

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

No. 21 • Agosto de 2004



Importantes aspectos de la historia y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania¹

DR. MARTÍN IBLER, UNIVERSIDAD KONSTANZ, ALEMANIA

INTRODUCCIÓN

En Alemania, los derechos fundamentales hoy en día están contemplados en la Constitución Federal, en la así llamada Ley Fundamental de Bonn (LF). Además, las Constituciones de los Estados Federados alemanes – de los Länder – también tienen derechos fundamentales. Éstos, o coinciden en gran parte con los de la Constitución Federal, o bien declaran que los derechos fundamentales de la Constitución federal también forman parte de la Constitución del Estado Federado (por ejemplo el Art. 3, párrafo 2, frase 1 de la Constitución de Baja Sajonia²). Por ello yo me limitaré a continuación a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Para poder transmitir su significativa importancia y su dogmática es indispensable echar un vistazo a la historia de la evolución de los derechos fundamentales en Alemania. Naturalmente no puedo explicarles la historia constitucional de Alemania completa, sino que voy a esbozar esa historia bajo el aspecto especial de la protección de los derechos fundamentales.

1 El presente trabajo constituye la versión revisada y aumentada de las conclusiones expuestas por el autor el 17 de marzo de 2004 en Bogotá, en el Seminario de Derecho Público Comparado Colombiano-Alemán – en el marco de la cooperación entre las Universidades Santo Tomás y Konstanz (Alemania). El estilo de la conferencia fue conservado.

2 “Los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania y los derechos ciudadanos son parte de esta Constitución”.

HISTORIA DE LA DOGMÁTICA HASTA 1949

I. Hasta la Constitución de Weimar de 1919

El significado más importante de los derechos fundamentales en el Derecho Alemán es su carácter de derechos de la persona contra el estado. El cortejo triunfal de los derechos fundamentales en la Europa continental tuvo su principio en Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero aún tuvo que pasar mucho tiempo hasta que en Alemania se reconocieran derechos de la persona contra el Estado. Al principio, es decir antes de la revolución de 1789 en Francia, en Alemania existía solamente un solo derecho de la persona contra el soberano. Ese era un antecedente legal del derecho de la libertad de creencia. En la paz confesional de Augsburgo del año 1555 (entre los católicos y los evangélicos) se reconocía el derecho del súbdito de emigrar llevándose sus propiedades de su patria en el caso de que el súbdito quisiera practicar otra confesión a la de su soberano³. Antes de esa paz confesional de Augsburgo cada súbdito tenía la misma confesión que su soberano, pero sin derecho de emigrar.

Después de la revolución francesa de 1789 aún hubo que pasar mucho tiempo hasta que en Alemania paso a paso algunos derechos fundamentales fueran concedidos a los ciudadanos. En el año 1848 en la ciudad de Francfort el así llama-

do parlamento de la iglesia de San Paúl elaboró una Constitución con el mismo nombre "Constitución de la iglesia de San Paúl del año 1848" que contuvo entre otras leyes derechos fundamentales. Pero, lamentablemente, esa Constitución permaneció como un concepto, es decir, nunca entró en vigor. La razón era la siguiente: a causa de ese concepto de Constitución y a causa de la voluntad de los parlamentarios elegidos por los ciudadanos, el rey de Prusia debía volverse emperador alemán. Pero, el rey de Prusia, como monarca del viejo constitucionalismo, no aceptó la corona del emperador dada por las manos del pueblo⁴. Como consecuencia dicha Constitución de la iglesia de San Paúl de Francfort nunca entró en vigor, y tampoco sus derechos fundamentales entraron en vigor como derechos constitucionales. Pero por lo menos entonces fue elaborado un catálogo de derechos fundamentales⁵ y – al fin y al cabo – entró en vigor como una simple ley imperial (del 27 de diciembre de 1848)⁶. Pero una carta constitucional con derechos fundamentales no existía. También en los próximos 80 años (hasta el año 1919) en Alemania los derechos fundamentales fueron fijados solamente por leyes simples, por ejemplo la libertad de industria en el código industrial (1867), es decir: estuvieron a disposición de la mayoría simple del parlamento⁷.

Otra consecuencia del mencionado rechazo del rey de Prusia de aceptar la corona como emperador alemán fue que no nació un Estado ale-

3 Véase p. e., Christian STARCK, en: V. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 4, número marginal 2.

4 Cf. p. e. Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tomo 2, 2ª ed. 1960, pp. 818 ss. y pp. 842 ss.

5 Cf. Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tomo 2, 2ª ed. 1960, pp. 774 ss.

6 Reichsgesetzblatt (boletín oficial del Reich) del 28 de diciembre 1848, p. 49; cf. p. e. Hartmut MAURER, *Staatsrecht I*, 3ª ed. 2003, § 2, número marginal 49.

7 Cf. p. e. Christian STARCK, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 1, número marginal 127.

mán unificado, aunque eso también lo hubieran deseado los parlamentarios de la iglesia de San Paúl. Dicho segundo deseo – unificar los existentes numerosos estados pequeños y principados en una Alemania unificada – se hizo realidad 23 años más tarde. En el año 1871 se constituyó el Reich alemán de 1871. Ese Reich alemán tenía una Constitución, pero sin derechos fundamentales, porque era una monarquía en un sentido anticuado. El resultado fue que la cuestión de los derechos fundamentales como parte de la Constitución alemana siguió sin ser resuelta, es decir, solamente figuró en el orden del día de los deseos políticos de los súbditos hasta la caída del Reich alemán del año 1871 en el año 1918 al fin de la primera guerra mundial. Ese año también fue el fin de la monarquía alemana.

II. La Constitución de Weimar de 1919

En 1919 se fundó la primera república federal alemana cuya Constitución fue elaborada en la pequeña ciudad de Weimar (antes solamente conocida por su famoso ciudadano Johann Wolfgang von Goethe). Por eso se le llama a la Constitución del Reich alemán de 1919 “Constitución de Weimar” (“Weimarer Reichsverfassung”, “WRV”) y al Reich alemán se le llamaba República de Weimar. Dicha Constitución de la República de Weimar en su primera parte previó preceptos sobre la estructura y las tareas del Reich Alemán y en su segunda parte contempló por

primera vez para toda Alemania un catálogo de derechos fundamentales en el marco de la Constitución del Reich. Esa segunda parte de la Constitución de Weimar de 1919 fue titulada “Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes”. Integró en sí – entre otras cosas – un derecho fundamental de igualdad⁸, un derecho fundamental de libertad⁹, así como numerosos derechos de libertad más especiales, por ejemplo la libertad de opinión¹⁰, la libertad de reunión¹¹, la libertad religiosa¹², el derecho a la propiedad privada¹³ y muchas más, entre ellos también derechos sociales. Muchas de esos derechos fundamentales de la Constitución de Weimar se pueden encontrar casi literalmente en la Constitución alemana vigente, la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Pero esos derechos fundamentales de la Constitución de Weimar no tenían tanta importancia como hoy en día la tienen los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Existen tres señales que pueden demostrarnos que los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar no tenían tanta importancia, un indicio más formal y otros dos más materiales:

El indicio formal era que los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar de 1919 no se hallaban al principio de la Constitución, sino al final, es decir, la Constitución contuvo dos partes principales y los derechos fundamentales pertenecían a la segunda parte. La posición formal de la parte de los derechos fundamentales

8 Art. 109, párrafo 1 WRV: “Todos los Alemanes son iguales ante la ley”.

9 Art. 114, párrafo 1, frase 1 WRV: “La libertad de la persona es inviolable”. Gerhard ANSCHUETZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches (Kommentar)*, 14ª ed. 1933, Art. 114 nota 1: “posibilidad jurídica de poder hacer todo lo que la ley no prohíbe”.

10 Art. 118, párrafo 1, frase 1 WRV: “Cada ciudadano alemán tiene el derecho de expresar libremente su opinión mediante la palabra, el escrito, el grabado, la imagen o cualquier otra manera”.

11 Art. 123, WRV: “Todos los ciudadanos alemanes tienen el derecho de reunión pacífica y sin armas sin aviso previo o permiso especial”.

12 Art. 135, párrafo 1, WRV: “Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad religiosa. La práctica de religión ininterrumpida está garantizada por la Constitución y se halla bajo protección estatal...”.

13 Art. 153, párrafo 1, frase 1, WRV: “La propiedad privada está garantizada por la Constitución”.

en la Constitución tuvo en Alemania desde entonces un gran significado para la libertad material de los ciudadanos¹⁴. Es decir: en la Constitución de Weimar los derechos fundamentales no tenían la misma importancia – que también salta a la vista formalmente – como hoy en día en el marco de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El aprecio formalmente menor de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar de 1919 fue una de las razones por las que los nacionalsocialistas en los años 1933 - 1945 podían declarar como falsa la siguiente idea indispensable para un Estado de derecho: la idea según la cual los particulares pueden tener derechos contra el Estado, y – más aún – hacerlos exigibles contra el Estado. Pero sobre todo dos indicios materiales muestran que bajo la Constitución de Weimar, durante los años 1919 - 1933 los derechos fundamentales tuvieron una menor importancia que hoy en día bajo la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Los indicios materiales eran los siguientes: el título de la segunda parte de la Constitución de Weimar se llamó “Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes”. Es decir, la Constitución subrayaba que no solo los derechos sino también los deberes tenían importancia. Por ejemplo¹⁵, dispuso el Art. 133, párrafo 1 WRV: “Todos los ciudadanos estarán obligados a prestar conforme a las leyes servicios para el Estado y la comunidad” y el Art. 134 WRV ordenó: “Todos los ciudadanos sin distinción contribuirán conforme a las leyes en relación a sus medios (financieros) a las cargas públicas”. Si bien es cierto que la Ley Fundamental vigente también conoce deberes de los ciuda-

danos, por ejemplo el Art. 14, párrafo 2, frase 1 LF: “La propiedad obliga” (igual rezó el Art. 153 WRV), pero esos deberes hoy no tienen tanta prioridad como la tenían en la antigua Constitución de Weimar de 1919. Añadiendo a los derechos fundamentales deberes de rango constitucional, la Constitución de Weimar debilitó la importancia de los derechos. No solo los derechos formaban el centro de razonamiento jurídico, como es el caso hoy en día en Alemania.

Pero lo que tenía más importancia era que los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar de 1919 no eran en un sentido estricto derechos del ciudadano contra el Estado sino más bien eran sugerencias para el Legislador. El Legislador debía formar sus leyes en un sentido que mejoraba la posición jurídica de los ciudadanos. Por ello la tesis dominante entre los catedráticos de derecho público alemanes negó la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. En la Constitución de Weimar tampoco fue previsto un control abstracto de la ley por parte del juez, el así llamado derecho de revisión por parte del juez con respecto a las leyes, así que la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales ni siquiera podría haber sido llevada a cabo¹⁶. Es decir: sin una ley adicional del Legislador los ciudadanos no poseían un derecho contra el Estado en rigor, sino los derechos fundamentales eran más o menos declaraciones programáticas. Al final de la República de Weimar (1932/33) existía una discusión sobre el valor de los derechos fundamentales como declaraciones programáticas o como derechos de los ciudadanos contra el Estado. Pero esa discusión terminó con la toma de poder de

14 Ya para la redacción de la Constitución de la Iglesia de San Paúl en 1848 fue acentuado el significado de la ubicación formal de los derechos fundamentales al inicio del texto constitucional para la libertad de los ciudadanos, véase p. e. Ernst Rudolf HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, tomo 2, 2ª ed. 1960, pp. 774 ss.

15 Véase p. e., Carl SCHMITT, en: Anschuetz/Thoma (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, tomo 2, 1932, § 101 IV. (= p. 597), quien nombra como deberes fundamentales el Art. 109 párrafo 2, 110 párrafo 2, 120, 132, 133, 154, 153 párrafo 3, 155 párrafo 3, 163 WRV).

16 Véase p. e., Christian STARCK, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 1, número marginal 128.

los Nazis, con la subida al poder de Hitler. Durante los siguientes 12 años, entre 1933 y 1945, del así llamado Reich de mil años, la doctrina nacionalsocialista no reconoció ningún derecho del ciudadano contra el Estado. Para los Nazis no existían ciudadanos con derechos contra el Estado, sino existían solamente piezas del engranaje del estado fascista, y piezas del engranaje no tienen derechos contra la comunidad nacional o, mejor dicho, contra el caudillo. Esa posición débil de las personas era una de las razones por las que el tercer Reich de los Nazis pudo fortalecerse inmensamente con todos los nefastos resultados ya conocidos.

LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949

En consecuencia de la experiencia en el tercer Reich que no había garantizado derechos fundamentales y la experiencia en la república de Weimar con sus derechos fundamentales demasiado débiles las madres y los padres de la Ley Fundamental decidieron crear derechos fundamentales extraordinariamente poderosos. El resultado fue que en la Ley Fundamental hoy en día existen algunas señales que garantizan la fuerza de los derechos fundamentales.

I. Señales de la fuerza especial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental

1. El catálogo de los derechos fundamentales al comienzo del texto constitucional

Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se hallan al principio de la Constitución, es decir, en los artículos 1 a 19. Los derechos fundamentales se hallan en un bloque, un catálogo que reúne y concentra los derechos fundamentales de una manera ostentosa. Pero los derechos fundamentales contenidos en ese catálogo no contienen promesas difíciles o incluso imposibles de cumplir sino que más bien con-

tienen posiciones jurídicas formuladas de manera precisa y clara. Por ejemplo, el derecho fundamental de la libertad de trabajo garantiza la libertad de elección de profesión y el ejercicio de esa profesión u oficio, pero no contiene ningún derecho a trabajo, no promete, por ejemplo, a cada ciudadano un puesto de trabajo: una promesa semejante, el Estado no la podría cumplir. Este sentido de la realidad de nuestra Constitución facilitó esencialmente la aplicación de los derechos fundamentales en Alemania¹⁷. Además la Ley Fundamental no conoce deberes fundamentales como la antigua Constitución de Weimar de 1919, sino contiene solamente derechos fundamentales de las personas contra el Estado.

2. La vigencia inmediata de los derechos fundamentales y la llamada garantía de perpetuidad

De extraordinaria importancia para la fuerza de los derechos fundamentales es el artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental. Ese famoso Art. 1, párrafo 3, LF al principio del catálogo de los derechos fundamentales dice: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable". Ese párrafo nos enseña que - al contrario de la Constitución de Weimar - la Ley Fundamental de Bonn vincula también al legislador estrictamente. Es decir, los derechos fundamentales no solo son declaraciones programáticas como en la Constitución de Weimar, que necesitan una concretización por una ley, sino que da derechos a los ciudadanos sin necesidad de concretización por el legislador.

Ese poder que le da a los derechos fundamentales ese significativo artículo 1, párrafo 3, de la Constitución alemana (L.F. de Bonn) es aún más fortalecido a través de otro famoso Artículo, a

través de una particularidad de la Constitución alemana; esto es, la así llamada garantía de perpetuidad del artículo 79, párrafo 3, de la Constitución¹⁸. Esa garantía de perpetuidad fija a perpetuidad algunos de los principios constitucionales especialmente importantes del Estado Alemán. Con esto se pretende que ni aún con la mayoría indispensable para reformar la Constitución, el Parlamento alemán podría reformar algunos de los más importantes principios de la Constitución alemana. En este sentido no pueden ser reformados a perpetuidad no sólo el carácter de la República Federal Alemana como Estado de derecho democrático, social y federal. También son irreformables a perpetuidad los principios enunciados en el artículo 1, es decir, también la vinculación inmediata de todos los poderes del Estado a los derechos fundamentales.

3. La garantía de la tutela judicial

Otra señal del poder de los derechos fundamentales de la Constitución es el último artículo del catálogo de los derechos fundamentales. Al final del catálogo de los derechos fundamentales, es decir en el artículo 19, párrafo 4, se encuentra la famosa garantía jurisdiccional que dice: "Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial...". Naturalmente ese párrafo del catálogo de los derechos fundamentales se refiere también a los derechos fundamentales¹⁹. Como consecuencia de la vinculación del Estado a los derechos fundamentales, los ciudadanos pueden recurrir a los tribunales contencioso administrativos.

4. La acción de tutela frente al Tribunal Constitucional alemán

Una señal más del gran poder de los derechos fundamentales, y probablemente, por el gran significado de los derechos fundamentales en Alemania, prácticamente la más importante, es la siguiente: el establecimiento de la jurisdicción constitucional con su competencia de control abstracto de las normas y para decidir sobre el recurso de amparo (la acción de tutela de los ciudadanos ante la Corte Constitucional).²⁰

Desde 1951 existe la posibilidad de un recurso de amparo ante la Corte Constitucional en la ciudad de Karlsruhe, desde 1969 establecido en el Art. 93, párrafo 1, No. 4ª LF. Ese recurso de amparo da la posibilidad a los ciudadanos de luchar contra vulneraciones no solo contra la Administración sino también contra sentencias y – al contrario de la antigua Constitución de Weimar de 1919 – también contra el Legislador cuando una ley vulnera inmediatamente un Derecho Fundamental ("recurso de amparo contra leyes").

Desde el establecimiento de la jurisdicción constitucional hasta el fin del año 2003 ha decidido el Tribunal Constitucional cada año más de 141.000 acciones de tutela, los así llamados recursos de amparo²¹. El Tribunal Constitucional creó en estas decisiones (sentencias) una bien ponderada dogmática de los derechos fundamentales. En especial desarrolló el Tribunal Constitu-

17 Véase p. e., Christian STARCK, in: V. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 1, número marginal 133.

18 "No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Estados Federados, o el principio de la participación de los Estados Federados en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 a 20".

19 Véase Martin IBLER, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, pp. 172 ss. Martin IBLER, en Friauf/Hoefling (eds.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2002, Art. 19 IV número marginal 122 y ss.

20 Véase p. e., Christian STARCK, en: V. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 1, número marginal 133.

21 Página web del Tribunal Constitucional Alemán: <http://www.bverfg.de>

cional un concepto ampliamente claro de los límites de los derechos fundamentales y de los límites de dichos límites, según el cual todos las limitaciones de las libertades fundamentalmente protegidas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto (razonables)²². El Tribunal Constitucional superó las dificultades que bajo la Constitución subsistían a través de una dogmática de derechos fundamentales capaz de ser aplicable en la práctica.

II. El Tribunal Constitucional alemán como motor de la dogmática alemana de los derechos fundamentales

1. Vínculo y libertad del legislador en la protección de los derechos fundamentales

La gran parte de las dificultades dogmáticas se hallaban, por ejemplo, en que por un lado el legislador debía estar vinculado a los derechos fundamentales (comparar Art. 1, párrafo 3 LF), pero por otro lado algunos derechos fundamentales preveían que el legislador podía limitar esos derechos fundamentales (por ejemplo el Art. 5, párrafo 2 LF, que contiene los límites de las libertades de opinión, de prensa y de información por radio, etc.²³). Y en otros derechos fundamentales incluso se declara que el legislador debe configurar que debe ser protegido como derecho fundamental de la Constitución (por ejemplo el Art. 14, párrafo 1, frase 2 LF, que precisa el contenido del derecho a la propiedad privada²⁴).

Es posible aclarar esa dificultad dogmática y su solución a través de un ejemplo sobre el dere-

cho de propiedad. El Artículo 14, párrafo 1, de la Constitución protege la propiedad privada como derecho fundamental, esto es, con el rango de supremacía de los derechos constitucionales. El precepto (que junto a la propiedad privada también protege el derecho de sucesión) determina: "La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados". Y la frase 2 dice más adelante: "Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes". Esto significa que el contenido de la propiedad puede ser determinado por el legislador ordinario en las leyes ordinarias y por la administración en normas jurídicas de rango inferior.

Si el parlamento, e incluso la Administración, pueden fijar el contenido de la propiedad como dice el Art. 14, párrafo 1, frase 2 LF, nos encontramos ante un problema dogmático: por un lado, como sabemos, los derechos fundamentales tienen rango superior, como dice el Art. 1, párrafo 3 LF y como también nos muestra la garantía de perpetuidad del Art. 79, párrafo 3 LF. El Art. 1, párrafo 3 LF exige que los derechos fundamentales vinculen a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Pero cuando incluso la Administración por decretos leyes y por estatutos puede determinar el contenido del derecho fundamental de la propiedad, la consecuencia es que la Administración puede vincular de cierta manera al legislador. El Artículo 79, párrafo 2 LF dice que la Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del parlamento y de dos tercios del Bundesrat (de la cámara, en que los Estados Federados participan en la legislación y la administración de la Fede-

22 Véase p. e., Christian STARCK, in: V. Mangoldt/Klein/Starck (eds.), *Bonner Grundgesetz (Kommentar)*, tomo 1, 4ª ed. 1999, Art. 1, número marginal 133.

23 Art. 5, párrafo 2 LF: Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal".

24 Art. 14, párrafo 1, frase 2 LF: Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes".

ración). Por otro lado, el contenido del Art. 14 LF está determinado por el parlamento con mayoría simple e incluso por la Administración con decretos leyes y estatutos. La Corte Constitucional vence esa dificultad dogmática con la doctrina de la libertad de propiedad como garantía institucional. Es decir que existe un contenido del derecho de la propiedad con rango superior. Este contenido de rango superior no lo pueden cambiar ni el parlamento con mayoría simple ni la administración; son tres los deberes que exige ese rango superior del derecho fundamental de la propiedad: el primero exige que toda propiedad debe que ser útil para el propietario. El segundo exige que el propietario tiene el derecho de utilizar su propiedad. Y el tercero exige que el propietario tiene el derecho de disponer de (por ejemplo: vender) su propiedad. Por eso ni el legislador con leyes simples ni la Administración debe promulgar leyes o sea estatutos, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 LF, que anulen toda utilidad y en especial todo el beneficio económico o que anulen la posibilidad de vender una cosa concreta propia.

2. El principio de proporcionalidad en la protección de los derechos fundamentales

Otro núcleo en la dogmática de derechos fundamentales del Tribunal Constitucional es su jurisprudencia sobre el principio de proporcionalidad. Hoy en día el principio de proporcionalidad es uno de los más importantes principios en el derecho público entero alemán. Ese principio en su forma moderna tiene una historia en Alemania de más o menos 130 años. Comienza en los años 70 del siglo 19 (~ 1870.). En estos años el contencioso administrativo en Alemania configuró el principio de proporcionalidad. Ese principio se creó para que los jueces de los tribuna-

les contenciosos administrativos pudieran controlar más efectivamente a la policía. Hasta hoy, es decir durante 130 años, por un lado los tribunales contenciosos administrativos paso a paso estaban construyendo una dogmática bastante desarrollada y muy importante en Alemania, pues hoy ya no es solo un principio de prohibición del exceso del poder estatal. Por otro lado en Alemania el principio de proporcionalidad no solo se refiere al derecho de policía sino caracteriza el derecho administrativo y el derecho constitucional entero. Por eso, hoy es parte del Art. 20, párrafo 3, Ley Fundamental, del Principio de Derecho y parte de todos los derechos fundamentales²⁵. Es decir, este principio hoy da límites a la administración, a los tribunales y – y eso es importante con vista del desarrollo histórico, arriba ya expuesto, de la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania – también al legislador.

Antes de dar algunos ejemplos en los cuales el principio de proporcionalidad da límites a los mencionados poderes públicos voy a presentar el contenido (= las reglas particulares) de este principio constitucional:

- (1) Cada acción estatal (= es decir de un poder público)
- (2) tiene que proseguir un fin legítimo
- (3) la acción debe ser idónea para promover este fin legítimo
- (4) la acción debe ser necesaria
- (5) la acción tiene que ser adecuada.

Para comprender esos 5 puntos es necesario explicarlos paso a paso:

25 Véase, p.e., Peter BADURA, Staatsrecht, 3ª ed. 2003, número marginal C 28; Ingo v. MÜNCH, en v.Münch /Kunig (eds.), Grundgesetzkommentar, Vol. 1, 5ª ed. 2000, antes de Art. 1-19, número marginal 55.

(1) Una acción estatal:

Este punto nos dice que solamente las acciones de los poderes públicos están sujetas a esta regla constitucional. Es decir los ciudadanos entre sí mismos no tienen que someterse a este principio de proporcionalidad. Por ejemplo un vendedor que quiere vender su coche no tiene que proseguir ni un fin legítimo ni tiene que exigir un precio adecuado sino que tiene libertad contractual. Otro ejemplo es un caso famoso que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt hace algunos meses: un estudiante de derecho de la Universidad de Frankfurt raptó (= secuestró) a un chico de 11 años para extorsionar a sus padres. La policía detuvo al estudiante pero no encontró al chico. La policía supuso que el chico todavía vivía pero tuvo miedo de que pudiera morir de hambre mientras el estudiante se hallaba en la cárcel. Por eso el vicepresidente de la policía de Frankfurt le dijo al estudiante: "Si tu no me dices el escondite del chico dos negros grandes van a violarte". En la opinión pública se discute si esa amenaza infringe el principio de proporcionalidad. Pero en la discusión la mayoría afirmó que la misma amenaza dicha por el padre del chico no infringiría el principio de proporcionalidad porque ese principio da límites solamente al Estado.

(2) Cada acción estatal tiene que proseguir un fin legítimo:

Para eso es necesario saber: ¿Qué es un fin legítimo? Un fin legítimo para el legislador es un fin que no está prohibido por la Constitución. Para la administración un fin es legítimo si no está prohibido ni por la Constitución ni por una ley.

Primer ejemplo: en nuestra Constitución tenemos un artículo que contiene una prohibición de preparar una guerra de agresión (Art. 26 LF), es decir, cuando el parlamento quiere hacer una ley que prolongue la mili (= el servicio de las fuerzas armadas) para preparar una guerra contra Irán o Irak (sin la ONU o la OTAN) ese fin no sería legítimo. – Segundo ejemplo: el artículo 5, párrafo 1, frase 3 Ley Fundamental. Ese artículo prohíbe la censura de la prensa. Una ley o un acto administrativo que permite una censura previa no prosigue un fin legítimo. – Tercer ejemplo: una sentencia muy famosa de la Corte Constitucional llamada "cabalgata en el bosque"²⁶ se refiere al siguiente caso: el legislador del Estado Federado Renania del Norte-Westfalia promulgó una ley que prohíbe cabalgar en el bosque, excepto en los caminos de herradura. Un jinete, que tiene caballo de monta (caballo de silla) interpone un recurso de amparo (= acción de tutela) ante la Corte Constitucional contra esa ley. Entonces, entre otras cosas, los jueces tienen que controlar si la ley infringe el principio de proporcionalidad. ¿Ha tenido el legislador un fin legítimo? ¿Qué intención persigue el legislador con esa ley que prohíbe cabalgar en el bosque? ¿Se trata de un fin legítimo? La respuesta es muy sencilla: el legislador quiere proteger al bosque, es decir la naturaleza. Sin duda este fin es legítimo, porque nuestra Constitución establece en el Art. 20ª LF: "El estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial".

26 Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, en adelante: BVerfG), en: *Amtliche Entscheidungssammlung* (en adelante BVerfGE), Sentencia de 6. 6. 1989 - 1 BvR 921/85 - en BVerfGE tomo 80, p. 137 ss.

(3) La acción debe ser idónea para promover este fin legítimo:

No es necesario conseguir el fin. Es suficiente si la acción estatal da una ayuda para conseguirlo, es decir, un paso en dirección al fin legítimo, o con otras palabras: fomentar el fin. En el último ejemplo de la sentencia “cabalgar en el bosque” existen dudas, sobre si esta ley verdaderamente sirve para mejorar la protección del medio ambiente, porque a otras personas, por ejemplo los que pasean, les está permitido pasear por el bosque entero, no solo en los caminos. Es decir, igual que antes existen muchas posibilidades en las cuales la gente puede dañar (perjudicar) el bosque. Pero el principio de proporcionalidad no exige un éxito total, sino que es suficiente el que la decisión estatal da un paso en dirección a la protección del medio ambiente. En el caso “cabalgar en el bosque” los jueces han aceptado que prohibir a los jinetes cabalgar por el bosque mejorará la integridad del bosque. Por eso, esta ley es idónea para promover el fin legítimo²⁷.

(4) La acción debe ser necesaria (la también así llamada necesidad):

Una acción estatal es necesaria si es (por lo menos) tan apta como la que ha elegido el legislador y es la menos gravosa. Para verificar eso es necesario hacerse dos preguntas: a) ¿Existe otra posibilidad para promover el fin legítimo?, y b) ¿Es dicha otra posibilidad menos gravosa, o sea menos grave? ¿Existen, por ejemplo en el caso “cabalgar en el bosque”, otras posibilidades de proteger el bosque? Una podría ser que el legislador para todo el mundo prohibiera la entrada al bosque. Pero esa solución no sería menos gravosa que la solución que ha elegido el legislador en el caso “cabalgar en el bosque”.

Otra posibilidad sería que el legislador no prohibiera totalmente la cabalgata en el bosque sino solo los fines de semana. Esa solución sería menos gravosa que la solución del legislador en el caso “cabalgar en el bosque”, pero también sería menos apta para el bosque. Por eso, la solución del legislador del Estado Federado Renania del Norte Westfalia es necesaria en el sentido del principio de proporcionalidad²⁸.

(5) La acción tiene que ser adecuada:

Además, el principio de proporcionalidad exige que la acción estatal tiene que ser adecuada. Ese sublímite del principio de proporcionalidad exige ponderaciones y valoraciones que de vez en cuando son difíciles. La dogmática de la Corte Constitucional ha desarrollado varias normas para eso. La Corte Constitucional pregunta en primer lugar cuánta es la importancia del fin que el estado persigue con su intervención. Pregunta en segundo lugar cuál es la importancia del derecho fundamental que fue infringido. Para nuestro ejemplo “cabalgar en el bosque” esto significa: el fin que el Estado persigue con su ley es la protección del medio ambiente. Este fin tiene una gran importancia, como se puede ver en el Art. 20 LF y como lo sabe cada persona que conozca la gran importancia de la protección del medio ambiente. Al otro lado está el derecho fundamental de la persona de hacer lo que quiera, o sea cabalgar en el bosque en su tiempo libre. Al comparar esas dos partes, el interés de una persona respecto al disfrute de su tiempo libre vale menos que el interés de la opinión pública en un medio ambiente sano. Por eso tiene la protección del medio ambiente más valor en nuestra ponderación. La ley del Estado federado Renania del Norte Westfalia también es adecuada²⁹. Como resultado el recurso de amparo del jinete no tiene éxito.

27 BVerfGE, tomo 80, p. 137 (160).

28 Cf. BVerfGE, tomo 80, p. 137 (160).

29 Cf. BVerfGE, tomo 80, p. 137 (160 ss.).

Como ya he comentado repetidas veces anteriormente, el Art. 1, párrafo 3 LF no solo vincula a la Administración y los tribunales a los derechos fundamentales sino también al legislador. Por el hecho de que el principio de proporcionalidad forma parte de los derechos fundamentales, la Administración, los tribunales y el legislador están obligados a cumplir con ese principio como derecho directamente aplicable. Sin embargo la dogmática de los derechos fundamentales respeta la posición jerárquicamente superior del legislador democráticamente legitimado. El Tribunal constitucional considera esa preponderante posición del legislador frente a los otros poderes públicos de la manera siguiente: limitando a través del principio de proporcionalidad un poco menos que a la administración a los tribunales. Para controlar las manifestaciones normativas del Estado con respecto al principio de proporcionalidad la doctrina alemana diferencia entre las decisiones de la administración (en especial actos administrativos) y las leyes.

Si un tribunal, por ejemplo la Corte Constitucional controla si un acto administrativo ha guardado la proporcionalidad, controla las dichas reglas estrictamente. Si la Corte Constitucional controla si una ley guarda la proporcionalidad, los jueces no usan el principio de proporcionalidad como parámetro de la ponderación estricta, sino aceptan un margen de decisión del legislador. Dicen que el legislador como órgano democrático tiene una cierta preferencia para decidir si una ley es idónea, necesaria y adecuada. Solo si la decisión del legislador desde ningún punto de vista es aceptable, la Corte Constitucional declara la ley como inconstitucional por vulneración del principio de proporcionalidad³⁰.

III. COMENTARIO FINAL

Aquí comenté solo una selección de aspectos importantes de la dogmática de los derechos fundamentales alemana. Ella muestra que junto a la ciencia, el Tribunal Constitucional alemán ha caracterizado de manera esencial esa dogmática. Con la inserción de Alemania en la Unión Europea y con un catálogo de derechos fundamentales en la futura Constitución europea, las influencias cada vez más fuertes del derecho europeo determinarán más que antes la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes.

30 Cf. *BVerfGE*, tomo 80, p. 137 (160).