

ESTADIOS EN LA HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA*

CONRADO HESSE

*Catedrático Emérito de Derecho Público y Eclesiástico
Universidad de Friburgo*

1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA

En general en todo el mundo, pero sobre todo en Europa, puede hablarse de un triunfo en las últimas décadas de la Jurisdicción constitucional. La superación de los totalitarismos y la transición o el retorno a la Democracia han dado pie a la erección de tribunales constitucionales o a la ampliación de sus competencias: en Italia, Austria y Alemania en la primera posguerra, con posterioridad en España y Portugal, recientemente al socaire de la crisis del régimen soviético y del consiguiente giro en Europa Oriental y Sudoriental. Entre nosotros, la *reunificación* ha dado lugar en los nuevos *Bundesländer* a tribunales constitucionales o *Staatsgerichtshöfe* de acuerdo al patrón del *Bundesverfassungsgericht*¹. En Francia, el *Conseil Constitutionnel*, creado originariamente en 1958 únicamente a efectos de control del marco constitucional del Parlamento, ha devenido un órgano del Poder judicial y un elemento estructural de la vida constitucional de la V. República. En Suiza, que ha renunciado a dotarse de un Tribunal Constitucional, las tareas de la

* Konrad HESSE, «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Peter Häberle (Hrsg.), Neve Folge/Band 46, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, 1998. Versión española de Antonio López Pina, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

1. Para una visión general vid. K.-G. ZIERLEIN, Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, pp. 301 ss.

jurisdicción constitucional están, de forma semejante a los Estados Unidos, asignadas desde el siglo pasado al Tribunal Supremo. Aún cuando sin perjuicio de una varia configuración, la Jurisdicción constitucional existe hoy en la mayoría de los Estados europeos. La misma se ha evidenciado como condición indispensable del mantenimiento, la capacidad operativa y el progresivo desarrollo del Estado constitucional democrático².

Tal proceso no se ha detenido en las lindes del Estado nacional. En esta época han nacido tribunales supranacionales con tareas que corresponden a las de los tribunales constitucionales nacionales: la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

A tenor de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, de 1950, compete al Tribunal Europeo la protección de los derechos garantizados en la Convención. Los mismos son por primera vez en la Historia no sólo regulados jurídicamente sino también asegurados institucionalmente mediante una instancia jurisdiccional. Compete al Tribunal de Justicia de las Comunidades velar por el Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado de la Comunidad Europea (art. 164 TCE). En tal función, el Tribunal de Justicia asume sobre todo amplias tareas jurisdiccionales. La jurisprudencia de ambos Tribunales ha ido aumentando en importancia al paso del tiempo.

El curso actual y futuro de la Jurisdicción constitucional alemana no es separable de tales desarrollos ni del marco europeo que los mismos comportan. Con la creación y el desarrollo de la Jurisdicción constitucional a raíz de la Segunda Guerra Mundial, la República Federal ha ido más lejos que otros Estados. De tanto mayor interés resulta entonces preservar la idea originaria de la Jurisdicción constitucional.

No resulta fácil dar una respuesta a la problemática de la Jurisdicción constitucional: algunos proyectos no superaron la fase del puro diseño. Sin duda, cabe registrar avances consolidados –lo que ha servido de modelo a otros regímenes constitucionales. Algunos efectos han sido distintos a lo esperado o previsto, los problemas han cambiado al paso del tiempo, y la Jurisdicción constitucional no ha dejado de verse ante nuevos desafíos.

¿Qué balance hacer y cómo juzgar la situación al cabo de cincuenta años de la Jurisdicción constitucional alemana? Como se aprecia por los debates, en 1996, del 61. Deutschen Juristentag, hay división de opiniones. Las observaciones que siguen sobre la historia del *Bundesverfassungsgericht*, una retrospectiva y simultáneamente una panorámica de las perspectivas hacia el futuro por quién en su día fuera Magistrado constitucional, tratan de ofrecer bases para un juicio objetivo.

2. DE LOS ORÍGENES A LA ACTUAL JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA

Cuando a fines de la Segunda Guerra mundial y tras el hundimiento del *régimen nacional-socialista de injusticia* se planteó cómo erigir sobre las ruinas del

2. Sobre el particular ofrece amplia información, A. VON BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, pp. 133 ss.

viejo orden una democracia conforme al Estado de Derecho, no podía tratarse en un primer momento sino de un intento sin resultados previsible³. En los *Länder* y en la Federación las asambleas constituyentes no podían invocar tradiciones democráticas consolidadas del porte de las que en viejas democracias fundan su política y existencia. Alemania carecía de todas las condiciones para reanudar su curso histórico a la hora de abrir un nuevo capítulo. De forma semejante a como fue el caso del constituyente de los *Länder*, los *founding fathers* de la *Grundgesetz* hubieron, tras de la quiebra del viejo orden, de partir de las constituciones anteriores. Ciertamente, bajo la impresión de los errores y catástrofes del pasado reciente el constituyente de la *Grundgesetz* tomó distancias en forma especial y original. A la hora de configurar el nuevo orden había que esforzarse por evitar en el futuro la repetición de la Historia. Restablecer la relación con el pasado, y marcar distancias respecto del mismo: ello había de pesar en la regulación por la *Grundgesetz* del *Bundesverfassungsgericht* y de sus tareas. De ahí que convenga volver brevemente sobre los precedentes.

2.1. *El primer estadio: el Staatsgerichtshof del Reich*

El *Staatsgerichtshof* surge de la Constitución de Weimar, de 1919. Sus limitadas competencias eran las de una *Staatsgerichtsbarkeit* (Jurisdicción federal) en sentido estricto, ausentes en la Constitución del *Reich* de 1871. Y sin embargo, respondía en cuanto a tareas y efectos a desarrollos históricos que se retrotraen a los orígenes de la Jurisdicción constitucional.

Los mismos son originariamente datables en los tribunales del antiguo *Reich*, el *Reichskammergericht* y el *Reichshofrat*, competentes para la garantía de la paz civil (*Friedenssicherung*) y la protección de derechos estamentales y subjetivos⁴. Tal experiencia respaldaba el intento de 1815 de crear en la Federación alemana que resulta del fin de las guerras napoleónicas un Tribunal Supremo. Por más que no llegara a cuajar, ya registramos en el *orden confederal* de la Alemania del XIX elementos de una Jurisdicción federal (*Staatsgerichtsbarkeit*). En las constituciones monárquicas de algunos países cobró forma la idea de arbitraje de conflictos constitucionales –sobre todo en el marco de la responsabilidad de los ministros– y de defensa por un Tribunal federal (*Staatsgerichtshof*) de la fuerza normativa de la Constitución. Tanto en la garantía de la paz entre los miembros de la Federación mediante arbitraje como en la decisión judicial de contenciosos federales y conflictos constitucionales se aprecia ya el germen de la posterior Jurisdicción constitucional: es decir, la idea de someter la acción política al control de un Tribunal independiente.

3. R. SMEND, *Das Bundesverfassungsgericht*, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl. 1968, p. 581.

4. Sobre el particular, en detalle: U. SCHEUENER, *Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Ch. Starck, I, 1976, S. 1 ss.

La Constitución de 1849 (*Frankfurter Reichsverfassung*), en la que deberían realizarse los objetivos de los movimientos alemanes liberal y de unificación a raíz de la Revolución de 1848, era más ambiciosa. En ella encontramos ya elementos de la actual Jurisdicción constitucional: competencias del *Reichsgericht* para fallar sobre contenciosos federales entre órganos, inicios de un control judicial de normas y decisión sobre recursos de inconstitucionalidad. A pesar del fracaso constituyente –únicamente entró en vigor por un breve período de tiempo el título de Derechos fundamentales– la *Frankfurter Reichsverfassung* tuvo la virtualidad de sentar precedentes después seguidos por la *Staatsgerichtsbarkeit* de Weimar y la *Verfassungsgerichtsbarkeit* de la Ley Fundamental.

Lo que no debe interpretarse en el sentido de que bajo Weimar no hubiera distancia entre la regulación del *Staatsgerichtshof* y la puesta en práctica de tales ideas. Con independencia de algunas especiales tareas, únicamente se asignaba al mismo un control estrictamente limitado del poder político y tareas de arbitraje sobre contenciosos federales. El *Reichstag* estaba legitimado para denunciar ante el *Staatsgerichtshof* al Presidente de la República, al Canciller y a sus ministros (art. 59 Constitución de Weimar); el *Staatsgerichtshof* decidía sobre contenciosos entre los *Länder*, entre el *Reich* y los *Länder* así como (subsidiariamente) sobre contenciosos constitucionales dentro de un *Land* (art. 19 CW). Por contra, el *Staatsgerichtshof* carecía de competencia para arbitrar contenciosos entre los poderes del Estado o sobre recursos de amparo –por más que, a diferencia de la Constitución de 1871, la Constitución de Weimar contuviera una amplia tabla de derechos fundamentales. En particular, llama la atención que el *Staatsgerichtshof* careciera de competencia para decidir en materia de constitucionalidad de las leyes.

Y no se trata de que la Constitución no previera una decisión del Tribunal Supremo en caso de duda o de división de opiniones sobre la compatibilidad entre el Derecho de la Federación y normas de los *Länder* (art. 13.2 CW). Pero en su caso, ello competía ordinariamente al *Reichsgericht* y no al *Staatsgerichtshof*. Lo propio era el caso de una cuestión no respondida en la Constitución y que dió lugar a fuertes controversias: a saber, si la jurisdicción ordinaria era competente o incluso estaba obligada a controlar si era compatible con la Constitución de Weimar el Derecho a aplicar en un caso concreto. En una famosa sentencia de 1925 el *Reichsgericht* reconoció a los tribunales ordinarios tal juicio de constitucionalidad⁵; pero tal competencia no tuvo efectos prácticos dignos de mención.

En el marco de las competencias asignadas por la Constitución de Weimar, el *Staatsgerichtshof* produjo una jurisprudencia relevante para la vida constitucional⁶. Su influencia en las críticas vicisitudes de la República de Weimar fue sin embargo reducida, sin bastarse para impedir el ocaso de la primera democracia alemana. Cuando en la pugna por el nombramiento de un Comisario del *Reich* en Prusia (el *golpe de Prusia, Preussenschlag*)⁷ recayó en 1932 tal tarea sobre el *Staats-*

5. RGZ 111, 320 (322 s.).

6. Sobre el particular SCHIEUNER (*op. cit.*, n.º 4), pp. 56 ss.

7. Sobre el particular, E. R. HÜBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VIII (1984), pp. 1120 ss.

gerichtshof, el intento de conciliación del mismo careció del menor efecto. ¡Alecionador ejemplo, de que la Jurisdicción constitucional no está llamada a salvar a un país de convulsiones políticas de cierta entidad o a ayudar por vía de sentencia a superarlas!

2.2. *El segundo estadio: la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht en sus primeras andanzas*

2.2.1. Los fundamentos constitucionales

a) En los momentos iniciales de la *Grundgesetz*, tanto en la Convención preparatoria de Herrenchiemsee como en la asamblea constituyente del *Parlamentarischer Rat* (1948 y 1949), los sentires eran unánimes a la hora de crear un *Bundesverfassungsgericht* dotado de más amplias competencias que el *Staatsgerichtshof* del *Reich*.

Tal voluntad cobró forma inicialmente con las competencias del *Bundesverfassungsgericht* para *arbitrar en materia de contenciosos federales*. Con las mismas, la *Grundgesetz* no hacía sino seguir una tradición de la Jurisdicción constitucional alemana. En la actualidad, tales competencias no ocupan por más tiempo el primer plano de la Jurisdicción constitucional. Habiéndose ampliado tales competencias con la decisión sobre diferencias respecto de la compatibilidad formal o material de *Landesrecht* con la *Grundgesetz* o con Derecho federal, su importancia en la jurisprudencia se debe sin embargo menos a la decisión sobre auténticos conflictos federales que a la posibilidad de resolver constitucionalmente en forma arbitral conflictos entre alineamientos políticos en el conjunto del Estado. Al margen de ello, los conflictos entre la Federación y los *Länder*, dada la mayor importancia cobrada por el *Bundesrat*, tienden a ser conciliados políticamente; los contenciosos constitucionales en el seno de los *Länder* han devenido, por otra parte, competencia de los propios *Verfassungsgerichte* territoriales.

La nueva fase fue iniciada por el constituyente de la *Grundgesetz* al dotar al *Bundesverfassungsgericht* de las competencias que fundan precisamente la singular importancia del mismo para la República Federal y su vida constitucional. A las mismas pertenece la competencia del *Bundesverfassungsgericht* para *conflictos de competencia* (art. 93. 1 GG). A su tenor, el Tribunal decidirá por razón de contenciosos sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano federal (del *Bundestag*, del *Bundesrat*, del Gobierno federal o del Presidente federal) o de otras partes dotadas de derechos por la *Grundgesetz* o el correspondiente *Reglamento*.

Importancia central tiene además la competencia creada por el constituyente para el *control constitucional de normas*. Tal competencia ha sido asignada al *Bundesverfassungsgericht* como *control abstracto de normas*, es decir, como juicio directo a solicitud del Gobierno federal, de un gobierno de *Land* o de un tercio de los Diputados del *Bundestag* (art. 93.1 GG). También compete al *Bundesverfassungsgericht* en el marco de un *control concreto de normas*, es decir a instancia de un órgano judicial que dude de la constitucionalidad de una ley, de

cuya validez dependa el fallo (art. 100 GG). Con ambas formas de *control de normas* –a las que se añadió posteriormente el juicio sobre leyes por razón de recurso de amparo– se une el paso decisivo para el segundo estadio del nuevo desarrollo de la Jurisdicción constitucional: la extensión del control constitucional a las cámaras legislativas, en particular al Parlamento democráticamente elegido.

Para defensa contra un abuso de la potestad punitiva del Estado creada para *defensa del Estado y de la Constitución* por la *Grundgesetz*, el constituyente confió en tales casos la decisión al *Bundesverfassungsgericht*. Dentro de tal rúbrica quedan comprendidas la prohibición de partidos (art. 21.2 GG) y la pérdida de derechos fundamentales (art. 18 GG). El *Bundesverfassungsgericht* decide sobre un proceso al Presidente federal a iniciativa de *Bundestag* o *Bundesrat*. En su caso, puede condenar al Presidente a la pérdida de su cargo; también decide sobre denuncias contra Jueces y Tribunales. Tales competencias han dado lugar hasta ahora en un par de casos a la prohibición de partidos⁸.

Junto a una serie de competencias complementarias reguladas en la *Grundgesetz*, la decisión sobre *recursos de amparo* –*pedra angular de la tutela judicial del ciudadano contra los poderes públicos*– comporta una de las principales tareas del *Bundesverfassungsgericht*: todos pueden interponer *recurso de amparo* cuando se sientan afectados por los poderes públicos en sus derechos fundamentales o en los derechos mencionados en otras normas de la *Grundgesetz*. Tal competencia no fue creada por el constituyente. Fue introducida en 1951 por la ley del *Bundesverfassungsgericht*, y sólo en 1969 incorporada mediante reforma a la *Grundgesetz* (art. 93. 1 - 4 a) y b) GG). El número de *recursos de amparo* ha venido aumentando de año en año –5766 en 1995–. Las sucesivas reformas de la ley del *Bundesverfassungsgericht* no han logrado empero reducir su sobrecarga de trabajo.

b) Las competencias referidas dan lugar a la intervención del Tribunal en la *división de poderes* de la *Grundgesetz*. La *división de poderes* se ve ampliada en sus elementos de ordenación y balance de los poderes públicos con un nuevo agente, habiendo experimentado desplazamientos de importantes consecuencias respecto del régimen tradicional.

Ello sucede con la extensión del control constitucional a la dirección y configuración política, tareas medulares de las cámaras legislativas y del Gobierno federal. Dado que la actividad de tales órganos se ve sometida a un juicio de constitucionalidad, ello da lugar a importantes consecuencias: la mera posibilidad de tal control impone la pregunta sobre la constitucionalidad en la iniciativa y trámite de leyes, provocando una suerte de *reacción anticipada*. El control de constitucionalidad no puede por menos de influir en el contenido y la forma del concurso de los órganos políticos y de su peso respectivo en el conjunto de los poderes públicos.

8. BVerfGE 2,1 - *Prohibición del Sozialistischen Reichspartei*; 5, 85 - *Prohibición del Kommunistischen Partei Deutschlands*.

A un desplazamiento semejante conduce el control constitucional de las decisiones judiciales, con fuerza vinculante hasta ese momento. En tal sentido, el *Bundesverfassungsgericht* ha cobrado una influencia determinante sobre la jurisprudencia de la Jurisdicción ordinaria, que en la misma medida perdía su condición de instancia última, la firmeza de sus fallos y el sentido orientador de su definición del Derecho.

Finalmente, y por lo que respecta al equilibrio de poderes, hay que subrayar la tarea del *Bundesverfassungsgericht* de arbitrar conflictos de competencia. En la medida en que amplía la facultad de recurrir a *otros participantes* como Diputados, grupos parlamentarios y partidos, abre la posibilidad a minorías políticas de invocar la protección del Tribunal Constitucional frente a vulneraciones de su posición por la mayoría. Ello contribuye al mantenimiento de la yuxtaposición de fuerzas políticas diversas de peso político semejante, que presupone el orden democrático de la *Grundgesetz* como orden de la libertad y apertura del proceso político y, simultáneamente, condición fundamental de la eficacia del *Bundesverfassungsgericht*.

c) En las deliberaciones del *Parlamentarischer Rat* no se prestó atención a los efectos en el orden constitucional de la *Grundgesetz* de la ampliación de competencias del *Bundesverfassungsgericht*—que sólo externamente puede definirse como meramente cuantitativa. En el primer plano del debate había entonces temas tan importantes como la sede y la organización del *Bundesverfassungsgericht*, la elección de los Magistrados y la eficacia de sus sentencias. Hay que reconocer en las competencias del *Bundesverfassungsgericht*, en su facultad para el control de normas y para los conflictos de competencia, una de las grandes originalidades del constituyente. El *casi*-medio siglo de vida constitucional lo ha confirmado.

2.2.2. Desarrollo por la Jurisdicción constitucional

El éxito y la acreditación de la idea del constituyente dependían de si resultaría eficaz en la realidad constitucional alemana el nuevo régimen de la Jurisdicción constitucional; de si sería capaz de hacer frente a nuevos desafíos no previstos por el *Parlamentarischer Rat*, y haría de esa manera justicia a los acelerados cambios históricos de nuestro tiempo. Esta fue en esencia la obra de la primera fase de la Jurisdicción constitucional. No solamente ha concretado el *Bundesverfassungsgericht* el contenido y el alcance de determinadas regulaciones de la *Grundgesetz*; ha logrado además imbricar en una unidad de sentido los diferentes elementos del texto constitucional—originariamente más *desligados y superficialmente* conectados entre sí. Sólo después de esta conformación jurisprudencial de los fundamentos, en el desarrollo y la consolidación del orden constitucional ha podido la Ley Fundamental cobrar forma concreta y echar raíces.

a) Desde los primeros momentos el Tribunal se aventuró por nuevos caminos.

El Tribunal se decidió claramente por una *idea material del Derecho Constitucional*. Conforme a la misma, la Constitución no se agota en sus elementos formales –por más que la vida y eficacia de una Constitución residan también en estos elementos. No menos esencial es el contenido de la Constitución, que no quiere ser un orden por el orden sino un orden bueno y justo de la comunidad. El *Parlamentarischer Rat* dotó a su obra conscientemente de tal carácter material, sobremanera en los derechos fundamentales, en el régimen democrático y en el postulado del Estado social de Derecho –distanciándose del formalismo y positivismo predominantes a comienzos de siglo y durante la República de Weimar. Definida por el problemático concepto del *orden de valores*, tal idea ha ocupado un lugar central en la jurisprudencia constitucional.

Otro elemento fundamental de su jurisprudencia reside en *evitar la disociación en términos de aislamiento de norma jurídica y realidad social*: a efectos de la interpretación de la norma, se otorga importancia esencial a la realidad regulada. De ahí que cuidadosos y profundos análisis de los supuestos de hecho hayan jugado un papel decisivo en la jurisprudencia del Tribunal: así, se ha reconocido un peso considerable al entramado de relaciones políticas, económicas, técnicas y sociales. Ello puede tener como consecuencia que en el curso de los cambios históricos de tales relaciones evolucione asimismo el significado de la norma constitucional a aplicar; es decir, que bajo un *mismo texto literal* de la Ley Fundamental evolucione y se desarrolle el Derecho Constitucional.

b) Tal jurisprudencia, en desviación esencial de la metodología jurídica dominante, se aprecia en sentencias de alto calado político sobre los fundamentos del orden constitucional⁹, el Parlamentarismo¹⁰, la financiación de los partidos¹¹, el alcance y la delimitación de competencias de *Bund* y *Länder*¹², las competencias de determinados órganos federales¹³ o la firma de tratados internacionales¹⁴. Con especial claridad se aprecia en el trabajo cotidiano del Tribunal: en su inmensa jurisprudencia sobre los derechos fundamentales.

Ciertamente, el *Parlamentarischer Rat* incorporó los derechos fundamentales al texto de la *Grundgesetz*. Pero cuanto tenía que ver con la realización de tales derechos quedaba pendiente. No era posible echar mano de una clara tradición, dado que los derechos fundamentales no habían existido en la conciencia de los individuos ni en la práctica estatal. El propio texto literal de la *Grundgesetz* sólo en algún que otro aspecto aislado dejaba entrever que debería en adelante otorgarse mayor peso a los derechos fundamentales de lo que había sido el caso en el pasado. Todo lo demás dependía de su interpretación. El Tribunal que ha hecho

9. Precisamente, BVerfGE 5, 85 - *Sentencia KPD*.

10. Por ejemplo, BVerfGE 40, 296 - *Sentencia sobre Dietas*.

11. BVerfGE 85, 264.

12. BVerfGE 6, 309 - *Sentencia sobre el Concordato*; 12, 205 - *Sentencia sobre la Televisión*.

13. BVerfGE 61, 1 - *Disolución del Bundestag*.

14. BVerfGE 89, 155 - *Maastricht*.

desde el primer momento del desarrollo de la efectiva tutela una de sus más importantes tareas, ha desplegado y desarrollado lo que había en ciernes en el texto; mediante clarificación del contenido normativo, del alcance de los derechos fundamentales en particular, de su recíproca relación y de los presupuestos de su limitación ha logrado una eficacia de los derechos esencialmente mayor que en el pasado.

Nunca sobreestimaremos la importancia en este contexto de la idea de que los derechos fundamentales contienen no sólo derechos individuales de los hombres y ciudadanos, de que no son sólo derechos de defensa frente al Estado, sino que son a la vez *principios objetivos del orden político*. Tal idea cobró expresión en el famoso pasaje del *Lüth-Urteil*, conforme al cual la *Grundgesetz*, que no quiere ser un *orden valorativamente neutral*, ha alzado con el título de los derechos fundamentales también un *orden objetivo de valores*. Con tal interpretación se fortalece la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Tal sistema de valores que tiene como núcleo la personalidad humana y su dignidad en el seno de una comunidad social, en cuanto decisión constitucional fundamental tiene validez en todos los ámbitos del Derecho; es decir, despliega directrices e impulsos al legislador, a la Administración y a la Jurisdicción¹⁵.

Tal idea tiene consecuencias de gran calado: los derechos fundamentales permean la totalidad del ordenamiento jurídico, el Derecho Privado no menos que el Derecho de las organizaciones y de los procedimientos. El legislador y las instancias aplicadoras del Derecho, en particular los órganos judiciales, se harán eco de los derechos fundamentales en la producción, exégesis y aplicación de normas jurídicas. En cuanto *cuestión constitucional* compete al control del *Bundesverfassungsgericht* enjuiciar si tal postulado ha sido o no tenido suficientemente en cuenta.

Lo propio es el caso del resto de la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales. Así, el *Bundesverfassungsgericht* ha ligado la limitación de las libertades a la proporcionalidad o la interdicción de desmesura¹⁶; ha ampliado la vigencia de los derechos fundamentales a las originariamente denominadas *relaciones especiales de sujeción*, es decir, a soldados, funcionarios, estudiantes o penados¹⁷; ha inferido de los derechos fundamentales no sólo garantías *negatorias* sino, si bien bajo condiciones estrictas, también expectativas a prestaciones estatales¹⁸. Del carácter de los derechos fundamentales como principios objetivos del ordenamiento, vinculantes para los poderes públicos, ha deducido obligaciones estatales de protección frente a atentados contra bienes jurídicos protegidos jurídico-fundamentalmente por fuerzas no-estatales; el *Bundesverfassungsgericht* controla la observación de tales obligaciones de protección en primer lugar por parte del legislador¹⁹.

15. BVerfGE 7, 198 (205).

16. Jurisprudencia consolidada; respecto del contenido del principio, por ejemplo, BVerfGE 30, 292 (316 s.).

17. BVerfGE 33, 1 (9 ss.).

18. Por ejemplo, BVerfGE 45, 376 (386 ss.).

19. Respecto de la tarea y del (cambiante) alcance del control: BVerfGE 39, 1 (42 ss.); 77, 170 (214 s.); 88, 203 (251 ss.).

Se aprecia hasta qué extremo la jurisprudencia constitucional ha progresado respecto de la interpretación *weimariana*. Ello se observa sobremanera en algo que caracteriza a tal jurisprudencia: contiene elementos de continuo desarrollo, allí donde lo hace necesario el cambio de las condiciones para garantizar los derechos fundamentales. Así, en la perspectiva de los cambios de las condiciones materiales de la libertad personal, el Tribunal ha incorporado garantías de derechos sociales a la tutela de la propiedad privada²⁰. El *Bundesverfassungsgericht* ha concretado la garantía del derecho general de la personalidad –ante las nuevas o incrementadas amenazas– en forma tal que se pueda hacer frente a tales peligros²¹, y ha inferido principios detallados por ejemplo para la protección de datos personales²². En varios casos, en la interpretación de los derechos fundamentales que le compete el Tribunal no se ha limitado a adaptarse forzosamente a los cambios de la realidad, sino que, por ejemplo en las sentencias sobre el Derecho de la Radio y la Televisión²³, la igualdad real de mujeres y hombres²⁴ o el estatuto jurídico de niños no-procedentes de matrimonio²⁵, se ha convertido en motor del futuro.

En su conjunto, el *Bundesverfassungsgericht* ha impuesto la eficacia de los derechos fundamentales no sólo para la vida estatal, sino también para la totalidad de la vida jurídica en la República Federal, y sentado las bases para la importancia omnicompreensiva actual de los derechos fundamentales.

2.2.3. La nueva singularidad de la Jurisdicción constitucional alemana

En el segundo estadio del propio desarrollo histórico la Jurisdicción constitucional alemana ha dejado atrás esencialmente sus precedentes. Al paso del tiempo han cambiado sus tareas y su incidencia.

a) En el primer estadio, la Jurisdicción constitucional se limitaba a ámbitos parciales de la vida y acción estatal. El *Staatsgerichtshof* tenía que decidir sobre todo qué materias o asuntos eran judicializables o accesibles a una sentencia judicial a partir de prescripciones de competencia y de procedimiento del Derecho positivo. Los derechos fundamentales no eran competencia de la Jurisdicción constitucional. La misma no podía desempeñar sino un papel secundario en el conjunto de los poderes públicos.

A diferencia de entonces, en el segundo estadio, compete al *Bundesverfassungsgericht* la interpretación vinculante para todos los órganos estatales, y por ende para las cámaras legislativas, del contenido y de las coordinadas objetivas

20. Por primera vez BVerfGE 53, 357 (290 ss.).

21. BVerfGE 54, 148 (153 s.).

22. BVerfGE 65, 1 (41 ss.).

23. BVerfGE 90, 60 (87 ss.) con otras referencias.

24. BVerfGE 84, 9 (17) con otras referencias.

25. BVerfGE 84, 168 (184 s.) con otras referencias.

fundamentales de la Constitución. Tal tarea hace necesario juzgar a partir de normaciones de la *Grundgesetz*, que a diferencia de las prescripciones de competencia y de procedimiento son con frecuencia *abiertas*—contienen únicamente garantías, principios, directrices amplios, en esbozo, precisos de concreción a la hora de su *aplicación práctica*. Ello es el caso de los derechos fundamentales, cuyo actual alcance ha dejado atrás su reducción a meros derechos de defensa contra intervenciones estatales. También vale para normas enunciativas de tareas del Estado o incluso para principios fundamentales como la democracia²⁶ o el Estado social de Derecho. El *Bundesverfassungsgericht* se encuentra aquí ante nuevas tareas, que no puede cumplir con la forma tradicional de las decisiones judiciales. A la vez es responsable de la *recta* interpretación de los principios que dan sentido a la comunidad política: la dignidad humana, la libertad, la igualdad así como para una tutela eficaz de los derechos, en los que los derechos cobran forma y son fundamento de la democracia en libertad. Es precisamente esta responsabilidad la que funda su actual importancia central, y que ha hecho del *Bundesverfassungsgericht* elemento integrante de la democracia conforme al paradigma del Estado de Derecho de la *Grundgesetz*.

b) A su tenor, el Tribunal se ha sumado al círculo de los órganos superiores del Estado constituídos por la *Grundgesetz*: es—como reza la Ley del *Bundesverfassungsgericht*— un tribunal federal autónomo e independiente respecto del resto de órganos constitucionales, en igualdad de rango con los demás órganos supremos estatales, *Bundestag*, *Bundesrat*, Gobierno federal y Presidente federal²⁷. En cuanto órgano que decide por vía procesal y con los medios del Poder judicial, el *Bundesverfassungsgericht* concurre a la suprema dirección del Estado.

Tal cambio del régimen tradicional de la división de poderes hace que la *Grundgesetz* cobre rasgos de una *Constitución mixta*, en el sentido de un orden fundamental que prevé varios órganos estatales de diversa estructura y función sin que ninguno de ellos, sea el Presidente o el Parlamento, llegue a tener un peso determinante. Tal sistema está especialmente orientado a la cooperación y al respeto recíproco de los poderes, de los que depende su éxito. La capacidad operativa de tal sistema reside, precisamente, en poder reaccionar adecuadamente con margen para el protagonismo de uno u otro órgano y el paso a segundo plano del resto.

La acción del Tribunal contribuye, en no menor grado que los otros poderes, al éxito de la acción concertada querida por la Constitución. De ahí que el Tribunal esté obligado a actuar complementariamente y en términos de apoyo, cuando los otros órganos no estén en situación de hacer frente a sus tareas—sin perjuicio de su operatividad ordinaria en función de su diferente estructura. En tal sentido, puede ser responsabilidad del *Bundesverfassungsgericht* intervenir en casos de

26. BVerfGE 83, 37 (50 ss.); 83, 60 (71 ss.); 93, 37 (66 ss.).

27. Sobre el particular vid. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 6. 1952 en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge Bd. 6, 1957, pf. 144 ss.

crisis, pero también en supuestos de déficits de acción o insuficiente regulación, ya se trate de que los poderes políticos no son capaces de hallar una solución, ya sea porque no se atreven a adoptar una decisión impopular. Ciertamente, incluso en tales casos en los que el Tribunal asuma una tal *función de reserva*, nunca podrá el *Bundesverfassungsgericht* transgredir el mandato constitucional de respeto a las tareas de los otros órganos del Estado y su concertación con las mismas. Un *equilibrio* tanto más arduo, cuanto que los límites que le traza la *Grundgesetz* no son estrictos y fijos para toda situación (ver más abajo 2.2.4. c)).

2.2.4. Problemas y peligros. Los límites de la Jurisdicción constitucional

En general, el segundo estadio histórico de la Jurisdicción constitucional alemana se diferencia del anterior por el amplio desarrollo de las competencias del Tribunal y por el alcance y consiguiente cambio del carácter de su jurisprudencia asociados a aquél. En el mismo tienen su base el papel extraordinario del *Bundesverfassungsgericht*, su autoridad, su lugar singular y su influencia en la democracia conforme al postulado del Estado de Derecho de la *Grundgesetz*, cuyo contenido y peculiaridad no serían concebibles sin la jurisprudencia constitucional. Pero precisamente a causa de ello, nos encontramos hoy ante problemas inevitables y el peligro de yerros, desconocidos en el primer estadio, y que dotan de ambivalencia a la imagen de la Jurisdicción constitucional. La continuación del éxito en el futuro dependerá de si aquélla es capaz de domeñar los problemas y riesgos, de preservar y desarrollar objetivamente el patrimonio acumulado, sin perjuicio de uno u otro error que siempre acecha a los Tribunales.

a) Un peligro alberga la jurisprudencia que ha dado lugar a la creciente importancia de los *derechos fundamentales* en todas las esferas de existencia. Aquí amenazan con producirse cursos erráticos, si conforme a una tendencia común reciente los derechos fundamentales son considerados como núcleo de todo el ordenamiento jurídico, cuyo contenido ha de ser deducido de aquéllos. Bajo tales supuestos, todo problema jurídico deviene una *cuestión constitucional*, una *exageración* que puede incitar a vestir cualquier asunto cotidiano con el ropaje de un mandato constitucional. El *Bundesverfassungsgericht*, al que compete la última decisión vinculante, se vería así forzado a un papel de *instancia superior*, que en modo alguno se corresponde con lo establecido en la *Grundgesetz*. No sólo se vería afectada la responsabilidad del legislador, sino también se menoscabaría las competencias de la Jurisdicción ordinaria: la acción de los mismos derivaría a una *mera ejecución constitucional*, con perjuicio para la configuración política, para la autonomía de las distintas ramas del Derecho –para cuya procura y progresivo desarrollo únicamente deben contar las circunstancias y necesidades objetivas de cada caso. El parámetro de los derechos fundamentales no es suficiente a la hora de cobrar conciencia de las mismas.

A tenor de la *Grundgesetz* los derechos fundamentales son garantías específicas que sirven a la tutela de esferas de la libertad humana especialmente ame-

nazadas²⁸. Los derechos fundamentales tienen el carácter de *principios*; es decir, precisan del desarrollo mediante *ley*, y sólo a través de la concreción así efectuada despliegan su significado práctico; de ahí que sea improcedente el recurso no-mediado, directo al Derecho Constitucional. Sólomente si la influencia de los derechos fundamentales en la producción y aplicación del resto del Derecho es mantenida en tales márgenes, se logrará impedir que el *bien* de una eficaz protección de los derechos fundamentales degeneren en la plaga de una inflación y, por ende, de una devaluación de los mismos.

b) También puede dar lugar a caminos erráticos, cuando, como sucede recientemente²⁹, se pretende que demasiadas cuestiones concretas encuentren regulación en la *propia Grundgesetz* en vez de mediante ley.

En tales casos, se desconoce que la Constitución es el *orden jurídico fundamental de la Comunidad*, y que por la multiplicación de enmiendas en forma de detallados preceptos —por más que compatible con la literalidad del texto— se paga un alto precio: el deterioro del prestigio y de la fuerza integradora de la Constitución. Tal forma de proceder seduce a la impresión de que todo es disponible en la Constitución, de que todo puede ser reformado, y que todo ello se reduce a una cuestión de oportunidad política y de las mayorías necesarias en las cámaras legislativas.

Al margen de ello, la *petrificación constitucional* de tales regulaciones en detalle contribuye al déficit democrático: lo que de tal forma se decide, es sustraído al debate y a la posibilidad de cambio o adaptación a nuevas circunstancias con los votos de una mayoría (*relativa*) parlamentaria. También tiene ello consecuencias para la Jurisdicción constitucional: la misma va a verse así excluida. Dada la vinculación del *Bundesverfassungsgericht* a la *Grundgesetz*, le está vedado controlar el contenido de tales regulaciones. El Tribunal únicamente puede enjuiciar si tal inserción se ajusta a las condiciones formales de una reforma constitucional, y si no transgrede los límites de la misma. Quiebra, así, la idea de control constitucional omnicompreensivo que ha caracterizado en el segundo estadio a la Jurisdicción constitucional.

c) Finalmente, un problema central de la actual Jurisdicción constitucional plantea la *relación de la Jurisdicción constitucional con las funciones de los poderes políticos*, es decir, con las cámaras legislativas y con el Gobierno. Con la extensión del control constitucional a la acción de los mismos, ha cambiado la posición de aquéllos en el entramado de los poderes públicos. De todos modos, conforme a la *Grundgesetz* tal control es sólo limitado, y la pregunta decisiva es, dónde trazar y cómo son tales límites.

La comúnmente invocada y discutida diferencia entre política y Derecho no brinda respuesta, habida cuenta de los elementos políticos que inevitablemente

28. BVerfGE 50, 290 (337).

29. Un buen ejemplo es la inserción del nuevo art. 16a GG mediante la Ley 39 de enmienda de la Ley Fundamental, de 28 de junio de 1993.

alberga toda interpretación de *normas constitucionales abiertas*. Tampoco soluciona el problema la general y frecuente apelación a la continencia judicial: por la sencilla razón, de que la llamada a la continencia judicial ignora la vinculación a la *Grundgesetz* del *Bundesverfassungsgericht*, que no deja al arbitrio de los Magistrados que quieran o no autolimitarse. La actividad controladora del Tribunal ha de ajustarse más bien a las tareas constitucionales; su tarea de custodia de la Constitución, en particular la protección de los derechos fundamentales, puede en su caso requerir lo contrario de continencia, es decir, una decidida intervención *del Bundesverfassungsgericht* –incluso a riesgo de conflicto con uno u otro de los poderes públicos.

Resulta difícil definir una barrera estricta, generalmente válida de la actividad controladora. Lo que no significa que no haya límites. La línea determinante para una definición, que nunca va a ser simple, es inferible con suficiente claridad del régimen de funciones de la *Grundgesetz*.

A tenor de la misma, Jurisdicción constitucional es *Jurisdicción* en el sentido de *decisión de autoridad* sobre Derecho Constitucional en litigio o Derecho Constitucional vulnerado. El *Bundesverfassungsgericht* es Tribunal y órgano del Poder judicial; está facultado para decidir conforme a Derecho en un proceso judicial, por más que sus decisiones puedan contener elementos políticos. Tarea del *Bundesverfassungsgericht* es no la configuración activa sino el control judicial. Por principio, únicamente puede el Tribunal actuar frente a actos jurídicos de Parlamento y Gobierno mediante objeciones (*Beanstandung*); por contra, le está vedado sustituir *positivamente* a los otros poderes; salvo excepción, no le cabe producir regulaciones jurídicas o dictar a los otros poderes el ejercicio material de su potestad normativa³⁰.

Por la naturaleza de las cosas, tales tareas políticas competen en la democracia parlamentaria de la *Grundgesetz* sobre todo a los poderes legislativo o ejecutivo. Si queremos evitar una erosión de la democracia de la *Grundgesetz* y una negativa transformación del orden estatal, en tan poca medida como es permisible al *Bundesverfassungsgericht* sobretensar sus competencias, cabe al legislador o al Gobierno abdicar de la propia responsabilidad confiando al Tribunal una decisión que les competa.

A partir de tal principio rector, se requiere de concreciones más diferenciadas, claras y en principio previsibles. En desarrollo del principio de que el *Bundesverfassungsgericht* tiene que actuar en el marco de sus funciones constitucionales, deberá elaborar para la serie de problemas y de casos de que se trate puntos de vista y criterios de control que ayuden a evitar los riesgos que acompañan a la desconsideración de las barreras funcionales, de transgredir los límites de la Jurisdicción constitucional y de entrometerse en las funciones de los otros órganos. Al respecto, la jurisprudencia constitucional contiene una serie de aproximaciones

30. Cfr. sobre el particular de tiempos recientes la seria advertencia del Magistrado Böckenförde, de que no corresponde al *Bundesverfassungsgericht* el papel de *preceptor* (*die Rolle eines autoritativen Praeceptors zu übernehmen*) [BVerfGE 93, 121 (voto particular pg. 151)].

consistentes que apuntan a una graduación según problemas y funciones de la densidad de control³¹. La labor pendiente es realizar, completar y profundizar precisamente tales aproximaciones.

2.3. *El tercer estadio: el Bundesverfassungsgericht en los umbrales del Siglo XXI*

Los profundos cambios de nuestro tiempo no van a detenerse ante el *Bundesverfassungsgericht*. Su tarea fundamental de custodia de la Constitución perseverará como hasta hoy. Sin embargo, el estadio siguiente será diferente al registrado hasta aquí: las cuestiones sometidas a juicio de constitucionalidad cambiarán, y se reducirán las posibilidades de efectivo control jurisdiccional. Ello no dejará de tener consecuencias para el cumplimiento de las tareas del *Bundesverfassungsgericht* y para su *lugar* en el entramado de los poderes estatales, colocando al Tribunal ante nuevos desafíos. Entre los factores determinantes de tales desarrollos se cuentan los cambios en las tareas y en la acción del Estado, en particular el proceso de la integración europea.

2.3.1. El Estado contemporáneo y el control de constitucionalidad

Al socaire de los recientes cambios, las tareas de dirección, prestación y previsión del Estado actual se han ampliado considerablemente; el Estado se encuentra ante nuevas tareas³².

a) La tarea de la previsión no se agota por más tiempo en la procura existencial mandada por el postulado de Estado social de la *Grundgesetz*. Cobra crecientemente la dimensión de *prevención de riesgos*, en el sentido de protección frente a peligros de naturaleza distinta a los que hemos conocido como tales hasta ayer, que los superan en potencialidad de daño y que requieren una labor de previsión: se trata de anticipar posibles consecuencias de acciones y de desarrollos científicos y técnicos actuales, y de prevenir que no sólo las actuales generaciones sino asimismo las futuras sean preservadas de los lastres y peligros asociados a las mismas —digamos, de la eliminación de residuos nucleares, de otras agresiones al medio ambiente amenazadoras para la existencia o de eventuales efectos negativos de la biogenética.

31. Sobre el particular, vid. H. SIMON, La Jurisdicción Constitucional, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda; Maihofer; Vogel; Hesse; Heyde (Hrsg.); Edición, *Prolegomena* y traducción de A. López Pina, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas/Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, nº marginal 34; K. HESSE, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, *Festschrift für Hans Huber*, 1981, pp. 267 ss. En particular sobre la densidad de control, G. F. SCHUPPERT, Self-restraints der Rechtsprechung, en *Rechtssprechungslehre*, hrsg. von W. Hoppe, W. Krawietz, M. Schulte, 1992, pp. 29 ss.

32. Sobre el particular vid. D. GRIMM, Verfassung, en *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 24; id. *Die Zukunft der Verfassung*, pp. 411 ss.

Estas y otras tareas del Estado son realizables hoy sólo parcialmente con los medios imperativos tradicionales de la regulación mediante ley y de actos *soberanos*. Los mismos pierden fuerza normativa, siendo sustituidos por nuevas formas estatales de dirección y prestación, con la consecuencia de que las mismas sólo limitadamente resultan determinadas por el legislador. Fuerzas sociales organizadas, a veces poderosas, participan mediante deliberaciones, acuerdos o cooperación en la acción estatal. Más aún, determinadas tareas públicas no son satisfechas por el Estado y sus órganos, sino que más bien son por vía de las *privatizaciones* confiadas a la autoregulación social.

b) Tales cambios, indicados aquí sólo esquemáticamente³³, en la realización de tareas públicas plantean profundos problemas para el Derecho Administrativo y para la tutela judicial contencioso-administrativa³⁴. Tales cambios no dejan de afectar al Derecho Constitucional, siendo importantes para las tareas de control del *Bundesverfassungsgericht*.

Nuevos problemas pueden resultar de la cooperación del Estado con particulares. Si bien el Estado está vinculado por la Constitución, es decir, por los derechos fundamentales, éste no es el caso de los particulares, por más que concurran a las decisiones estatales. De ahí que tal cooperación con particulares quede sustraída al control judicial. En especial, el hecho de confiar tareas públicas a la autoregulación de particulares plantea nuevas cuestiones: *privatización* no puede significar abdicación del Estado de su responsabilidad para el interés general o el bien común; tanto menos, cuanto que el bien de la generalidad no resulta automáticamente de la libre competencia. En lugar de la gestión estatal o por el sector público de las tareas públicas tenemos en la actualidad *la obligación estatal de garantía* –tal como ha sido incorporada a la *Grundgesetz* en materia de transporte por ferrocarril, correos y telecomunicación (art. 87 e .4, art. 87 f .1 GG).

De ello resultan exigencias para la organización estatal, el procedimiento y el contenido de las medidas a adoptar que requieren regulación estatal. Sobre todo, en nada alteran las *privatizaciones* la competencia estatal de tutela de los derechos fundamentales. Si tareas de previsión, hasta ahora consideradas tarea del Estado y en cuya satisfacción está el Estado vinculado por los derechos fundamentales, pasan a ser asunto de unos particulares no directamente vinculados por los derechos fundamentales, no es que con ello deje de tener sentido la responsabilidad estatal para la protección de los derechos fundamentales. Un ejemplo actual es el secreto de correspondencia y telecomunicación garantizado por el art. 10.1 GG, que hasta ahora únicamente vinculaba al Estado. Las recientes *privatizaciones* en el marco de la reforma constitucional transforman la responsabilidad

33. Respecto de la importancia de los desarrollos sociales, científicos, técnicos y económicos actuales para tal cambio vid. H. SCHULZE-FIELTZ, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1997, pp. 17 ss.

34. Sobre el particular, U. DI FABIO, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer*, 56, 1997, pp. 235 ss.

del Estado en una obligación de garantía. Ello plantea dificultades adicionales, dado que los particulares que asumen la tarea del Estado de previsión social son a su vez titulares de derechos fundamentales, pudiendo invocar los derechos fundamentales por su parte no menos que los ciudadanos afectados por deficiente o nula satisfacción de aquéllos.

Ello comporta para el *Bundesverfassungsgericht* cambios de considerable envergadura de objeto y posibilidades de control. El Tribunal tiene que ver menos con conflictos de competencia, cuestiones de procedimiento e intervención en la libertad individual de los individuos, que en su momento inspiraron a los padres fundadores (2.2.1 y 2.2.2). En ese sentido, se trata todavía de la constelación clásica en la que los derechos fundamentales se realizan en la medida en que son respetados por el Estado, fundando en caso de vulneración una demanda negativa del ciudadano perseguible judicialmente. El *Bundesverfassungsgericht* puede decidir sin mayor problema procesalmente sobre el particular.

Lo propio no puede sin embargo decirse del control constitucional de la acción del Estado actual de dirección, prestación y previsión social: la política configuradora –por más que se limite a la normación de imprescindibles condiciones marco, no requiere tanto de un ejercicio de continencia cuanto más bien de la acción positiva del Estado. El Derecho Constitucional no es capaz de dirigir directamente tales acciones y de hacerlas eficaces. La Constitución puede poner límites a tal acción positiva del Estado, y determinar claramente qué contenidos *no pueden tener* las medidas estatales. La Constitución puede mediante normas enunciativas de tareas del Estado y los derechos fundamentales ofrecer directrices e impulsos, y adoptar regulaciones de procedimiento que sirvan a los fines perseguidos. Pero tales preceptos programáticos no pueden fundar judicialmente expectativas del ciudadano a una acción concreta positiva del Estado. Requieren indispensablemente de desarrollo, dependiendo en especial del legislador y de ser realizados según las circunstancias y posibilidades de cada momento.

De ahí, que el *Bundesverfassungsgericht* se limite ordinariamente a un control de las leyes. A tal fin, sin embargo, carecemos –*por definición*– de preceptos constitucionales claros y suficientemente concretos: ya se trate de medidas previsoras de riesgos o en defensa del medio ambiente a las que el Estado está obligado; ya estemos ante el control estatal de la satisfacción por particulares de tareas públicas; ya haya que enjuiciar si el Estado ha cumplido con sus obligaciones como garante, únicamente cabe inferir de la *Grundgesetz* la obligación constitucional del Estado a una acción positiva eficaz. Lo demás, es decir, la cuestión de *cómo* llevar a cabo mediante legislación una obligación estatal de acción o tutela, qué medidas o cautelas haya de adoptar el legislador a fin de cumplir el mandato constitucional, bien está sólo fragmentariamente regulado, bien calla al respecto la Constitución, bien se deja sólo inferir de principios generales inmanentes al Derecho Constitucional positivo. Hay que añadir, que cuando se carece de una concreta normación constitucional, únicamente puede una tutela estatal eficaz de los derechos fundamentales *de una parte* ser garantizada mediante la intervención en posiciones defensivas jurídico-fundamentalmente garantizadas *a la otra parte*. Es decir, resulta una

constelación *pluridimensional* en sentido triangular³⁵, ocupando los derechos y libertades en colisión dos ángulos y el Estado el tercero. El conflicto entre diferentes expectativas de derecho y libertad plantea una y otra vez ponderaciones problemáticas.

Más importante que en el anterior estadio va a resultar para la Jurisdicción constitucional en el actual el problema de observación de los propios límites (supra 2.2.4 c). Dondequiera se carezca de parámetros constitucionales o haya que ponderar entre derechos-libertad en colisión, hay que lograr por vía de la mencionada graduación de la densidad de control³⁶ que el *Bundesverfassungsgericht* limite su control a vulneraciones evidentes y de importancia de la Constitución. La observación de tales límites no afectaría a la función confiada por la *Grundgesetz*. Ello reduciría el peligro de que pierdan fuerza persuasiva las soluciones que el Tribunal dé a determinados conflictos, y que en vez de generar consenso, sean las decisiones del Tribunal jurídica y políticamente controvertidas. Y no solamente está en juego la *autoritas* de las decisiones, sino que puede verse erosionado el propio prestigio del Tribunal³⁷.

2.3.2. Derecho Constitucional y Derecho Comunitario europeo

Con el progreso de la integración europea, en Alemania nos las habemos junto a los vigentes Derecho nacional y Derecho Internacional de forma creciente con un nuevo complejo jurídico peculiar: el Derecho Comunitario.

La vigencia intraestatal del Derecho Comunitario tiene como base la decisión constitucional del art. 24.1 (art. 23.1 después de la reforma constitucional) GG, que habilita a la República Federal a transferir a organizaciones interestatales competencias soberanas. Ello ha sucedido en una serie de tratados internacionales: en concreto, en el Tratado para constitución de la Comunidad Europea, de 1957, que tenía como objeto además de la fundación propiamente dicha la definición de las tareas de la Comunidad y la creación de sus órganos; también, en el Tratado de la Unión Europea, de 1992 (Tratado de Maastricht), que conforme al art. A.2 comporta un nuevo estadio para realizar una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa.

35. G. HERMES, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, 1987, pgs. 201 ss.; R. WAHL/J. MASING, *Schutz durch Eingriff*, *Juristen Zeitung*, 1990, 553 (556 ss.). El caso de libro de texto: Gesetzliche Regelungen über den Abbruch einer Schwangerschaft (BVerfGE 89, 203).

36. Sobre el particular en detalle: K. HESSE, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers*, en *Festschrift für E. G. Marenholz*, 1994, pp. 543 ss, 553 ss.

37. Respecto de la crítica pública en aumento en los últimos meses al *Bundesverfassungsgericht* entrando a fondo en el tema objeto de debate: J. LIMBACH, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Akademische Reden und Beiträge, Westfälische Wilhelmsuniversität Münster, 14, 1997; R. WAHL, *Quo Vadis Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken*, en *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, hrsg. von B. Guggenberger/Th. Würtenberger (*en prensa*); SCHULZE-FIELTZ (*op. cit.*, n.º 33), especialmente pp. 2 ss, 25 ss.

a) Tal desplazamiento de tareas de los Estados-miembros a la Unión Europea da lugar a una reducción y a un cambio de las tareas de los órganos estatales nacionales, que no pueden por menos de tener como consecuencia una reducción de las funciones de control del *Bundesverfassungsgericht*.

En la medida en que se transfieren competencias soberanas, las cámaras legislativas ven disminuir su influencia en el proceso (intraestatal) de formación de voluntad y decisión políticas. Su tarea se reduce cada vez más a la emisión de regulaciones de transformación, ejecución y desarrollo, mientras que las directrices son prefijadas y determinadas por el Derecho Comunitario³⁸. El Gobierno federal está en sus decisiones vinculado por el marco europeo. Ciertamente, participa con el concurso de *Bundestag* y *Bundesrat* (art. 23. 2 a .5 GG) en las decisiones de los órganos europeos. Pero tales facultades de concurso han dejado atrás el nivel de la decisión política autónoma; tales facultades de concurso nunca llegan a compensar la pérdida de autonomía en los casos en que el Consejo Europeo, como de ordinario (art. 148.1 TCE), decide por mayoría y Alemania quede en minoría. El alcance de los cambios se evidencia en la estimación del *Maastricht-Urteil*, de que ya antes de la entrada en vigor del Tratado aproximadamente el 80% de las regulaciones en Derecho económico viene prefijado por el Derecho Comunitario, y que cerca de la mitad de las leyes alemanas traen causa del Derecho Comunitario.

Es decir, en la medida en que competencias soberanas son transferidas a la Comunidad Europea y no son ejercidas por más tiempo por los poderes públicos alemanes no hay duda de que no son susceptibles de control constitucional. Los márgenes abiertos al control del *Bundesverfassungsgericht* de la compatibilidad con la *Grundgesetz* de actos de los poderes públicos alemanes se reduce a las tareas que quedan conferidas a instancias alemanas o que les corresponden en términos de concurso. Tal curso es irreversible.

b) No es predecible en cambio la evolución futura de la Jurisdicción constitucional sobre el Derecho Comunitario. La cuestión que se plantea es, hasta qué extremo alcanzará la facultad del *Bundesverfassungsgericht* de controlar la compatibilidad con la *Grundgesetz* del Derecho Comunitario y de su aplicación en Alemania. Tal competencia –por más que limitada– ha sido invocada por el Tribunal en su jurisprudencia.

Ello es el caso de la *tutela de los derechos fundamentales por la Comunidad*. En una sentencia de 1974, el *Bundesverfassungsgericht* rechazó la prioridad del

38. Al respecto se registran *contracorrientes*: como ha mostrado R. WAHL (*op. cit.*, n.º 37), pueden normas de Derecho Comunitario, por ejemplo una apertura indiscriminada del mercado de trabajo a extranjeros no comunitarios, colocar al legislador de los Estados-miembros ante situaciones difíciles. Las mismas dan lugar a creciente legislación y a considerables dificultades para el legislador de los Estados-miembros, limitado en su capacidad de acción por la primacía del Derecho Comunitario. R. WAHL señala con razón un problema fundamental en el desarrollo del Derecho europeo, como consecuencia de la asimetría entre un proceso económico sin trabas de extensión continental y la disposición de reducidas competencias reguladoras de los Estados-miembros en su ámbito nacional. Cfr. asimismo, SCHULZE-FIELTZ (*op. cit.*, n.º 33), pp. 18 ss.

39. BVerfGE 89, 155 (172 ss.).

Derecho Comunitario, al no considerar suficiente la garantía de derechos fundamentales del Derecho Comunitario: *entretanto (Solange)* el standard vinculante de derechos fundamentales del Derecho Comunitario no se corresponda con toda seguridad al de la *Grundgesetz*, compete al *Bundesverfassungsgericht* controlar el Derecho Comunitario derivado en su compatibilidad con los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*, y decidir en su caso su no-aplicación⁴⁰. A partir del desarrollo de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, el *Bundesgerichtshof* invirtió posteriormente la *fórmula Solange. entretanto (Solange)* la Comunidad Europea, en particular la Jurisdicción del Tribunal de Justicia, garantice una tutela eficaz de los derechos fundamentales frente al ejercicio de competencias soberanas por las Comunidades comparable al ofrecido por la *Grundgesetz*, no ejercerá el *Bundesverfassungsgericht* por más tiempo su control sobre el Derecho Comunitario derivado con referencia a los derechos fundamentales de la *Grundgesetz*⁴¹. En la *Maastricht-Entscheidung* el Tribunal ha confirmado con una reserva la última decisión *Solange*, al respecto ha añadido, que el *Bundesverfassungsgericht* ejerce sus competencias en Alemania en una *relación de cooperación (Kooperations-Verhältnis)* con el Tribunal Europeo de Justicia, en la medida en que este último garantiza la tutela de los derechos fundamentales en cada caso para la totalidad del territorio de la Comunidad Europea; en tal sentido, cabe al *Bundesverfassungsgericht* reducirse a una garantía general del irrenunciable standard de derechos fundamentales⁴².

Más allá del limitado control de constitucionalidad para la tutela de derechos fundamentales resultante, el *Bundesverfassungsgericht* ha extendido en su *Maastricht-Entscheidung* su competencia de control a la cuestión de si actos jurídicos de instituciones y órganos europeos respetan *los límites de las competencias soberanas que les han sido transferidas*. El parámetro jurídico de referencia para tal juicio será la Ley alemana de aprobación del Tratado, que sirve de fundamento a tales actos jurídicos. La aplicabilidad inmediata y directa de los Tratados, del Derecho Comunitario derivado creado por los órganos comunitarios y su primacía resultan por principio y exclusivamente del mandato de aplicación del legislador alemán. Reformas esenciales del programa de integración contenidas en el Tratado y de sus habilitaciones de acción de órganos comunitarios no estarían legitimadas por tal Ley de aprobación. Si instituciones u órganos europeos aplicaran o desarrollaran el Tratado en una forma no conforme al Tratado tal como definido por la Ley alemana de aprobación, los actos jurídicos resultantes no serían vinculantes en territorio de soberanía alemana. Estaría vedado por razones constitucionales a los órganos estatales alemanes aplicar tales actos jurídicos en Alemania. En consecuencia, el *Bundesverfassungsgericht* controlará *si actos jurídicos de instituciones u órganos europeos se mantienen dentro de las competencias soberanas transferidas o si transgreden las mismas*⁴³.

40. BVerfGE 37, 271 (279 ss.).

41. BVerfGE 73, 339 (376 ss.).

42. BVerfGE 89, 155 (175).

43. BVerfGE 89, 155 (185), cfr. también 195. Precisamente tal pasaje ha sido sometido en la publicación alemana y no-alemana a considerables críticas, a veces rotundas.

La *Maastricht-Entscheidung* no se plantea una limitación del control constitucional que corresponda a una reducción en el ámbito de los derechos fundamentales. Sus reservas van bastante más allá de las expresadas por otros Tribunales Constitucionales europeos. Afectan al acervo y a los fundamentos de la acción comunitaria, y albergan considerable potencial de conflicto. Es el caso de la relación entre el *Bundesverfassungsgericht* y el Tribunal Europeo de Justicia, que pretende decidir en última instancia y responsabilidad sobre cuestiones de ejercicio de competencias y de ampliación de competencias no conforme al Tratado de los órganos comunitarios⁴⁴, cuya posición es abiertamente opuesta a la del *Bundesverfassungsgericht*.

Si se quiere evitar un conflicto continuo, ello sólo será posible mediante leal cooperación de ambos Tribunales —una actitud a la que en materia de tutela de los derechos fundamentales el *Bundesverfassungsgericht* se ha mostrado en el *Maastricht-Urteil* dispuesto. De interponer el *Bundesverfassungsgericht* ante el Tribunal de Justicia *cuestiones prejudiciales* conforme al art. 177 TCE, la concertación leal en el proceso no supondría después de todo sino recurrir a una vía que Karlsruhe ha reconocido en anteriores sentencias⁴⁵. Lo mejor sería que ambos Tribunales tuvieran en cuenta las normas del otro ordenamiento en la interpretación de normas del propio⁴⁶. En el proceso actual de integración europea ello parece absolutamente necesario. Ello forma parte de procesos, fenómenos e interrelaciones de gran alcance, que darán cuño a las tareas y a la acción de la Jurisdicción constitucional en el tercer estadio de su historia.

2.3.3. La dimensión europea del Derecho Constitucional

Ciertamente, Alemania no *va a desaparecer* como Estado en la nueva Europa. Sin embargo, su inserción en el *orden* de la Comunidad Europea se ha convertido en presupuesto *sine qua non* de su existencia económica y política⁴⁷. Cuanto más pierde el Estado su carácter de forma histórica de gobierno introvertida y autosuficiente, más está llamado a incorporarse a Europa —es decir, con la

La objeción principal —justificada— consiste en que el mandato de aplicación del Derecho contenido en las leyes alemanas de ratificación comprende necesariamente la competencia de la Jurisdicción comunitaria (art. 164 ss. TCU) para fallar en última instancia sobre límites competenciales de la Comunidad. Ello excluye una competencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el particular. Únicamente tal fórmula hace justicia al sentido y la tarea de la Comunidad, que presupone vinculatoriamente la eficacia uniforme e inmediata del ordenamiento jurídico comunitario en los Estados-miembros y la primacía del Derecho Comunitario respecto del Derecho nacional. En detalle con amplias referencias, D. H. SCHEUING, *Deutsches Verfassungsrecht und europäische Integration, Europarecht*, Beiheft 1/1997, Tz. 85 ss., 115.

44. Tribunal de Justicia de las Comunidades, Slg. 1964, 1251 ss.; Slg. 1981, 6079.

45. BVerfGE 37, 271 (282); 52, 187 (200 ss.). Sobre el particular en detalle, D. GRIMM, *Europäischer Gerichtshof und Arbeitsgerichtsbarkeit, Recht der Arbeit*, 1996, pp. 69 ss.

46. BVerfGE 37, 271 (278) habla del deber de esforzarse por la concordancia entre ambos ordenamientos jurídicos.

47. J. SCHWARZE, *Das Staatsrecht in Europa, Juristen Zeitung*, 1993, pp. 591 ss.

Unión y a desarrollarse conjuntamente con el resto de Estados, que se sienten unidos no solamente por las exigencias de la economía (mundial) y la tarea de procura de la paz, sino también por la cultura europea y los principios constitucionales comunes⁴⁸.

La *Grundgesetz* trata de responder a tales procesos y constreñimientos en el espíritu de su Preámbulo (... *animado de la voluntad de servir a la paz en el mundo como miembro en igualdad de derechos en una Europa unida* ...) mediante la habilitación para transferir competencias soberanas a la Comunidad Europea (art. 23 GG). Con tales enunciados, la *Grundgesetz* documenta su apertura a la integración europea y a la participación en las instituciones nacientes en el curso de tal integración. La *Grundgesetz* aprueba las consecuencias que resulten de tales procesos para el Estado y la Constitución, y apunta al horizonte jurídico que se abre justo donde su fuerza normativa concluye. De ese modo, el Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania *pierde* su eficacia omnicompreensiva y su primacía en la ordenación jurídica de la Comunidad. A cambio, *gana* una nueva vertiente: la dimensión europea⁴⁹.

Tal apertura tiene como consecuencia –como ha subrayado también el *Bundesverfassungsgericht*– que el Derecho Comunitario y el Derecho alemán no corporeizan ordenamientos jurídicos separados. Ambos ordenamientos están imbricados entre sí, están referidos y se influyen mutuamente y dependen uno de otro.

De ahí la estrecha combinación y que amplias áreas del Derecho nacional sólo conjuntamente con el Derecho Comunitario puedan llegar a desplegar plena eficacia. A la persistente permeación del Derecho nacional de los Estados-miembros por el Derecho Comunitario se corresponde una no menor influencia del Derecho nacional en aquél. Ello resulta evidente por ejemplo en los derechos fundamentales de la Comunidad, que *por vía pretoria (prätorisch)* ha desarrollado el Tribunal de Justicia como *principios generales del Derecho Comunitario* a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados-miembros⁵⁰. Otros principios y conceptos han sido incorporados de forma semejante al Derecho de la Comunidad; sin ir más lejos, el principio de proporcionalidad o de interdicción de desmesura, que debe su cuño y significado al Derecho Constitucional del *Bundesverfassungsgericht*. En tal sentido, bien puede decirse que en la asunción de las propias tareas intraestatales el *Bundesverfassungsgericht* concurre *en parte* al desarrollo del Derecho Comunitario.

La armonización de Derecho Europeo y Derecho nacional resultante de las recíprocas influencias da –indirectamente– lugar a una creciente aproximación de los ordenamientos jurídicos de los Estados-miembros, sin perjuicio de las peculia-

48. Planteando el tema a fondo, H. STEINBERGER, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, en *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 1326 ss.

49. J. SCHWARZE, Die europäische Dimension des Verfassungsrechts, en *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, pp. 1355 ss. en particular 1376 ss.

50. Exposición detallada en BVerfGE 73, 339 (378 ss.).

ridades que fundamentan la propia identidad. En el curso de la integración europea se está produciendo una creciente *concordancia* tanto del Derecho Europeo y del Derecho Constitucional nacional como del Derecho Constitucional del Estados-miembros, en las cuáles se anticipan rasgos de un Derecho Constitucional europeo común⁵¹.

No hay que temer que las Constituciones nacionales vayan a perder importancia en el curso de tal proceso, dado que el Derecho Europeo y el Derecho Constitucional de los Estados-miembros mantienen una relación de recíproca dependencia. La indispensabilidad de las Constituciones nacionales se aprecia con especial claridad, al contemplar la rudimentaria configuración de los principios democráticos en el régimen jurídico de la Unión. A causa de la orientación funcional de la Unión a los fines de un mercado común y de la Unión Monetaria, el principio democrático ha sido considerado hasta hoy como de menor relevancia. La existencia de la Unión descansa en el elemento democrático de la formación de voluntad por el pueblo o los Parlamentos en los Estados-miembros que fundan su legitimidad, y que resultan ser su base imprescindible.

Tales interrelaciones tienen gran importancia para la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*. La tarea fundamental del Tribunal de interpretar vinculantemente las líneas estructurales objetivas y de contenido de la *Grundgesetz* no es realizable sin tener en cuenta la dimensión europea del Derecho Constitucional, que ha devenido condición de la interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación constitucional, sencillamente la interpretación del Derecho, no puede ya por más tiempo orientarse aisladamente al Derecho nacional. Ha de considerar asimismo las soluciones de problemas iguales o semejantes en otros Estados constitucionales. Las mismas contienen estímulos, confirmaciones, variaciones o alternativas a las propias fórmulas nacionales de solución, invitando a la crítica y al debate. Pueden evidenciarse como ayudas importantes para una solución objetiva de problemas; en caso de ser traspuestas a otro ordenamiento jurídico contribuyen a la mencionada *concordancia*.

La consideración del *Derecho comparado* ha jugado un papel nada desdeñable en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, sobre todo en materia de derechos fundamentales –lo que no siempre se explicita en la argumentación de las sentencias. En todo caso, el Tribunal ha manifestado que, a la hora de interpretar la *Grundgesetz*, se habrá de tener en cuenta el contenido y desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos. De ahí el recurso a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como referencia a la hora de definir el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho de la *Grundgesetz*⁵².

51. P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, en *Europäische Rechtskultur*, 1994, especialmente pp. 37 ss.; M. HEINTZEN, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, *Europarecht* 1997, pp. 1 ss.

52. BVerfGE 74, 358 (370). Una referencia expresa a ponderaciones inspiradas por el Derecho comparado aparecen en el proceso constitucional de los *escaños en exceso* (*Überhandmandate*) en relación con la cláusula limitativa del 5% de votos en el territorio federal o de tres mandatos persona-

Lo propio cabe decir de la jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales europeos⁵³, que siguen a su vez atentamente la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* para recibir de ella inspiración. En este sentido, se registra una cierta cooperación al máximo nivel de la Jurisdicción europea, que va a tener un peso en adelante cada vez más decisivo.

La concordancia entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional de los Estados-miembros se evidencia así a nuestros ojos como labor y como tarea de las Jurisdicciones europea y de los Estados-miembros. Tal concierto es de extraordinaria importancia para lograr los fines de la Unión Europea. Cuanto más logremos establecer y mantener tal *concordancia* tanto menos estaremos expuestos a conflictos de principio que –a diferencia de los conflictos inevitables incluso necesarios en la vida de una comunidad– afecten a la existencia y fundamentos de la Unión, y puedan dar lugar a graves retrocesos.

les del § 6. (6), Ley electoral federal (*Bundeswahlgesetz*) (BVerfGE 95, 335 und 408). En este último caso, el *Bundesverfassungsgericht* solicitó un dictamen del *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, de Heidelberg.

Nota del Traductor: En la combinación de los votos contabilizados conforme al régimen proporcional y de los votos emitidos a tenor del régimen mayoritario puede producirse una asignación de *escaños en exceso* a un determinado partido. Dado que, de un lado, la mitad de los Diputados al Bundestag es elegida en circunscripciones electorales en términos mayoritarios y, de otro, los escaños en la Cámara Baja son asignados proporcionalmente a los votos obtenidos para las listas partidarias de *Land*, puede suceder que un Partido obtenga por mandatos personales en circunscripciones electorales un número superior de escaños al que le corresponde por razón de los votos obtenidos por su lista partidaria en los *Länder*. El fenómeno se conoce con el nombre de *Überhangmandate* (*escaños en exceso*).

53. La jurisprudencia norteamericana de la *Supreme Court* ha sido tenida en cuenta en numerosas ocasiones por el *Bundesverfassungsgericht*. Particularmente orientadora ha resultado sin duda en la jurisprudencia alemana sobre libertad de expresión.