

Seminario internacional de

derecho alemán

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO

Consejo Editorial

Fr. Eduardo González Gil, O.P.
Rector General

Fr. Faustino Corchuelo Alfaro, O.P.
Vicerrector Académico General

Fr. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

Fr. Bernardo Vallejo Molina, O.P.
Vicerrector General Universidad Abierta y a Distancia -VUAD-

Omar Parra Rozo
Director Unidad de Investigación y Posgrados

Aída María Bejarano Varela
Editora

ISBN: 958-631-333-6

Hecho el depósito que establece la ley

© Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás
Derechos reservados

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
Consejo Editorial
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos: 235 19 75 - 255 42 01
Http://www.usta.edu.co
E-mail: publica@usta.edu.co

Diseño y diagramación: Grupo editorial "Alfil"
Corrección: Omar Asdrúbal León Carreño

Bogotá D.C., Colombia
2003

Contenido

	<i>pág.</i>
Presentación	7
Luz Amparo Serrano Quintero – Decana Académica Facultad de Derecho – Universidad Santo Tomás	
Introducción	
Elementos centrales del debate jurídico contemporáneo en Alemania	11
Jheison Torres Ávila, Andrés Abel Rodríguez Villabona Universidad Santo Tomás	
El procedimiento penal alemán: fundamentos, innovaciones jurídicas, desarrollo histórico y tendencias actuales	27
Wolfgang Heinz – Universidad de Konstanz	
La protección de los derechos fundamentales por los tribunales federales "específicos" y por la Corte Constitucional Federal	83
Martin Ibler – Universidad de Konstanz	
La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal de Alemania	123
Dieter Lorenz – Universidad de Konstanz	

La protección de los
derechos fundamentales
por los tribunales federales
"específicos" y por la Corte
Constitucional Federal

Martin Ibler

UNIVERSIDAD DE KONSTÄNZ

I

La importancia de los derechos fundamentales de la persona en Alemania

I. ¿Cuáles son los derechos fundamentales en Alemania?

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República Federal de Alemania, denominada "Ley Fundamental" (LF), son los derechos de libertad y de igualdad. Los primeros protegen la libertad de la persona contra las vulneraciones por parte del Estado. Entre estos derechos fundamentales de libertad se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física¹, la libertad de creencia

¹ LF, art. 2 (2): "Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física".

e ideología², la libertad de opinión y la libertad de prensa³, la libertad artística y científica⁴, la libertad de reunión⁵ y de asociación⁶, el derecho de libre elección y ejercicio de una profesión⁷, el derecho a la inviolabilidad del domicilio⁸, el derecho de propiedad privada⁹ y el derecho de asilo¹⁰. Los derechos fundamentales de igualdad, por su parte, protegen a la persona frente a las injustas discriminaciones de que puedan ser objeto por los organismos públicos. Como derechos fundamentales de igualdad son contemplados los principios generales de igualdad de todos los ciudadanos, tales como la prohibición de la arbitrariedad, la igualdad entre hombres y mujeres y la igualdad entre discapacitados y no discapacitados.

² LF, art. 4 (1): "La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables".

³ LF, art. 5 (1): "La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá la censura".

⁴ LF, art. 5 (3): "El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres".

⁵ LF, art. 8 (1): "Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos".

⁶ LF, art. 9 (1): "Todos alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades".

⁷ LF, art. 12 (1): "Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley".

⁸ LF, art. 13 (1): "El domicilio es inviolable".

⁹ LF, art. 14 (1): "La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes".

¹⁰ LF, art. 16 (1): "Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo".

2. ¿A quiénes protegen los derechos fundamentales?

Los derechos fundamentales protegen a toda persona frente a la actuación soberana de la Administración. En este caso, "toda persona" es un concepto muy amplio, ya que [el individuo] es protegido desde antes del nacimiento¹¹ hasta después de la muerte¹², pasando por todas las etapas de la vida (desde la niñez hasta la madurez), y rigen tanto para los alemanes como para los extranjeros. No obstante, los ciudadanos alemanes están más fuertemente protegidos que los extranjeros, si bien los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea –los denominados "ciudadanos de la Unión"–, en lo que a la protección de los derechos fundamentales de la persona se refiere, reciben el privilegio de ser tratados, en numerosos casos, como ciudadanos alemanes¹³, es decir, son fuertemente protegidos. Con todo, la protección de los restantes ciudadanos extranjeros resulta más débil, toda vez que la Constitución alemana facilita al Estado, frente a los extranjeros, la restricción de la protección de sus derechos fundamentales. Varios derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros –aunque no todos– pueden ser restringidos mediante o en virtud de leyes ordinarias, siempre que esto no resulte desproporcionado.

¹¹ Véase Ingo v. Münch, en Münch/Kunig (eds.), Grundgesetz Kommentar [Constitución Comentada], vol. 1, 5a edición, 2000, advertencia al art. 1-19, número de referencia 8 con otras fuentes.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional Federal, Amtliche Entscheidungssammlung, tomo 30, pp. 173 y ss. (194 – "Sentencia Mephisto").

¹³ Gerrit Manssen, Grundrechte, 2000, No. de referencia 30 en lo que se refiere a la aplicación del Tratado de la Comunidad Europea; igualmente el No. de referencia 509: en el caso de los ciudadanos de la unión, habría que elevar el nivel de protección del art. 2 (1) al art. 12 (1) de la Constitución debido al Derecho Comunitario. Comparar von Hartmut Bauer/Wolfgang Kahl, "Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?", en Juristenzeitung, 1995, p. 107.

Los derechos fundamentales no protegen solamente a las personas naturales frente al poder soberano del Estado, sino también a las personas jurídicas, en tanto la protección de los derechos fundamentales de la persona, "por su propia naturaleza", sea igualmente aplicable a éstas últimas¹⁴. Por lo tanto, las empresas privadas constituidas como persona jurídica regulada por el Derecho privado, supongamos una Sociedad de Responsabilidad Limitada, pueden acogerse también, por ejemplo, a las garantías jurídicas de la propiedad privada, a la libertad de opinión o al principio de igualdad, aunque no serán sujetos, por ejemplo, del derecho fundamental a la integridad física o a la dignidad humana¹⁵. Ahora bien, dada su propia naturaleza, los derechos fundamentales no rigen para las personas jurídicas de Derecho público, esto es, no tienen vigencia para el Estado y sus subdivisiones, como son la Federación, los Estados Federales (que denominaremos *Länder*) y los municipios, ni para otros organismos públicos. La esencia de los derechos fundamentales reside precisamente en la protección que deben ofrecer a la persona contra los Organismos del Estado, por lo que no deben tutelar a este último. Más aún, la Constitución obliga a todos los organismos públicos a respetar los derechos fundamentales y, según la doctrina básica del derecho alemán, por principio fundamental, nadie puede ser al mismo tiempo obligado y titular de derechos fundamentales, lo que se denomina "argumento de confusión". Se puede justificar esto diciendo que los organismos de la administración no asumen ninguna libertad personal, sino que simplemente ejercen competencias estatales.

¹⁴ LF, art. 19 (3): "Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en la medida en que por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas".

¹⁵ LF, art. 1 (1): "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público". Por ejemplo, Ekkehart Stein/Götz Frank, Staatsrecht, 17a edición, 2000, § 27 III, p. 218.

Excepcionalmente la Corte Constitucional Federal ha otorgado a unas pocas entidades del Estado (personas jurídicas estatales), la protección de algunos derechos fundamentales concretos. Es así como las universidades estatales y sus facultades¹⁶ pueden acogerse al derecho fundamental de libertad científica, y los medios radiofónicos y televisivos de titularidad pública¹⁷ al derecho fundamental de libertad de prensa (art. 5 [1])¹⁸. La razón de dichas excepciones es que las universidades estatales corresponden al ámbito de la tutela inmediata del derecho fundamental a la libertad científica, al igual que los medios de radio y televisión estatales corresponden al ámbito protegido directamente por el derecho fundamental a la libertad de prensa e información¹⁹. Con este fin, las universidades estatales y los medios radiofónicos están organizados por la legislación alemana de tal modo que es imposible la influencia dominante del Estado sobre los mismos²⁰. Los restantes Organismos Estatales no disfrutaban de la protección de derechos fundamentales.

3. ¿Cuál es la relevancia de los derechos fundamentales en Alemania?

3.1 *Los derechos fundamentales como normas constitucionales*

Los derechos fundamentales de la República Federal de Alemania se encuentran consagrados en su Constitu-

¹⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 15, pp. 256 y ss. (261 s.).

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 31, pp. 314 y ss. (322).

¹⁸ El texto ha sido nombrado anteriormente.

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 21, pp. 362 y ss. (369 y ss.); 31, 314 (322).

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 31, pp. 314 y ss. (322).

ción Federal o Ley Fundamental. Por tanto, ellos forman parte de la Ley Federal, el rango superior en el ordenamiento jurídico alemán. En un rango inferior al de los derechos fundamentales, en la jerarquía normativa alemana, se sitúa toda la restante legislación federal (leyes federales ordinarias, decretos federales), y aún por debajo de ésta, toda la normativa de cada uno de los *Länder* de la Federación alemana, sus constituciones, sus legislaciones ordinarias, sus decretos, sus reglamentos y sus estatutos.

A continuación voy a centrarme en los derechos fundamentales de la Constitución Federal. No obstante, algunas constituciones de los *Länder*—aunque no todas—contemplan también algunos derechos fundamentales, mas si se los compara con los derechos de la Ley Fundamental su importancia es menor: o bien recogen nuevamente los establecidos en la Constitución Federal, por lo que tienen un mero valor declarativo, o bien introducen alguna restricción que carece de especial relevancia, ya que se sitúan por debajo de cualquier norma federal, según la jerarquía del ordenamiento jurídico nacional.

3.2 *Ubicación en la Constitución*

En la Ley Fundamental alemana, los derechos fundamentales son enumerados y resumidos en un catálogo que se extiende desde el artículo 1 hasta el 19 del comienzo de la Constitución. Este hecho refleja claramente la importancia de los derechos fundamentales en Alemania.

3.3 *El carácter vinculativo de los derechos fundamentales como normas jurídicas directamente aplicables*

Ya el primer artículo de la Ley Fundamental muestra, inequívocamente, la preeminencia de los derechos fundamentales, al establecer en su tercer párrafo que "los derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a título de derecho directamente aplica-

ble". Mediante esta vinculación directa de todos los poderes públicos, la Ley Fundamental promulgada en 1949 se diferencia en un punto muy importante de su antecesora y modelo, la Constitución Imperial de Weimar del año 1919. La antigua Constitución (la primera Constitución democrática de Alemania)²¹ contemplaba muchos derechos fundamentales tan sólo como prescripciones programáticas o recomendaciones para el Legislador (las también denominadas directivas o directrices legislativas)²². Estas prescripciones programáticas de los derechos fundamentales no constituían ningún "derecho actual"²³, sino que debían ser transpuestas por el legislador, según la configuración del ordenamiento jurídico. Debido, precisamente, a su carácter de mera prescripción programática, la protección de los derechos fundamentales en los años de la República de Weimar (1919–1933) fue débil y no pudo contribuir a impedir el despotismo nacionalsocialista de 1933–1945. A consecuencia de esta experiencia histórica, desde 1949 la Constitución de la República Federal de Alemania reitera la importancia de los derechos fundamentales como derecho "actual"²⁴ y de "aplicación inmediata y obligatoria"²⁵, y no sólo en el sentido de la inequívoca vinculación de la Administración y la Judicatura a los derechos fundamentales, sino también en el sentido de la vinculación del propio Legislador.

²¹ Ekkehart Stein/Götz Frank, Staatsrecht, 17a edición, 2000, § 2 III 2, p. 9.

²² Véase, por ejemplo, Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Comentario, 14a edición, 1933, reimpresión 1965, pp. 515 y ss.

²³ Formulación según Gerhard Anschütz, op. cit, p. 516.

²⁴ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II, Grundrechte, 17a edición, 2001, No. de referencia 164.

²⁵ Formulación según Gerhard Anschütz, op. cit, p. 515.

La sujeción de la acción del legislador a los derechos fundamentales se refuerza, adicionalmente, por ser considerados algunos de ellos como "garantías de instituciones públicas" (garantías institucionales), puesto que garantizan ciertas instituciones del ordenamiento jurídico que, por ende, no pueden ser derogadas por el legislador. Por ejemplo, la garantía de la propiedad patrimonial garantiza la institución de la propiedad privada; la garantía de la herencia garantiza la vigencia, en Alemania, de un derecho sucesorio por el cual se puede legar y heredar el patrimonio²⁶; y las garantías de institución pública del matrimonio y la familia²⁷ garantizan la existencia de esos lazos personales.

3.4 Rango en la Ley Fundamental

La Ley Fundamental del ordenamiento jurídico alemán no sólo expresa en sus primeros artículos el preeminente rango de los derechos fundamentales, sino que, además, en una destacada disposición de "garantía perpetua" (art. 79, párrafo 3)²⁸, establece la prohibición de derogar los principios consagrados en los mismos. Así, nunca una reforma constitucional (que en Alemania requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios en el *Bundestag* y en el *Bundesrat*²⁹) podrá derogar la inmediata aplicación de los

²⁶ LF, art. 14 (1): "La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados...".

²⁷ LF, art. 6 (1): "El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal".

²⁸ LF, art. 79 (3): "No está permitida modificación alguna de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 a 20".

²⁹ LF, art. 79 (2): "Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag [asamblea representativa del conjunto de la nación alemana] y de dos tercios de los votos del Bundesrat [asamblea representativa de los Länder]".

derechos fundamentales en el país, ni tampoco su superior rango normativo. De este modo, los derechos fundamentales no sólo prevalecen sobre las normas parlamentarias, como sucede en todas las normas constitucionales, sino que, en esencia, también dentro de la propia Constitución tienen un rango superior a muchas otras disposiciones constitucionales. Sólo los más importantes principios informadores del Estado, como son el principio del Estado de Derecho, el principio Democrático, el principio del Estado Social y el principio del Estado Federal, ostentan un rango preeminente equiparable al de los derechos fundamentales.

3.5 Los derechos fundamentales como fundamento de un orden objetivo de valores

Debido a su preeminente posición al inicio de la Ley Fundamental, a su resumen en un catálogo, a su inmediata aplicación y a su consiguiente rango superior –incluso en la propia Constitución–, se establece con base en los derechos fundamentales un orden de valores objetivo que condiciona todas las actuaciones estatales en Alemania. El Tribunal Supremo Federal y la Corte Constitucional Federal, desde su creación en el año 1951, han desarrollado en sus sentencias numerosos supuestos sobre el carácter de "orden objetivo de valores en la República Federal de Alemania" de los derechos fundamentales, que los legisladores, la administración y los tribunales deben respetar en sus actuaciones. En tanto orden objetivo de valores, los mencionados derechos fundamentales tienen tres vías de influencia en el ordenamiento jurídico nacional. En primer lugar, influyen en la interpretación y aplicación de todas las leyes ordinarias, no sólo las del derecho administrativo y las del derecho penal, sino también las del derecho privado; los derechos fundamentales tienen, además, la denominada "eficacia irradiante de los derechos fundamentales". En segundo lugar, obligan al Estado a proteger a sus ciudadanos, declarando y apelando a su deber de protección. Por ejem-

plo, para proteger el derecho fundamental a la vida³⁰, el Estado debe establecer disposiciones preventivas que protejan las vidas de sus ciudadanos frente a los criminales y frente a las catástrofes naturales. En tercer lugar, los derechos fundamentales otorgan a los ciudadanos una participación en las instituciones, servicios de prestación y procedimientos estatales, esto es, los derechos fundamentales constituyen los también denominados derechos de participación³¹. Es así como un ciudadano debe completar una larga formación universitaria antes de poder convertirse en juez, en médico o en profesor. Este requisito limita el derecho fundamental a la libre elección de la profesión. Para que dicha condición pueda ser cumplida, se deriva de este derecho fundamental (y del derecho fundamental a la igualdad), un derecho de acceso al estudio en una Universidad Pública, es decir, un derecho a participar de la formación ofrecida por la Universidad.

3.6 *El carácter de derechos públicos subjetivos*

Sin embargo, la importancia *post et ante* de los derechos fundamentales reside en su cometido: la protección de la persona frente a las actuaciones del Estado que puedan vulnerar uno de sus derechos fundamentales. Por tanto, los derechos fundamentales son derechos individuales especiales o derechos defensivos especiales frente al Estado. Estos derechos del individuo son especiales, en primer lugar, porque se establecen frente al poder del Estado y no frente a otras personas –por lo cual son denominados derechos públicos subjetivos– y, en segundo lugar, porque son derechos públicos subjetivos de rango constitucional. El carácter subjetivo de los derechos fundamentales viene a significar sobre todo que el individuo, en defensa de los mis-

³⁰ LF, art. 2 (2): "Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física...".

³¹ Véase Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, op. cit., No. de referencia 76.

mos, puede proceder jurídicamente contra el Estado, tanto ante los Tribunales Contencioso Administrativos, como ante la Corte Constitucional Federal.

3.7 *La diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos "simples"*

Al lado de los derechos fundamentales, en tanto derechos de defensa frente al Estado de rango constitucional, existen además derechos individuales contra el Estado "de promulgación legislativa ordinaria", esto es, los denominados derechos públicos subjetivos "simples", que son los que promulga el Estado mediante sus restantes instrumentos legislativos y no mediante la Constitución. Así, por ejemplo, una Ley de Subvenciones puede garantizar un derecho subjetivo "simple" sobre una subvención, tal como el derecho de reclamarla frente al Estado. Los derechos públicos subjetivos "simples" tienen un rango inferior al constitucional y completan la protección de los individuos frente al Estado, entendiéndose como tal el poder Ejecutivo. El Legislador, sin embargo, no está vinculado por los derechos públicos subjetivos "simples", ya que puede tanto variarlos en su fundamento como derogarlos con una simple mayoría parlamentaria. Frente a tales derechos públicos subjetivos "simples", los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico son especialmente sobresalientes, debido precisamente a su rango constitucional y a su carácter vinculante, incluso para al Legislador. Por eso, los derechos fundamentales son también denominados "derechos públicos subjetivos *par excellence*"³². En la práctica, resulta importante diferenciar los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos por excelencia, de los derechos subjetivos "simples", para discernir su tutela correspondiente a través de los Tribunales. Así, los derechos fundamentales son mejor prote-

³² Martin Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, p. 172, además de otras fuentes.

gidos por los Tribunales que los meros derechos públicos subjetivos "simples". Los derechos fundamentales también son mejor protegidos por los Tribunales que las posiciones jurídicas de derecho privado, esto es, ciertos derechos subjetivos que pueden ser alegados recíprocamente entre particulares: por ejemplo, la reclamación del vendedor del importe de la venta frente al comprador, o la reclamación de la renta que puede hacer el arrendador al inquilino. Mejor que la protección de los derechos públicos subjetivos "simples" y que la protección de los derechos privados es, por tanto, la protección de los derechos fundamentales, en especial, porque una causa abierta por vulneración de derechos fundamentales puede elevarse incluso hasta el Tribunal Constitucional Federal, mientras que en caso de vulneración de derechos públicos subjetivos "simples" por parte del Estado, o en caso de una lesión de derechos privados por parte de un particular, sólo se puede buscar el amparo de los tribunales ordinarios. Sólo quienes puedan demostrar haber sido lesionados por el Estado en uno de sus derechos fundamentales, y una vez agotada las vías judiciales ordinarias, podrán elevar un recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal, en el supuesto de que, efectivamente, los tribunales ordinarios no hayan prestado protección.

3.8 *Hacia la complicada articulación de los derechos fundamentales con los derechos públicos subjetivos "simples"*

Aunque la Ley Fundamental alemana sólo regula detalladamente, de entre todos los derechos públicos subjetivos, los derechos fundamentales, la Constitución establece escuetamente que en Alemania hay además de éstos últimos otros derechos subjetivos "simples"³³, al momento de otorgar su creación y desarrollo, en gran parte, al Legislador ordinario, es decir, al poder Legislativo, al poder Judicial o al

³³ Véase Martin Ibler, op. cit., pp. 173-174.

Derecho Consuetudinario. Con todo, lo que queda claro es que tienen que existir los derechos públicos subjetivos "simples", según lo dispone la Constitución al final de su catálogo de derechos fundamentales. Precisamente, el derecho fundamental que cierra dicho catálogo es la garantía de la tutela judicial efectiva contra el Estado³⁴, que se entiende como "la base de la bóveda del Estado de Derecho"³⁵. De este modo, se somete el propio Estado al control jurisdiccional de magistrados imparciales, para proteger los derechos de la persona frente a su actuación, tutelando así no sólo los derechos fundamentales, sino también todos los derechos públicos subjetivos, es decir, también los promulgados mediante la legislación ordinaria. Esta garantía de tutela judicial constituye, en sí misma, un derecho fundamental en la Constitución alemana, que articula de este modo los derechos fundamentales con los derechos públicos subjetivos "simples". Esta articulación es una de las dificultades dogmáticas que surgen en Alemania en el debate sobre "la protección de los derechos fundamentales a través de los Tribunales especiales y la Corte Constitucional Federal", por lo que posteriormente volveré sobre ello.

3.9 *Hacia la complicada articulación de los derechos fundamentales (subjetivos públicos) con los derechos subjetivos privados*

La tutela de los derechos privados de los particulares en los litigios que éstos tienen entre sí no está regulada por el artículo 19 (párrafo 4º) de la Constitución, ya que dicho ar-

³⁴ LF, art. 19 (4, 1): "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios".

³⁵ Walter Krebs, en v. Münch/Kunig (eds.), Grundgesetz Kommentar [Constitución Comentada], vol 1, 5a edición, 2000, art. 19, No. de referencia 47.

título sólo garantiza la tutela judicial efectiva contra las lesiones jurídicas originadas por "los poderes públicos". Para el ámbito del derecho privado no existe en la Ley Fundamental una regulación explícita. No obstante, el principio del Estado de Derecho consagra la obligación del Estado de poner a disposición del derecho privado un sistema de protección jurídica adecuado que, según el artículo 2 (párrafo 1º) de la Ley Fundamental³⁶, introduce la garantía de tutela judicial en el proceso civil³⁷. Dado que los derechos fundamentales son derechos frente al Estado, no frente a otros particulares, aparentemente carecen de aplicación en los litigios entre particulares, como puede ser la reclamación del pago del importe de una venta, o la devolución de una vivienda arrendada. Sin embargo, engañan las apariencias, toda vez que un litigio entre particulares, si no es zanjado amistosamente, sólo puede ser resuelto, en el Estado de Derecho, por los Tribunales estatales. Si procede el vendedor contra el comprador, el arrendador contra el arrendatario, no puede hacerse justicia por su propia mano, puesto que la administración de justicia es monopolio del Estado. En compensación, el Estado ha creado tribunales (civiles) a disposición de los procesos litigiosos civiles. Dichos tribunales, al asumir competencias judiciales estatales, están vinculados a los derechos fundamentales. Por ende, no están facultados para emitir sentencias que vulneren los derechos fundamentales del demandante o del demandado. En otras palabras, los tribunales civiles deben interpretar los derechos jurídicos subjetivos del demandado y del demandante y aplicar las leyes del derecho privado de tal modo

³⁶ LF, art. 2 (libertad de acción) (1): "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional y la ley moral".

³⁷ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 93, pp. 99 y ss. (107) con otras fuentes; Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2a edición, 2001, § 8, No. de referencia 35.

que ningún derecho fundamental de la persona resulte vulnerado. Los derechos fundamentales adquieren de este modo una influencia indirecta en la resolución de un contencioso entre particulares. Esta influencia indirecta de los derechos fundamentales en el derecho privado, los también denominados "efectos a terceros de los derechos fundamentales"³⁸, es otra de las dificultades dogmáticas que surgen al examinar "la protección de los derechos fundamentales a través de los Tribunales especiales y la Corte Constitucional Federal", por lo que también haré referencia a ellos más adelante.

³⁸ Thomas Langner, Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 1998, p. 66.

II

La protección de los derechos fundamentales por los tribunales

I. El sistema judicial alemán

El sistema judicial alemán se diferencia de los sistemas judiciales de otros muchos Estados en que sitúa al individuo en el primer lugar de la protección de los derechos fundamentales. El primer cometido de los tribunales alemanes no es el control objetivo de la regularidad de todos los actos, especialmente de todas las actuaciones administrativas. Semejante control sólo tiene lugar cuando de la ilegalidad de una acción, especialmente una actuación administrativa, resulta lesionado un derecho individual del ciudadano. Alemania tiene, por tanto, un importante sistema subjetivo de protección jurídica. Otros países, especialmente si su ordenamiento jurídico ha sido influenciado notoriamente por el derecho francés, persiguen la meta de asegurar la legalidad objetiva mediante el control judicial de la Administración, esto es, sometiendo esta última, en lo fundamental, a la supervisión de los tribunales.

1.1 Los órdenes jurisdiccionales (singulares) y los tribunales "específicos"

El ordenamiento jurídico alemán ha creado numerosos tribunales para la protección de la totalidad de los derechos del individuo, es decir, los derechos fundamentales y los derechos subjetivos "simples", tanto públicos como privados, garantizando la independencia personal y material de sus magistrados³⁹. Por razones históricas, los tribunales alemanes (a excepción de la Corte Constitucional), están divididos en distintos "órdenes jurisdiccionales": en la rama de la jurisdicción penal son competentes los tribunales de lo penal; en la rama de la jurisdicción civil, los tribunales de lo civil; en la rama de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales administrativos; en la rama de la jurisdicción laboral, los tribunales laborales; en la rama de la jurisdicción financiera, los tribunales financieros; en la rama de la jurisdicción social, los tribunales sociales. Cada uno de los órdenes jurisdiccionales tiene su propia estructura de instancias. En la jurisdicción contencioso-administrativa general, por ejemplo, hay tres niveles representados por los tribunales contencioso-administrativos (que constituyen la primera instancia), los tribunales contencioso-administrativos superiores (la instancia de apelación) y el Tribunal Administrativo Federal (la instancia de casación). La jurisdicción civil, al igual que la penal, se compone de los tribunales municipales, los tribunales regionales, el Tribunal Regional Supremo y el Tribunal Federal Supremo. Estos órdenes jurisdiccionales (singulares) se reúnen en Alemania bajo el nombre genérico de *Fachgerichtsbarkeit*, o "órdenes jurisdiccionales específicos", y los tribunales de dichos ámbitos jurisdiccionales se denominan también en todas las instancias *Fachgerichte*, o "tribunales singulares". Cada orden ju-

³⁹ LF, art. 97: "Los jueces son independientes y están sometidos únicamente a la ley".

risdiccional con su particular materia, su rama del derecho, su "disciplina", tiene, por tanto, su "tribunal específico".

Como tales, los conceptos *Fachgerichtsbarkeit* y *Fachgerichte* no están recogidos expresamente en la Constitución, pero en los últimos tiempos se ha generalizado tanto su uso que hasta los tribunales los emplean en sus dictámenes⁴⁰. No obstante, estas denominaciones son criticadas porque resultan de difícil comprensión⁴¹, puesto que lo que deben designar no está claramente definido hasta ahora. Ambas denominaciones deben acentuar, también lingüísticamente, la diferencia entre los tribunales específicos y el Tribunal Constitucional Federal y los tribunales constitucionales de los *Länder*. Habría sido suficiente, sin embargo, mantener la antigua denominación y hablar de tribunales "ordinarios", en vez de tribunales "específicos". También esta otrora acostumbrada diferenciación entre Corte Constitucional Federal y tribunales ordinarios ha marcado la distinción entre ambos tipos de tribunales. Es posible considerar que esa diferenciación lingüística entre los tribunales "específicos" y el Tribunal Constitucional se puede justificar con la distinción que ya establece la Ley Fundamental, al incluir normas detalladas que regulan la Corte Constitucional Federal y sólo mencionar brevemente en el artículo 95⁴² la existencia de los Tribunales Supremos Federales,

⁴⁰ Por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional en el tomo 42, pp. 128 y ss. (131) y en el tomo 84, pp. 34 y ss. (48).

⁴¹ Véase, por ejemplo, Jun Hu, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – insbesondere in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts sowie des koreanischen Verfassungsgerichts*, Diss. Jur. Bonn, 2000, p. 56, además de otras fuentes.

⁴² LF, art. 95 (1): "En los ámbitos de las jurisdicciones ordinarias [civil y penal], administrativa, financiera, laboral y social, la Federación creará como Tribunales supremos la Corte Federal de Justicia, la Corte Federal Contencioso-administrativa, la Corte Federal de Hacienda, la Corte Federal de Trabajo y la Corte Federal Social".

que son los tribunales superiores de cada orden jurisdiccional "específico" (el Tribunal Federal de lo Penal y de lo Civil, el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, el Tribunal Financiero Federal, el Tribunal Laboral Federal, y el Tribunal Social Federal). Las regulaciones particulares de dichos tribunales "específicos" se encuentran en las leyes promulgadas por el Legislador ordinario de la Federación. La condición de Estado federal de la República alemana implica que, junto a cada uno de los mencionados Tribunales Supremos Federales, existan también, en cada *Länder* de la federación, tribunales regionales o de "inferior instancia". Por ejemplo, para el derecho civil y el derecho penal, los ya mencionados tribunales municipales y regionales superiores; o para el derecho administrativo, los ya mencionados tribunales contencioso-administrativos y contencioso-administrativos superiores. Los detalles de dichos Tribunales específicos de los *Länder* están regulados por las leyes ordinarias emanadas del legislador de cada *Länder* federal. Además, la mayoría de los *Länder* tienen, según sus constituciones estatales, una corte constitucional que, en todo caso, no forma parte de la Corte Constitucional Federal para los órdenes jurisdiccionales especiales.

La principal competencia de los tribunales específicos en la federación y en los Estados federales es la protección de los derechos subjetivos en la rama jurídica correspondiente a cada tribunal específico –su "orden jurisdiccional"–, lo que también implica la protección de los derechos fundamentales, porque estos derechos, en la medida en que tienen carácter constitucional, invaden y conforman cada rama del derecho⁴³. Esta penetración de cada rama del derecho

⁴³ Excepcionalmente atribuye el legislador a los tribunales especializados algunas tareas jurisprudenciales, las cuales no persiguen prioritariamente la protección de los derechos subjetivos. Véase por ejemplo el artículo 47 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*).

por los derechos fundamentales es una más de las dificultades dogmáticas que surgen al examinar "la protección de los derechos fundamentales a través de los Tribunales especiales y la Corte Constitucional Federal", por lo que posteriormente me referiré a ellos de nuevo.

1.2 La Corte Constitucional Federal

El tribunal de superior jerarquía en Alemania, esto es, la Corte Constitucional Federal, tiene una posición especial. No se trata, como ya se ha mencionado, de un tribunal federal "específico". Tampoco está relacionado, mediante alguna vía de instancia, con los otros tribunales. En definitiva, se sitúa por encima de todos los demás tribunales nacionales.

La jurisdicción constitucional (en el pasado también denominada jurisdicción "estatal") tiene en Alemania una larga tradición⁴⁴. La República Federal de Alemania ha continuado esa tradición y en 1951 creó la Corte Constitucional Federal, que garantiza una completa jurisdicción constitucional. Es el guardián de la Constitución y, sobre todo, de los derechos fundamentales, de los derechos y obligaciones de los órganos constitucionales y de las competencias del Estado central y de los *Länder*. La normatividad primordial relativa a dicha Corte, por ejemplo, la que establece su posición, su composición, sus competencias, es consagrada como tal en la Ley Fundamental, esto es, en la propia Constitución alemana. Por consiguiente, la Corte Constitucional Federal, a diferencia de los tribunales específicos, no sólo es un tribunal, sino también, un órgano constitucional junto con el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el Gobierno Federal y el Presidente de la Federación⁴⁵. Algunos detalles primor-

⁴⁴ Comparar al respecto Hartmut Maurer, *Staatsrecht I*, 2a edición, 2001, § 20, No. de referencia 1.

⁴⁵ Hartmut Maurer, op. cit., § 12, No. de referencia 23.

diales sobre la Corte Constitucional Federal, como los relativos al procedimiento judicial, se recogen en una ley ordinaria, la "Ley de la Corte Constitucional Federal". La Ley Fundamental misma sitúa a la Corte Constitucional Federal en el orden jurisdiccional (art. 92⁴⁶), por ende, es también un tribunal y sus Magistrados deciden con independencia personal y material. Asimismo, la designación de los magistrados de la Corte Constitucional Federal entre los magistrados federales y otras personas, así como su proceso de elección, están determinados en la propia Ley Fundamental (art. 94, párrafo 1⁴⁷).

La Ley Fundamental contiene un catálogo de competencias para la Corte Constitucional Federal (art. 93, párrafo 1); otras competencias (adicionales) de la Corte Constitucional Federal están repartidas en toda la Ley Fundamental (art. 100, párrafo 1⁴⁸; art. 18⁴⁹; art. 21, párrafo 2⁵⁰, etc.), y de

⁴⁶ LF, art. 92: "El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*".

⁴⁷ LF, art. 94 (1): "La Corte Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. Los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Bundestag y por el Bundesrat. No podrán pertenecer ni al Bundestag, ni al Bundesrat, ni al Gobierno Federal, ni a los órganos correspondientes de un *Länder*".

⁴⁸ LF, art. 100 (1): "Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se acudirá, cuando se trate de la violación de la Constitución de un *Länder*, a la decisión del tribunal del *Länder* competente en asuntos constitucionales, y a la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un *Länder* o de la incompatibilidad de una ley de un *Länder* con una ley federal".

⁴⁹ LF, art. 18 (privación de los derechos fundamentales): "... La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal".

⁵⁰ LF, art. 21 (Partidos políticos) (2): "... sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal".

ahí en adelante, la Ley Fundamental faculta al Parlamento de la Federación alemana para atribuir competencias adicionales a la Corte Constitucional Federal, mediante ley federal ordinaria (art. 93, párrafo 2⁵¹). Siguiendo la Ley Fundamental, la Corte Constitucional Federal es competente, por ejemplo, para resolver controversias federativas de Derecho público, tanto entre la Federación y los *Länder* (art. 93, apartado 1, número 3⁵²), como entre los propios *Länder* (art. 93, apartado 1, número 4, alternativa 2⁵³). La Corte Constitucional Federal es, además, competente respecto a las controversias entre los órganos supremos de la Federación sobre el alcance de sus facultades y deberes constitucionales, así como para ciertas controversias internas de dichos órganos federales supremos (art. 93, apartado 1, número 1). De igual modo, la Corte Constitucional Federal es competente para ejercer control de constitucionalidad (abstracto, según el artículo 93, apartado 1, número 2⁵⁴, y

⁵¹ LF, art. 93 (2): "La Corte Constitucional Federal intervendrá, además, en los casos que sean atribuidos por ley federal".

⁵² LF, art. 93 (1): "La Corte Constitucional Federal decide... 3. En caso de controversia sobre los derechos y deberes de la Federación y de los *Länder*, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los *Länder* y al ejercicio del control federal".

⁵³ LF, art. 93 (1): "La Corte Constitucional Federal decide... 4. En otras controversias de Derecho público entre la Federación y los *Länder*, entre los *Länder* o dentro de un *Länder*, siempre que no esté abierta otra vía judicial".

⁵⁴ LF, art. 93 (1): "La Corte Constitucional Federal decide... 2. En caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental, o relativas a la compatibilidad del Derecho de los *Länder* con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Länder* o de un tercio de los miembros del Bundestag... En caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del artículo 72, apartado 2, a petición del Bundesrat, del Gobierno de un *Länder* o de la Asamblea legislativa de un *Länder*".

concreto, según el artículo 100, apartado 1⁵⁵), mediante el cual se examina la compatibilidad de la normativa de la Federación con la Ley Fundamental y la compatibilidad del Derecho de los *Länder* con el Derecho federal. Con todo, la función cuantitativamente más importante de la Corte Constitucional Federal es su competencia en los recursos de amparo constitucional (art. 93, apartado 1, número 4a⁵⁶). Un recurso de amparo constitucional puede ser interpuesto por toda persona que alegue haber sido lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales. El recurso de amparo es el procedimiento de la Corte Constitucional Federal preferente y más claramente reconocible de protección de los derechos fundamentales⁵⁷. Los recursos de amparo constitucional pueden ser elevados frente a todo acto lesivo de los derechos fundamentales por parte del poder público, contra medidas administrativas, contra sentencias judiciales y contra las propias leyes. Los recursos de amparo constitucional suponen el 96% de todos los procedimientos de la Corte Constitucional Federal⁵⁸. De hecho, cada año se interponen unos 4700 nuevos recursos de amparo constitucional⁵⁹ y la Corte Constitucional Federal se compone de sólo 16 magistrados, repartidos en dos Sa-

⁵⁵ El texto ha sido mencionado anteriormente.

⁵⁶ LF, art. 93 (1): "La Corte Constitucional Federal decide... 4. Sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales...".

⁵⁷ Sin embargo, las otras formas de proceder ante la Corte Constitucional Federal también pueden contribuir a la protección de los derechos fundamentales. Todas estas formas sirven para el cumplimiento de la Constitución, a la cual también pertenecen los derechos fundamentales.

⁵⁸ Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 17a edición, 2001, No. de referencia 1118.

⁵⁹ Según el informe comercial de la Corte Constitucional Federal de 2000, se interpusieron 4705 recursos de amparo constitucional.

las. Por tanto, existe el riesgo de una congestión en la Corte debida, sobre todo, al gran número de recursos de amparo constitucional, lo que sería un impedimento para la eficiente protección de los derechos fundamentales, mientras que toda medida para prevenir dicha congestión puede ser una amenaza a la calidad de la protección de tales derechos, puesto que no puede ser garantizada, en todos los casos, por la Corte Constitucional Federal. Este dilema entre Scylla y Charybdis, es una de las causas de las dificultades en las relaciones entre los órdenes jurisdiccionales "específicos" y la Corte Constitucional Federal, en lo que a la protección de los derechos fundamentales concierne.

2. La protección de los derechos fundamentales por los tribunales "específicos" y por la Corte Constitucional Federal y el problema de la congestión

2.1 *Descongestión de la Corte Constitucional Federal a través de la legislación de los recursos de amparo*

El Legislador alemán es consciente del latente riesgo de sobrecarga de trabajo en la Corte Constitucional Federal y pretende prevenirlo mediante diversas disposiciones normativas. Por ejemplo, en la Ley de la Corte Constitucional Federal el Legislador ha establecido las siguientes prescripciones:

Mediante un sumario "agilizado", la Corte Constitucional Federal puede desestimar los recursos de amparo que prevea notoriamente infructuosos. Asimismo, mediante un sumario "agilizado", puede estimar los recursos de amparo que considere claramente prosperables. En efecto, dichos sumarios son "agilizados" porque en ellos toma parte sólo una "sala" formada por tres magistrados de la Corte Constitucional Federal. De este modo, se reduce la carga de trabajo de la sala competente y sus 8 magistrados tendrán que ocuparse solamente de los recursos de amparo constitucio-

nal más difíciles, esto es, los que *a priori* no son ni "notoriamente infructuosos" ni "notoriamente prosperables".

Se alivia la congestión de la Corte Constitucional Federal, además, al establecerse que sólo la persona que invoque una violación de sus derechos fundamentales podrá interponer un recurso de amparo constitucional. De este modo, no existe un "recurso de amparo de acción popular", ya que no se puede recurrir en contra de la vulneración de los derechos fundamentales de otra persona.

El recurso de amparo tiene, además, un plazo limitado: debe ser interpuesto dentro del mes siguiente a la decisión (de última instancia) de un tribunal (en caso de los denominados "recursos de amparo constitucional de la sentencia"). Cuando el recurso de amparo no se eleva contra una resolución judicial sino contra una ley formal (los denominados "recursos de constitucionalidad de la norma"), debe presentarse en el plazo de un año después de la entrada en vigencia de la misma.

Quien desee interponer un recurso de amparo ante la Corte Constitucional Federal en defensa de sus derechos fundamentales, debe haber acudido antes a la tutela de los tribunales "específicos", es decir, debe haber agotado previamente todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (por ejemplo, el tribunal contencioso-administrativo que constituye la primera instancia; el Tribunal Contencioso-Administrativo Superior, la instancia de apelación; y el Tribunal Administrativo Federal, la instancia de casación). Este requisito de agotamiento previo de la vía judicial ordinaria pone de manifiesto que la tutela de los derechos fundamentales a través de la Corte Constitucional Federal es subsidiaria, lo que también facilita la descongestión de la Corte.

Pero la medida más importante del Legislador para descongestionar la Corte Constitucional Federal es, precisamente, que no ha confiado la tarea de tutelar los derechos fundamentales tan sólo a dicha Corte. Por el contrario, cada

tribunal alemán debe velar por la observancia de los derechos fundamentales, de modo que su protección queda también garantizada por los tribunales "específicos". Así, por ejemplo, los tribunales contencioso-administrativos, que normalmente resuelven los litigios entablados contra la Administración por los ciudadanos, deben también controlar si la autoridad administrativa demandada ha lesionado algún derecho fundamental del demandante. Los tribunales civiles, sin embargo, no comprueban si en un contencioso civil el particular demandado o el particular demandante pudieran haber vulnerado algún derecho fundamental. Según la dogmática alemana de los derechos fundamentales, este proceder se ha descartado porque dichos derechos sólo vinculan al Estado, no a los particulares, al ser los derechos fundamentales "derechos del ciudadano contra el Estado", no derechos de un ciudadano frente a otro ciudadano. Pero los derechos fundamentales deben ser protegidos para todo particular y en todo momento (esto es, también en el proceso civil, tanto al demandado como al demandante) frente al Estado, lo cual implica protección también frente a actos u omisiones de los tribunales civiles que vulneren los derechos fundamentales. Sobre esa función de tutela de los derechos fundamentales se basa la línea de pensamiento antes mencionada y relativa a la "indirecta" aplicación de los derechos fundamentales en el Derecho privado. De ello se deriva que tampoco el soberano tribunal civil estatal puede emitir una sentencia que vulnere un derecho fundamental de una de las partes del proceso, por ejemplo, en la interpretación de cláusulas jurídicas generales del Derecho privado como "*bona fides*", "buenas costumbres", etc. Un tribunal civil debe considerar siempre que a los demandantes y demandados particulares les corresponden los derechos fundamentales de libertad de opinión, libertad de pensamiento, el derecho a la propiedad privada, etc. En este sentido, también la jurisdicción civil participa de la tutela de los derechos fundamentales.

Al garantizar los tribunales "específicos" la protección de los derechos fundamentales, se reduce la carga de trabajo de la Corte Constitucional Federal, porque si dichos tribunales "específicos" garantizan a los ciudadanos una protección suficiente de sus derechos fundamentales, éstos no necesitarán acudir al amparo de la Corte Constitucional Federal. Cuando la autoridad administrativa ha perdido el proceso iniciado después de un recurso presentado por el particular ante los tribunales contencioso-administrativos, no podrá elevar un recurso de amparo constitucional, ya que el recurso de amparo sólo sirve para tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, como he subrayado varias veces, la Administración carece de derechos fundamentales.

A pesar de que, en definitiva, son múltiples las medidas adoptadas por el Legislador, es tanto el trabajo del que debe descargarse la Corte Constitucional Federal que aquéllas no son todavía suficientes para lograr su efectiva descongestión. Por esta razón, la propia Corte Constitucional Federal ha precisado y desarrollado en sus sentencias las proposiciones del Legislador para protegerse también a sí misma de un posible colapso.

2.2 Descongestión de la Corte Constitucional Federal a través de sus propias decisiones

La Corte Constitucional Federal enfatiza en reiterada jurisprudencia que su deber es sólo velar por el cumplimiento de la legalidad constitucional, es decir, los derechos fundamentales y las demás disposiciones de la Ley Fundamental. Con ello establece claramente la Corte que no le compete velar por el cumplimiento de la legislación ordinaria y, en principio, tampoco por el cumplimiento de las normas infralegales, en particular los reglamentos y estatutos. De este modo, la Corte Constitucional Federal declara no ser

una "instancia de supercasación", ya que sólo controla si puede constatarse una específica vulneración del derecho constitucional.

Al determinar que también los tribunales "específicos" deben "cotutelar" los derechos fundamentales, la Corte Constitucional Federal precisa que, efectivamente, la protección de estos derechos le corresponde, en primer lugar, a los tribunales "específicos"⁶⁰. Con esta advertencia, presente en muchas de sus sentencias, la Corte recuerda continuamente a los tribunales específicos que cada tribunal, en todo momento y en cada proceso, debe velar por el respeto de los derechos fundamentales.

Cuando la Corte Constitucional Federal examina una ley parlamentaria que limita los derechos fundamentales, dicha Corte concede al Parlamento [el *Bundestag* y el *Bundesrat* reunidos] un cierto margen de discrecionalidad legislativa, lo cual se conoce como "prerrogativa de estimación del Legislador". De este modo también se reduce la carga de trabajo de la Corte Constitucional Federal, que no tendrá que examinar con todo de talle cada uno de los supuestos reales y políticos que conducen a la promulgación de una ley parlamentaria. Al mismo tiempo, la Corte Constitucional evita así ocupar con demasiada frecuencia el lugar del Legislador para derogar una Ley.

Las mencionadas precisiones y ampliaciones de carácter legislativo frente a la sobrecarga de trabajo no son fruto de la lógica, sino el resultado de las reflexiones prácticas de la Corte Constitucional Federal⁶¹. Éstas manifiestan la continua preocupación de los magistrados constitucionales por

⁶⁰ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 96, pp. 27 y ss. (40), junto con otras fuentes.

⁶¹ Roman Herzog, "Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts", en *Festschrift für Günter Dürig*, 1990, p. 431.

encontrar una ponderada vía intermedia entre la descongestión de la Corte Constitucional Federal, por un lado, y la efectiva tutela de los derechos fundamentales, por otro. Pero las posibilidades de proteger a la Corte Constitucional Federal de una sobrecarga de trabajo son limitadas. Por consiguiente, el deber principal de la Corte Constitucional Federal es garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Esta función primordial no puede ser menoscabada a través de medidas de descongestión de la sobrecarga de trabajo; lo que debe asegurarse es un alto valor cualitativo en la protección de los derechos fundamentales.

3. El problema de la calidad de la protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales "específicos" y de la Corte Constitucional Federal

3.1 *La calidad de la protección de los derechos fundamentales por los tribunales "específicos"*

Como dije hace un momento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ubica permanentemente a los tribunales "específicos" en la primera línea de la protección de los derechos fundamentales⁶². Por otro lado, he dejado claro que estos tribunales "específicos" no sólo están obligados a tutelar los derechos fundamentales, sino también los derechos públicos subjetivos simples. A tal fin, por ejemplo, todas las actuaciones de los organismos de la Administración se someten al control de los tribunales contencioso-administrativos. Por eso, los "específicos" no son "tribunales especiales para la tutela de los derechos fundamentales", sino que, más bien, deben ejercer protección en su correspondiente ámbito del Derecho ante cualquier tipo de vulneración, es decir, también ante aquellas lesiones generadas

⁶² Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 96, pp. 27 y ss. (40), junto con otras fuentes.

por una errónea interpretación o aplicación de normas jurídicas de rango inferior al constitucional. Por lo tanto, los tribunales contencioso-administrativos, los tribunales civiles, los tribunales penales, etc. tienen mucho más que hacer que limitarse a la tutela de los derechos fundamentales, lo que ha supuesto que en la práctica los tribunales "específicos" se hayan concentrado intensamente en el Derecho ordinario (por debajo del rango constitucional), o que no hayan conseguido diferenciar claramente entre Derecho ordinario y Derecho constitucional, en particular en lo que respecta a los derechos fundamentales. En realidad, los tribunales "específicos" se concentran en sus correspondientes ramas del Derecho, es decir, en la tutela jurídica del Derecho administrativo, del Derecho penal, del Derecho civil, del Derecho social, del Derecho fiscal, etc. La consecuencia práctica es que los tribunales "específicos" no siempre han prestado la necesaria atención a los derechos fundamentales.

Por lo anterior, debe garantizarse, a pesar de todo, una conveniente protección de los derechos fundamentales en su más amplio sentido. A tal fin, el Constituyente ha creado la Corte Constitucional Federal, declarando que la tutela de los derechos fundamentales es su función primordial y disponiendo del recurso de amparo como procedimiento requerido para invocar dicha tutela. La Corte Constitucional Federal intenta cumplir su cometido protegiendo directamente los derechos fundamentales cuando, a su parecer, los tribunales "específicos" no lo hayan hecho adecuadamente.

3.2 *La protección de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional Federal y la diferenciación entre Derecho ordinario y Derecho constitucional "específico"*

La Corte Constitucional Federal, en la decisión antes citada, afirma también que no debe tutelar el Derecho ordinario sino el Derecho constitucional, especialmente los de-

rechos fundamentales. De este modo, se establece una importante diferencia entre la Corte Constitucional Federal y los tribunales específicos, a saber: las distintas escalas de control jurisdiccional. La escala del control de los tribunales específicos, cuyo cometido es la tutela de los derechos fundamentales y de los derechos subjetivos "simples" del Derecho ordinario, se circunscribe a ambos niveles jerárquicos: el Derecho constitucional y Derecho ordinario. Por el contrario, la Corte Constitucional Federal establece la distinción entre Derecho ordinario y Derecho constitucional con el fin de eliminar el primero de dichos niveles jerárquicos y, así, hacer de la constitucional su única escala de control⁶³. La restricción de la escala de control tiene para la Corte Constitucional Federal una especial consecuencia, al verse forzada a delimitar entre Derecho constitucional y Derecho ordinario. Sin embargo, la dificultad y punto débil de este parecer de la Corte es que no resulta sencillo establecer una clara diferenciación entre Derecho constitucional y Derecho ordinario.

En efecto, esta delimitación teórica es problemática, en primer lugar, porque la legislación ordinaria a menudo viene determinada por la superior normativa constitucional. La legislación ordinaria no puede contravenir los superiores preceptos constitucionales, en especial los derechos fundamentales. Es esto lo que configura la primacía del Derecho constitucional. Además, la Ley Fundamental, en tanto norma constitucional de rango superior, y al igual que cada derecho fundamental, determina la interpretación y aplicación de

⁶³ La distinción entre Derecho constitucional y Derecho ordinario también es importante para los tribunales específicos, puesto que esta diferenciación concierne tanto al objeto de control por los tribunales como al ámbito del control por parte de los mismos. Esto último significa que los tribunales específicos carecen de competencia de reprobación en lo que se refiere a las leyes formales posteriores a la Constitución, pues esta competencia solamente la posee la Corte Federal Constitucional, según el art. 100 (1) de la Ley Fundamental.

todas las leyes ordinarias. Es este el motivo, precisamente, de que se hiciera famosa la siguiente frase, enunciada por un antiguo presidente del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo: "el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretizado". A partir de esta frase se puede generalizar y establecer que el Derecho ordinario es Derecho constitucional concretizado. En este sentido, para cada ley ordinaria debe encontrarse una interpretación conforme a la Constitución: más concretamente, una interpretación conforme al derecho fundamental correspondiente. En Alemania, no obstante, se elevan voces contrarias que creen observar un riesgo en la "confusión" del Derecho ordinario y el Derecho constitucional de rango superior, y previenen contra una "constitucionalización del ordenamiento jurídico". La viciada interpretación y aplicación de una ley ordinaria puede suponer una vulneración de un derecho fundamental, siempre que en la interpretación o aplicación se subestime el significado último del derecho fundamental. Para poder amparar también frente a este tipo de violación de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional Federal puso bajo su control (en una cierta contradicción con su tesis de separación entre Derecho constitucional y Derecho ordinario) la eficacia de los Derechos Fundamentales en el Derecho ordinario. Igualmente, cuando un derecho fundamental, según predica el texto de la Constitución, pueda ser limitado mediante una ley ordinaria, la Corte Constitucional Federal examinará, además, si esa ley restrictiva respeta adecuadamente el sentido trascendente del derecho fundamental en cuestión. La propia Ley Fundamental determina y restringe, al mismo tiempo, las normas que puedan limitar los derechos fundamentales en el sentido de un efecto recíproco (la denominada "teoría del efecto recíproco"): las leyes ordinarias restrictivas deben sujetarse "al propio marco de los derechos fundamentales", lo que implica, a su turno, que limita dicha capacidad restrictiva.

Las dificultades en la demarcación del Derecho constitucional frente al Derecho ordinario se pueden aclarar en los dos siguientes ejemplos: el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, la vulneración de cualquiera de estos dos principios por parte de un tribunal "específico" puede representar una lesión constitucional específica.

Para garantizar una protección de los derechos fundamentales de alta calidad, la Corte Constitucional Federal ha declarado el principio fundamental de proporcionalidad o principio de prohibición del exceso (de poder), como parte de los principios informadores del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales. Así pues, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y se incluye en la escala del control judicial de la Corte Constitucional Federal. De este modo, la Corte puede examinar en cada acto en cuestión: si ese acto administrativo persigue un fin legítimo, si es idóneo para alcanzar dicho fin, si esa acción es imprescindible (o si hay otra acción igualmente válida pero que afecte menos al sujeto titular de los derechos fundamentales) y si la acción estatal es adecuada, es decir, si es equitativa la ponderación entre la intensidad de la carga para el titular del derecho fundamental, por un lado, y el peso del beneficio jurídico que pretende preservar el Estado con su actuación, por otro. Con frecuencia, el control a ese nivel del principio de proporcionalidad resulta tan intensivo como si la Corte Constitucional Federal también controlase el cumplimiento del Derecho ordinario. La Corte se arriesga, en este sentido, a convertirse en una "superinstancia de revisión"⁶⁴, lo que realmente en ningún caso pretende.

La dificultad para delimitar el Derecho ordinario del Derecho constitucional se manifiesta claramente también cuan-

⁶⁴ Roman Herzog, Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts, en: Festschrift für Günter Dürig, 1990, pp. 431 y ss. (432).

do un ciudadano considera inadecuada una sentencia de un tribunal específico (por ejemplo, un tribunal contencioso-administrativo o un tribunal civil) y estima que una ley [de rango inferior al constitucional, es decir, una ley ordinaria] fue aplicada erróneamente por dicho tribunal. Según la concepción de la Corte Constitucional Federal, si una ley ordinaria fue correctamente aplicada, no es ésta una cuestión de la que deba ocuparse dicha Corte, por ser competente sólo en caso de vulneración de las normas superiores constitucionales. Sin embargo, el ciudadano puede alegar que las leyes normalmente y por lo general son aplicadas correctamente, pero que en su caso, y de modo excepcional, hubo una aplicación errónea. De esta forma, el ciudadano alega que, desde su punto de vista, la incorrecta sentencia del tribunal específico correspondiente difiere de un caso normal y constituye, por tanto, una violación del principio de igualdad. Pero el principio de igualdad es un derecho fundamental de la Constitución y la supervisión de su quebrantamiento está comprendida en las competencias de la Corte Constitucional Federal. Con esta fundamentación legal, la Corte Constitucional Federal tendría que poder anular toda sentencia de un tribunal específico, pero también de este modo la Corte Constitucional Federal se enfrentaría al riesgo de convertirse en una instancia de "supercasación", lo que por ahora no pretende⁶⁵. Por esta razón, la Corte Constitucional Federal quiere asumir únicamente ciertos casos relevantes de violación del principio constitucional de igualdad, cuando el tribunal específico haya juzgado de un modo "objetivamente arbitrario".

La Corte Constitucional Federal intenta, además, concentrar su control en los casos en los que el Estado haya vulnerado, con especial intensidad, un derecho fundamental ("la intensidad de la vulneración"). Cuanto mayor es la trascendencia del derecho fundamental, más fuerte es el

⁶⁵ *Ibidem*, p. 431.

control sobre el tribunal por parte de la Corte Constitucional Federal.

Estos ejemplos han mostrado que el alcance de la tutela de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional Federal depende, en gran medida, de las valoraciones efectuadas en cada caso específico por los propios magistrados de la Corte. Este particular ha sido trasladado por dicha Corte a una conocida fórmula, la denominada "fórmula de Heck":

[...] Ciertamente, en general no siempre están claramente trazados los límites de intervención de la Corte Constitucional Federal: a la potestad jurisdiccional le corresponde un determinado ámbito de discrecionalidad que le facilite la estimación de las circunstancias de cada caso concreto. En general, puede decirse que los procesos de subsunción normales en el ámbito del Derecho ordinario quedan exentos de la revisión jurisdiccional de la Corte Constitucional Federal, siempre que no puedan ser considerados errores de interpretación basados, sobre todo, en la incorrecta contemplación de la trascendencia del derecho fundamental, en especial del alcance de su ámbito de protección y de su sentido material, que resultan determinantes para el caso concreto⁶⁶.

⁶⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, tomo 18, pp. 85 y ss. (92 y ss.).

III

Conclusión General

En Alemania los derechos fundamentales son particularmente bien tutelados por todos los tribunales, es decir, tanto por los tribunales específicos como por la Corte Constitucional Federal. Esta Corte garantiza la protección de los derechos fundamentales, sobre todo en aquellos casos en los que los tribunales específicos no lo hayan hecho adecuadamente. Para poder ofrecer una garantía de protección de los derechos fundamentales cualitativamente conveniente, ha de evitarse, por un lado, un exceso en la carga de trabajo de la Corte Constitucional Federal; pero, por otro lado, es igualmente necesario que ésta pueda prestar la más completa tutela posible sobre dichos derechos. Esta difícil ponderación ha llevado a la Corte Constitucional Federal a crear una extensa dogmática de la protección de los derechos fundamentales, con la que, en principio, intenta apartar el Derecho ordinario del control judicial de la Corte Constitucional, pero garantizando, al mismo tiempo, la protección de los derechos fundamentales allí donde una infracción del Derecho ordinario suponga la vulneración de un

derecho fundamental. Cuando las figuras jurídicas de la dogmática de la Corte Constitucional Federal no presenten una delimitación lo bastante precisa, será la potestad discrecional de los magistrados de la Corte la que determine hasta qué punto corresponde a la propia Corte Constitucional la "supervisión" judicial de la Ley ordinaria para garantizar la protección de los derechos fundamentales.