido⁵⁶, la protección ante los daños derivados de la energía nuclear⁵⁷, la protección ante perjuicios producidos por el ruido del tráfico aéreo y vial⁵⁸, o ante los riesgos derivados del depósito de armas químicas⁵⁹.

⁵³ BVerfGE 33, 303 (345); 43, 291 (314, 316 ss.).

⁵⁴ Jurisprudencia constante, cfr. BVerfGE 77, 170 (214 ss.), con notas adicionales. De la doctrina J. ISHENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 27 ss.; D. MUKSWIEK, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, 1985; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, pp. 410 ss.; G. HERMIES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, 1987, en especial pp. 187 ss.; G. ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987, pp. 121 ss.

⁵⁵ E. KLEIN, «Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates», en: *NJW*, 1989, p. 1633.

⁵⁶ BVerfGE 39, 1 (42 ss.).

⁵⁷ BVerfGE 49, 89.

⁵⁸ BVerfGE 56, 54 (73); 79, 174 (201 ss.).

⁵⁹ BVerfGE 7, 170 (214 ss.).

En ese sentido, los derechos fundamentales obligan claramente a la acción estatal en las condiciones expuestas; regulan, pues, la cuestión del *si*, del *pre-supuesto* de esta actuación. Sin embargo, de ellos no se infiere necesariamente que cauteladas hayan de ser adoptadas para que la protección sea suficiente. Para decidir *cómo* ha de cumplir el Estado tal obligación, los órganos estatales competentes disponen de una amplia discrecionalidad de configuración con margen suficiente para la consideración, por ejemplo, de los intereses públicos o privados en concurrencia⁶⁰. En caso extremo, cuando no es alcanzable de otro modo el amparo que otorga la Constitución, puede la decisión quedar reducida a una medida determinada⁶¹.

Según una reciente sentencia, corresponde a esta obligación protectora del Estado de naturaleza jurídico-objetiva un derecho individual judicialmente tutelable de los afectados: si el Estado incumple la obligación de protección que le exige el art. 2.2. GG, se produce simultáneamente una violación del Derecho Constitucional que, habida cuenta de la libertad de configuración de los poderes públicos, únicamente cabe concebir como exigencia de que los mismos *adopten medidas que no sean completamente inadecuadas o insuficientes en amparo de los derechos fundamentales*⁶². No obstante, incluso con tan amplias fórmulas puede darse en algunas circunstancias una reducción de la libertad configuradora de los órganos competentes, hasta el extremo de fundar una pretensión respecto del *cómo*, que vaya más allá del mero *si* cumplir el deber de protección.

VI. TITULARES Y SUJETOS OBLIGADOS

I. Titulares

En la medida en que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución garantizan derechos individuales, se trata bien de *derechos humanos* cuya validez no queda limitada a un círculo concreto de personas, bien de *derechos civiles* que solamente corresponden a alemanes (cfr. art. 116.1 GG). Esto se deduce inequívocamente del texto de los diferentes derechos fundamentales. Sin embargo, la distinción carece de importancia práctica, dado que no se niega a los extranjeros un derecho (por ej., reunirse o fundar una asociación) en principio garantizado a los *alemanes* mediante especiales derechos de libertad. Es más, según el derecho general de libertad del art. 2.1 GG, que de acuerdo con la jurisprudencia abarca la libertad general de acción, tal comportamiento también queda protegido constitucionalmente. En todo caso hay que tener en cuenta que el contenido de derechos fundamentales, que según la Constitución sólo son válidos para los alemanes, está igualmente garantizado a cualquier persona por los derechos fundamentales internacionales o europeos (por ej., por el art. 11.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos los derechos de reunión y asociación).

A excepción de los derechos de sufragio activo y pasivo (art. 32.2 GG), el disfrute de derechos fundamentales no está supeditado a la mayoría de edad

⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (44); 46, 160 (164 ss.); 77, 170 (214 ss.); 79, 174 (201 ss.).

⁶¹ Cfr. BVerfGE 39, 1 (46 ss.).

⁶² BVerfGE 77, 170 (214 ss.); cfr. también BVerfGE 79, 174 (201 ss.).

(*capacidad de obrar* en esta materia) —lo que no excluye la necesidad de la representación legal para hacer valer los derechos fundamentales de los menores—. No obstante, ello puede quedar sujeto a limitaciones concretas para garantizar la protección de la juventud (arts. 5.2, 11.2 y 13.3 GG).

55 El art. 19.3 de la Ley Fundamental amplía el círculo de los titulares a las personas jurídicas nacionales, siempre y cuando su naturaleza permita la aplicación de los derechos fundamentales. Esta realidad ha ido imponiéndose cada vez más cuando se trata de personas jurídicas de Derecho Privado; avanzando un poco más, la jurisprudencia ha atribuido esa capacidad, según la significación de los respectivos derechos fundamentales, a grupos de personas sin capacidad jurídica (desde el punto de vista civil), por ejemplo partidos políticos⁶³ (no estructurados como asociaciones registradas) o sociedades mercantiles⁶⁴. La consecuencia más importante es la facultad de tales titulares de recurrir en amparo.

Hay por el contrario personas jurídicas de Derecho Público, como el Estado o sus organismos, que por principio no pueden invocar los derechos fundamentales, al menos en la medida en que satisfagan funciones públicas; la única excepción se da con respecto a derechos fundamentales de tipo procedimental, como el derecho al juez predeterminado por ley (art. 101.1 GG) y a ser oído en juicio (art. 103.1 GG). Ello se debe a que en estos casos su disfrute no se hace efectivo como salvaguardia de libertades originarias, sino en función de competencias otorgadas por el Derecho positivo con un contenido medido y limitado. Su regulación y protección, igual que la decisión sobre los conflictos resultantes, no son objeto de los derechos fundamentales porque en tales casos falta una referencia directa a la persona. Las excepciones operan cuando una persona jurídica de Derecho Público se inserta inmediatamente en determinadas áreas constitucionalmente protegidas por los derechos fundamentales y subsiste con autonomía, independencia o separación del Estado, como puede suceder con las iglesias, universidades, o antes de radio y televisión⁶⁵.

2. Sujetos obligados. El problema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales

56 El destinatario de los derechos fundamentales y sujeto obligado por los mismos es el Estado, que se encuentra vinculado por ellos dado su carácter de normas de Derecho necesario de aplicación directa (art. 1.3 GG). Ello es válido no sólo cuando el Estado actúa como poder público federal o como poder público de los *Länder*, sino incluso cuando para cumplir sus funciones se sirve de una instancia jurídicamente autónoma, de administraciones locales, concretamente municipios o corporaciones, entes y fundaciones de Derecho Público, personas privadas u organizaciones que el Estado toma a su servicio. En todo ello no importa la forma jurídica con que actúe. Es más, aunque el

⁶³ BVerfGE 7, 99 (103); 14, 121 (129 ss.); 27, 152 (158).

⁶⁴ BVerfGE 4, 7 (12); 10, 89 (99).

⁶⁵ Cfr. también BVerfGE 21, 362 (367 ss.); 61, 82 (100 ss.); 68, 193 (205 ss.); 70, 1 (15 ss.); 75, 192 (195 ss.); 78, 101 (102 ss.). De la doctrina: A. von MUTHUS, *Bonner Kommentar*, 2.ª revisión, notas marginales 78 ss. al art. 19.III LF; H. BERTHEG, «Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal», en: *AöR* 104, 1979, pp. 54 ss., 268 ss.

Estado, entendido en sentido amplio, recurra para el cumplimiento directo o indirecto de sus cometidos a fórmulas de Derecho Privado, queda igualmente vinculado por los derechos fundamentales.

Ninguna respuesta determinante se ha dado a la cuestión de si los derechos fundamentales tienen otros destinatarios: si obligan a los titulares del poder económico o social, e incluso a particulares. La relevancia de esta problemática resulta evidente si se tiene en cuenta que la libertad humana puede resultar menoscabada o amenazada no sólo por el Estado, sino también dentro de relaciones jurídicas privadas, y que sólo cabe garantizarla eficazmente considerándola como un todo unitario (cfr. números marginales 26 ss.). Por eso se viene debatiendo desde hace tiempo si y en qué medida corresponden a los derechos fundamentales efectos frente a terceros⁶⁶.

58 La Ley Fundamental sólo ha dotado explícitamente de eficacia frente a terceros a la libertad sindical (art. 9.3 GG). Carecemos de otra regulación constitucional expresa. Una respuesta al problema únicamente cabe a partir de la función de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional. Como derechos individuales de defensa, de concurso y a prestaciones (*derivadas*) (cfr. números marginales 15 y 29), así como en sentido y significado objetivo de prescripciones negativas de competencia y fundamento de obligaciones de protección, los derechos fundamentales únicamente tienen al Estado como destinatario. Como principios rectores del ordenamiento jurídico en su conjunto (cfr. número marginal 21) los derechos fundamentales pueden ser determinantes para la configuración de relaciones jurídicas privadas, pero no fundan derecho subjetivo alguno en cualesquiera de esas relaciones orientado a exigir una conducta de la otra parte conforme a los derechos fundamentales.

59 De ahí que —como estima mayoritariamente la doctrina— no proceda reconocer, con la excepción citada del art. 9.3 GG, un efecto directo de los derechos fundamentales frente a terceros. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sigue, sin embargo, otra vía. Se limita a admitir una *eficacia mediata frente a terceros*, partiendo de la base de que el contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se despliega en el Derecho Privado mediante los preceptos directamente reguladores en este campo, especialmente las cláusulas generales y los conceptos indeterminados. La eficacia mediata frente a terceros de los derechos fundamentales radica en su ascendiente sobre los preceptos aplicables del Derecho Civil, que hay que tener en cuenta a la hora de interpretarlos (cfr. *supra*, número marginal 22). Si un Tribunal, como titular del poder público, incumple dicha regla, está transgrediendo aquellas normas de derechos fundamentales sobre cuya observancia por el poder judicial tiene el ciudadano una expectativa constitucional⁶⁷.

⁶⁶ Fundamentándolo: G. DÖRIG, «Grundrechte und Zivilrechtsprechung», en: *Festschrift für Nawiasky*, 1956, pp. 157 ss.; MAUNZ/DÖRIG, *Grundgesetz*, números marginales 127 ss. al art. 1.III, y 56 ss. al art. 2.I; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, 1960, en especial pp. 306 ss. Últimamente W. RÜFNER, «Drittwirkung der Grundrechte», en: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, pp. 215 ss.; C. W. CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht», en: *AcP*, 1984, pp. 201 ss.

⁶⁷ BVerfGE 7, 98 (204 ss.). Continúa sin explicarse el origen y el contenido preciso de la pretensión del ciudadano afectado de que se compruebe la influencia objetiva de un derecho fundamental al utilizar el recurso de amparo constitucional [en este sentido, acertadamente, HERMES (cit. n. 54), pp. 110 ss.]. Sobre la significación de los derechos fundamentales en la interpretación

60 A tenor de tal fórmula también aquí resulta ser el Estado sujeto obligado por los derechos fundamentales. Sin embargo, tal solución alberga simultáneamente decisivas reservas respecto de unos generalizados *efectos frente a terceros*. Hay que tener en cuenta que superponer el Derecho Constitucional sobre el Derecho Privado puede comportar una sensible restricción de la autonomía privada y, por ende, una nada leve limitación de la libertad responsable, modificando de una forma esencial, por lo tanto, la naturaleza y el significado del Derecho Privado. A ello hay que añadir que en las relaciones entre particulares todos los interesados comparten la protección de los derechos fundamentales; mientras que, al no ser los poderes públicos titulares de derechos fundamentales, no cabe un conflicto sobre derechos fundamentales en la relación entre ellos y los ciudadanos. Con frecuencia el juez se encuentra ante la difícil tarea de hallar, compensando o ponderando en el caso de que se trate, el carácter y el alcance de la influencia de los diversos derechos fundamentales a partir de los parámetros amplios e indeterminados de esos mismos derechos. Ello amenaza con entrar en contradicción con la misión de un Derecho Privado conforme a las exigencias del Estado de Derecho, que debe hacer posible con ayuda de regulaciones claras, detalladas y precisas, la modelación de las relaciones jurídicas y la solución judicial a los problemas del caso⁶⁸. La ventaja de una amplia validez y efectividad de los derechos fundamentales se paga al precio de una cierta inseguridad jurídica y de una pérdida de autonomía del Derecho Privado.

61 En consecuencia, todo dependerá de que la obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales, también frente a su afectación por terceros, se conciba esencialmente como una función del legislador. Antes que nada, éste debe establecer regulaciones que impidan los abusos sociales o económicos; en el campo del Derecho Privado tiene que concretar el contenido jurídico de los derechos fundamentales como principios objetivos de ordenamiento jurídico en su conjunto, así como deslindar las situaciones jurídicas fundamentalmente protegidas. Sólo allí donde el legislador no cumpla o no pueda cumplir esta tarea, quedan en las decisiones judiciales márgenes para una *eficacia mediata respecto de terceros*.

VII. DESARROLLO Y LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Desarrollo

62 Sólo en unos pocos y escuetos párrafos garantiza la Ley Fundamental los derechos fundamentales. A menudo, sólo pueden adquirir efectividad en conexión con la reglamentación jurídica más detallada de las condiciones y ámbitos existenciales para los que deben regir. Precisan un desarrollo que compete

de declaraciones de carácter negocial y acuerdos en el campo del Derecho Privado, cfr. *BVerfGE* 73, 161 (168 ss., 270 ss.).

⁶⁸ Sobre ello y lo siguiente, más detalladamente, K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, pp. 23 ss. Existe versión española de IGNACIO GUTIÉRREZ, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 1995.

sobre todo al legislador; éste se encuentra vinculado al marco y a las directrices fijados por los derechos fundamentales.

63 En ciertos casos, la misma Constitución encomienda al legislador regular *los pormenores* (por ej., art. 4.3 GG para el derecho fundamental de objeción de conciencia). Al margen de este mandato, también puede evidenciarse necesaria con particular claridad una configuración jurídica allí donde los derechos fundamentales garantizan la existencia de un instituto jurídico, como sucede con la protección del matrimonio y la familia (art. 6.1 GG) y con la garantía de la propiedad y del derecho a la herencia (art. 14.1 GG), cuyo contenido deberá ser *determinado por ley* (art. 14.1 GG). El legislador asume el mandato constitucional de desarrollo a la hora de concretar el contenido jurídico de los derechos fundamentales en el Derecho Privado (cfr. número marginal 61). De igual manera, la igualdad jurídica del hombre y la mujer (art. 3.2 GG), la libertad de prensa, de radio y televisión o científica (art. 5.1 y 3 GG) y la libertad de asociación y sindical (art. 9.1 y 3 GG), a título de ejemplo, exigen regulaciones jurídicas en las que la igualdad o libertad garantizadas, tanto materialmente como en las reglas del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal (cfr. número marginal 43), cobran perfil concreto.

2. Limitación

64 Hay que distinguir de tal función de desarrollo la limitación de los derechos fundamentales, que desempeña un papel fundamental en relación sobre todo con los derechos de libertad. Una libertad ilimitada o un uso sin riendas de la propiedad pueden dar lugar a que se vean afectados otros intereses, ya se trate de derechos de terceros, ya de intereses esenciales de la Sociedad. Por eso resulta necesario una ordenación de las garantías jurídico-fundamentales y de otros bienes jurídicos, mediante la cual se fije un régimen de relaciones en el que tengan eficacia unos y otros. La Constitución prevé a efectos de cumplimiento de tal tarea limitaciones de los derechos fundamentales. Sólo tras tenerlos en cuenta resulta en concreto cuál sea el alcance de un derecho fundamental.

65 Según la Constitución, las limitaciones resultan en primer lugar de la propia *Ley Fundamental*. Esto puede constar *inmanentemente* en la misma norma garante [por ej., limitando la protección de la libertad de asamblea a *reuniones pacíficas* (art. 8.1 GG)] o en otras normas constitucionales, sea expresamente (art. 9.2 GG, según el cual están prohibidas las asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarias a las leyes penales o se dirijan contra el ordenamiento constitucional o la idea del entendimiento entre los pueblos), sea por la propia materia, en derecho fundamental por otros derechos o cualesquiera otras normas constitucionales [por ej., por el derecho general de la personalidad (art. 2.1, en relación con el art. 1.1 GG) a la libertad de expresión (art. 5.1 GG)].

66 Ciertamente, no puede la Constitución establecer por sí sola y de antemano todos los límites de los derechos fundamentales. Por eso en muchas ocasiones la ley Fundamental confía esta función al legislador, una vez que ha marcado las necesarias distinciones. La remisión al legislador cobra forma de reserva de ley, mediante la cual se habilita al legislador para limitar (*mediante ley*)

derechos fundamentales, o bien para facultar a los poderes ejecutivo y judicial para una limitación, precisando los requisitos del supuesto de hecho (por ejemplo, determinando en este caso con más detalle el alcance de la habilitación: art. 11.2 GG para la libertad de circulación y residencia, o —sin una calificación de este tipo— art. 2.2 GG para los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la libertad de la persona). Asimismo, las reservas de regulación de los arts. 12.1 y 14.1 GG autorizan a limitar los derechos fundamentales garantizados; pero contienen antes que nada una autorización para el desarrollo. Dado que las reservas de ley y de regulación sólo autorizan la limitación de los derechos fundamentales por parte del legislador, los poderes ejecutivo y judicial carecen de competencia para llevarlas a cabo de manera autónoma. El legislador debe determinar los requisitos de la limitación de modo tan preciso que la facultad para realizarla no quede totalmente a la discrecionalidad de la Administración o la Judicatura ⁶⁹.

67 Lo cierto es que las autorizaciones concedidas para una limitación de los derechos fundamentales no carecen, a su vez, de límites. Ello resulta de la tarea expuesta (*supra*, número marginal 64) y se confirma mediante la garantía del contenido esencial del art. 19.2 GG. Por eso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha restringido considerablemente (sin recurrir expresamente a esta garantía) la posibilidad de limitar los derechos fundamentales: aunque la existencia de éstos quede supeditada a una limitación legal, no son abandonados a la libre disposición del legislador. Por eso sólo se admiten restricciones cuando se acometen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones objetivas y razonables del bien común y se compadecen bien con el *principio de proporcionalidad* (en sentido amplio). A tal tenor, la limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo (público) perseguido. Además, el medio tiene que resultar necesario, lo que es el caso cuandoquiera que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor al derecho fundamental. Finalmente, ponderando en conjunto la envergadura de la intervención y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por los márgenes de lo que es razonablemente exigible ⁷⁰.

68 A menudo, cuando se promulga una ley no se puede prever con certeza si las medidas adoptadas en ella son las adecuadas y exigidas para conseguir el fin perseguido. En estos casos resulta necesario hacer una *predicción*, cuya incertidumbre resulta tanto mayor cuanto más complejas y de mayor trascendencia sean las circunstancias a las que se refiere. Para el control de tales predicciones, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador una prerrogativa de estimación, cuyo alcance se aprecia en función de la peculiaridad de la materia en cuestión, de las posibilidades existentes para formarse un juicio suficientemente certero y de la significación de los bienes jurídicos en juego; el Tribunal recurre a parámetros diferenciados que van de un control de evidencia y razonabilidad hasta una intensa verificación material ⁷¹. Ello permite por regla general un margen de discrecionalidad del legislador no sujeto a control de constitucionalidad; de esta forma se evita que el Tribunal invada los márgenes dis-

⁶⁹ Cfr. sobre ello, por ejemplo, *BVerfGE* 20, 150 (157 ss.); 52, 1 (41); 62, 169 (182 ss.)

⁷⁰ Jurisprudencia constante, cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 30, 292 (316).

⁷¹ *BVerfGE* 50, 290, (332 ss.).

crecionales que corresponden a la fijación política de objetivos y a la configuración legislativa.

Además de las posibilidades de limitar los derechos fundamentales citadas, válidas con carácter general, pueden limitarse los derechos de determinadas personas que se encuentran en una *relación especial de sujeción*, como sucede, por ejemplo, con los funcionarios, los soldados o los escolares ⁷². Las relaciones derivadas de un estatuto especial y la regulación en la que cobran forma jurídica no podrían cumplir a menudo sus funciones en la vida de la Sociedad constituida, si se mantuviera para ellas el *standard* general de los derechos fundamentales. En todo caso, al fundamento y a la forma de estas limitaciones se les aplican las mismas reglas que a la relación Estado-ciudadano: las limitaciones de los derechos fundamentales tienen que basarse en la propia Constitución o en una ley dictada en virtud del principio de reserva legal y siempre con ese rango normativo. El legislador puede tomar en consideración las especiales necesidades y la peculiaridad inherente a las respectivas relaciones y establecer particulares limitaciones a los derechos fundamentales en virtud de la función que desempeñen, por ejemplo limitando la libertad de expresión de los funcionarios por razón de la obligación de secreto propia del cargo (cfr. también art. 17 a.1 GG). Ello tampoco significa que en estos casos los derechos fundamentales tengan simplemente que ceder ante tales necesidades; se queda obligado a tenerlos en cuenta en la medida de lo posible, por mucho que ello pueda suponer dificultades o cargas para el servicio o el organismo.

VIII. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el esfuerzo por asegurar de forma plena y efectiva la validez jurídica y fáctica de los derechos fundamentales, la *Grundgesetz* deja atrás considerablemente al Derecho Constitucional tradicional. Con ello intenta prevenir procesos como los que concurren al fracaso de la República de Weimar y a la dominación nacionalsocialista. 70

1. Garantías frente a la abolición, al quebrantamiento y al vaciamiento de contenido de los derechos fundamentales

El art. 79.3 de la Ley Fundamental veda una abolición de derechos fundamentales por la vía de la reforma constitucional: son inadmisibles reformas de aquella que afecten a los principios formulados en los arts. 1 y 20 GG. Estos principios: la dignidad del hombre (art. 1) y los principios democráticos y del Estado de Derecho (art. 20) resultarían *afectados* por cualquier abolición, porque prácticamente todos los derechos fundamentales constituyen parte esencial de tales principios (*supra*, número marginal 20), de forma tal que su eliminación suprimiría aquellos mismos principios y el ordenamiento construido 71

⁷² Cfr. sobre ello W. LOSCHELDER, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichrechtlichen Sonderbindung*, 1982, en especial pp. 371 ss.

sobre los mismos. No se excluye, en cambio, la reforma del texto de los derechos fundamentales siempre que se preserve su contenido y eficacia.

72 También se acabaría, al menos parcialmente, en una abolición si se permitiera un quebrantamiento de derechos fundamentales, como se admitió bajo la Constitución de Weimar. La Ley Fundamental sólo puede modificarse por medio de una ley destinada expresamente a completar o reformar su texto (art. 79.1 GG). Con ello queda excluido el quebrantamiento de los derechos fundamentales: las leyes no pueden apartarse de un derecho fundamental ni siquiera cuando hayan sido aprobadas con la mayoría necesaria para una reforma constitucional. Al contrario de lo establecido por el art. 48.2 de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental tampoco permite una derogación provisional de derechos fundamentales en situaciones de emergencia nacional interna o externa. Para garantizar el ordenamiento constitucional libre y democrático la Ley Fundamental sólo prevé la posibilidad de una pérdida de determinados derechos fundamentales (art. 18 GG). A ello sólo puede recurrirse frente a personas determinadas y mediante declaración del Tribunal Constitucional.

73 Los mencionados preceptos no bastarían para combatir una devaluación furtiva y un vaciamiento interno de los derechos fundamentales que resultaran de una utilización inadecuada. Para reaccionar contra esta posibilidad el art. 19.1 GG cierra el paso a leyes individuales que limiten derechos fundamentales; las leyes limitadoras de derechos fundamentales tienen que citar literalmente a cuál de ellos se refieren, especificando el artículo afectado. En ningún caso un derecho fundamental puede resultar afectado en su contenido esencial (art. 19.2 GG). La significación práctica de estas garantías es limitada. De ahí lo decisivo que resulta para las garantías de que un derecho fundamental no se va a depreciar con limitaciones desmedidas, la exigencia de proporcionalidad de dichas limitaciones (*supra*, número marginal 67). Cuandoquiera se satisface dicha exigencia queda excluida una intervención en el contenido esencial de un derecho. La importancia del art. 19.2 GG se limita, por consiguiente, a positivar explícitamente el mandato de proporcionalidad.

2. Protección por el Poder judicial

74 En la actualidad es decisiva para una amplia garantía y efectividad de los derechos fundamentales la protección por los tribunales. En la época de la Constitución del *Reich* de 1919 había sólo reducidas oportunidades de que llegasen los derechos fundamentales a hacerse efectivos ante los tribunales. Continuó siendo escasa, por tanto, la importancia práctica de aquéllos. Bajo la Ley Fundamental esa efectividad resulta plena y sin fisuras. Tal efectividad ha conseguido que los derechos impregnen no sólo la vida pública, sino toda la vida jurídica—ocasionalmente incluso hasta el detalle.

75 La tutela judicial de los derechos fundamentales queda constitucionalmente garantizada mediante la disposición del art. 19.4 GG. A tenor del mismo el ciudadano puede recurrir a la vía judicial ante una violación de sus derechos por los poderes públicos—en este contexto, el poder ejecutivo. Con ello se le garantiza siempre el acceso a un tribunal, no necesariamente a una doble instancia. Al margen de ello, compete a los tribunales en todos los procesos

respeto y la tutela de los derechos fundamentales. Los tribunales que deciden sobre los recursos frente a las resoluciones judiciales restablecen en su derecho las cosas hubieran sentido sus derechos fundamentales vulnerados por la instancia previa. Las leyes que los contradigan, de las que dependa la decisión, pueden ser aplicadas por los tribunales, los cuales por principio han de suspender el proceso y recabar la decisión del Tribunal Constitucional (cfr. también *infra* cap. 15).

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional, en el que recaen extensas competencias. De importancia es en este extremo el procedimiento de amparo. Es incoable por cualquier persona alegando lesión por los poderes públicos de alguno de sus derechos fundamentales o en los derechos contenidos en los arts. 20.4, 33, 38, 101 y 103 (art. 93.1, núm. 4, a, GG). Los §§ 90 ss. de la Ley del Tribunal Constitucional contienen disposiciones más detalladas.

Como una vía diferente a la del art. 19.4 GG, el recurso de amparo constitucional puede también dirigirse contra actos de los poderes legislativo y judicial, aunque para hacerlo directamente contra una ley es necesario que el recurrente resulte afectado personal, actual y directamente por ella⁷³. La interposición de un recurso de amparo contra actos del poder ejecutivo y decisiones judiciales requiere forzosamente el agotamiento de la vía judicial (§ 90.2 BVerfGG). Frente a decisiones judiciales, el recurso de amparo no abre una nueva instancia. La comprobación del supuesto de hecho, la interpretación y la aplicación de los preceptos infraconstitucionales básicos—de *Derecho ordinario*—son en principio de la exclusiva atribución de los tribunales ordinarios competentes. El Tribunal de Karlsruhe debe limitarse a comprobar si la decisión cuestionada ha conculcado el Derecho Constitucional⁷⁴. Si no sucede esto, la decisión no puede ser objetada sea defectuosa desde el punto de vista del Derecho ordinario.

Los recursos de amparo tienen que ser previamente admitidos (§ 93 a BVerfGG). La admisión puede ser denegada, en el supuesto general del § 93 b núm. 2, BVerfGG por decisión unánime de una de las salas de tres magistrados, si el recurso es improcedente o si carece por otros motivos de perspectivas de éxito (cfr. sobre ello *infra* cap. 16).

IX. HACIA UNA VALORACIÓN DEL CURSO SEGUIDO POR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se hace evidente en una visión de conjunto hasta qué extremo los derechos fundamentales determinan y troquelan incluso en detalles menores no sólo la vida pública sino la totalidad de relaciones jurídicas en Alemania: en ningún momento de la historia alemana han disfrutado los ciudadanos de más libertad y protección jurídica que hoy.

Podrá discutirse si las mujeres y los hombres de la República Federal son por ello, y tomados en su conjunto, más felices que sus padres y abuelos. Hay razones para pensar que algunos sectores de la generación más joven no saben

⁷³ BVerfGE 1, 97 (101 ss.), jurisprudencia constante.

⁷⁴ BVerfGE 18, 85 (92), jurisprudencia constante.

qué hacer con su libertad. Ya sea porque en la vieja República Federal la libertad había devenido algo que se daba por descontado, ya sea porque tras cuatro décadas bajo un régimen socialista no acierten en los nuevos *Länder* a colocarse de un día para otro en el papel de ciudadanos autónomos y responsables de una democracia con un orden económico regido por la libertad. Pero ello, en modo alguno avala una interpretación de los recientes avances en materia de derechos fundamentales como evolución fallida.

80 Lo propio vale para la crítica que se hace a tal evolución. Puede resumirse en la idea de que el actual progreso de los derechos fundamentales se ha salido de las vías tradicionales ya probadas y, por ello, ha de debilitar, si no disolver al Estado⁷⁵. También el debate de actualidad se tropieza con la objeción de un exceso de libertad, que tiene como secuela debilitar al Estado y hacerlo incapaz de enfrentarse a sus tareas. Ahora bien, derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente; antes al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado; una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato estatal de poder lo más eficaz posible cuanto del asentimiento libre de un número tan vasto como sea posible de ciudadanos a quienes importe lograrla, mantenerla y renovarla en todo momento. Atañe a la capacidad de integración de los ciudadanos en el Estado y su ordenamiento jurídico. Si los derechos fundamentales, como es el caso bajo la Ley Fundamental, son las piedras angulares que legitiman ese orden, si aspiran a allanar el camino para el asentimiento libre, son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede sino redundar en favor del Estado.

81 No es aquí donde hay que buscar las reservas. Tampoco cabe decir que esté libre de peligros la evolución actual de los derechos fundamentales. Como se ha expuesto más arriba, esta evolución ha ido mucho más allá que las precedentes: los derechos fundamentales vinculan también al legislador, contienen principios que abarcan el orden jurídico en su totalidad y la aplicación del Derecho; su observancia está sometida en último instancia al control del Tribunal Constitucional. Bajo estos supuestos, cuanto más se extienda la esfera de aplicación de los derechos fundamentales, tanto más se dilatará la proyección de las disposiciones constitucionales vinculantes. A partir de ahí, los órganos políticos de deliberación y dirección verán constreñidos sus márgenes de libre decisión, viéndose reducidos a la condición de meros ejecutores de la Constitución —por otra parte, bajo la mirada fiscalizadora del Tribunal Constitucional. Ello no sólo restringiría, de no detenerse, un proceso político libre y abierto como el que presupone la democracia. En tiempos de transformaciones radicales como los nuestros, en los que para sobrevivir se han hecho precisas nuevas soluciones a nuestros problemas, una evolución ulterior en tal sentido obstaculizaría la dinámica y el progreso que tan decididamente importan. De esta suerte se haría un flaco servicio a quienes viven bajo la Ley Fundamental, al Estado y a la fuerza normativa de la Constitución —tanto más si la presión de las circunstancias

⁷⁵ Ésta ha sido, sobre todo, la opinión de Ernst Forsthoff, «Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung», en: *Der Staat* 2, 1963, pp. 392 ss.

forzara al cabo a recortar otra vez los derechos fundamentales antes expandidos, a relativizarlos o a ignorarlos.

82 Históricamente y en su significado actual son los derechos fundamentales sobre todo derechos humanos: lo que con ellos se pone en juego son las condiciones esenciales de la vida individual y comunitaria en libertad y de la dignidad humana, una tarea que nada ha perdido, en las circunstancias presentes, de su importancia para nuestro tiempo. Si los derechos fundamentales han de asegurar eficazmente esas condiciones esenciales, no deben obstaculizar los cambios sociales; a la vez, deberán ser mantenidos y protegidos en su esencia sin reserva ni restricción alguna. Esto presupone que no se dilaten de modo inflacionario ni sean reducidos a calderilla. De ahí lo esencial y rico en consecuencias de la elaboración de su vertiente objetiva: es cometido de esa interpretación reforzar la validez de los derechos fundamentales como derechos humanos⁷⁶; su significado como principios objetivos nunca deberá ser disociado de esa idea nuclear. De otro modo, se correría el peligro de abrir vías a una interpretación que pierda de vista el sentido originario y permanente de los derechos fundamentales y yerre en su principal misión.

⁷⁶ Cfr. *BVerfGE* 50, 290 (337 ss.).

