

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN Y LOS DILEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS (*)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

La labor del Tribunal Constitucional alemán ha atraído desde siempre el interés de la doctrina española, dando lugar a relevantes contribuciones y, entre ellas, algunas referidas a las encrucijadas o momentos críticos a los que habría tenido que enfrentarse la jurisdicción constitucional en aquel país. El diagnóstico de las patologías sufridas por el recurso de queja como consecuencia de un uso desmesurado del mismo, y las terapias para resolverlas, vienen de inmediato a la cabeza, haciendo que el Tribunal alemán se nos aparezca como una suerte de laboratorio o espejo vital de experiencias ajenas que afectan de un modo profundo a la manera en que contemplamos las realidades propias. Nada tiene de llamativo que así sea, si consideramos la posición verdaderamente fundante de la jurisdicción constitucional germana en el modo de entender la defensa de la Constitución tras la Segunda Guerra Mundial, algo que bien puede presentarse como el feliz encuentro entre la tradición de una gran ciencia jurídica y la voluntad renovada de hacer efectivo el compromiso con la democracia.

Vaya por delante que quien esto escribe pertenece al grupo de quienes, dedicándose profesionalmente al Derecho Constitucional, carece de destreza lingüística para leer alemán. Un déficit formativo que sería inimaginable hace algunas décadas, se sobrelleva hoy como una rémora, aliviada por la pujanza incontrovertible del inglés como lengua global de la comunicación académica. Pero justamente la percepción de que ahí se localiza una de las muchas lagunas de conocimiento que uno no cesa de descubrir con el paso del tiempo, es lo

(*) Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2010.

que permite valorar con especial entusiasmo libros como el que es objeto de este comentario: una obra que ha sido escrita, nos dice su autora en las páginas introductorias, con la pretensión de analizar el sistema alemán «desde dentro» y tomando para ello como referencia exclusiva la bibliografía en lengua alemana. Así lo hace, en efecto: no hay en este libro fuente legal o jurisprudencial, ni cita de doctrina, que no sea alemana. Y, sin embargo, tras leerlo, se tiene la impresión de que la autora ha analizado problemas que no atañen tanto a debates jurídicos específicos de Alemania cuanto a cuestiones que hoy se han convertido en el centro neurálgico del constitucionalismo de los derechos; entre otras razones, porque la sedicente construcción de un constitucionalismo de ese género, a escala europea, está hecha de «lugares», «redes» y entrelazamientos en los que Alemania es (como antaño se decía en el mundo de las comunicaciones ferroviarias) uno de los más importantes nudos.

El libro desgrana su descripción de las cosas mediante una estructura de tres Capítulos que se corresponden con otros tantos niveles de análisis: uno para glosar el modo mediante el cual el Tribunal Constitucional alemán (TCA) consiguió con su jurisprudencia que los derechos pasaran a ser genuinamente fundamentales; otro para explicar el impacto que, sobre las pretensiones hegemónicas del TCA en materia interpretativa, ha originado la irrupción de nuevos actores de no menores ínfulas; y un tercero para describir un momento, el actual, en el que, como consecuencia de los factores analizados en cada uno de los dos capítulos anteriores, se abren ciertas incógnitas —encrucijadas— que arrojan dudas sobre la posibilidad misma de mantener ciertas pautas de comportamiento del TCA que hasta ahora se habían tenido por incólumes.

(I) Si en términos absolutos *Marbury* es el caso por antonomasia para entender el significado de la Constitución como norma jurídica, el caso *Lüth*, fallado por el TCA en 1958, lo es para captar las implicaciones de la Constitución como un orden objetivo de valores con efecto irradiante sobre la totalidad de las relaciones jurídicas. Acostumbrados como estamos al camino trillado de unos modos interpretativos que recrean la ilusión mecanicista por medio de la fragmentación del razonamiento en segmentos o «zonas» concatenadas de control —ámbito protegido por el derecho/injerencia en el derecho/opinión sobre la injerencia— tendemos a dar por descontado lo que, en su origen fue, antes que otra cosa, una reivindicación de status del juez constitucional. Que bajo la estela del compacto formado por la dignidad, junto con el libre desarrollo de la personalidad, como quintaesencia del orden valorativo, aquella reivindicación se convirtiera en exitosa, no tiene nada de indefectible. Al contrario, el regreso al origen de las cosas, que el libro recrea minuciosamente, nos permite asomarnos con mirada distanciada a unas polémicas que parecen tener como trasfondo

las admoniciones *kelsenianas* contra la exhuberancia de los valores y el poder insoportable de los jueces llamados a hacerlos operativos. Allí se nos aparecen alternativas y modos diversos de entender la Constitución y los derechos que bien podrían servir como prontuario de cuestiones a las que debería enfrentarse, y responder con luz y taquígrafos, todo aquel que aspire a ocupar plaza en el coto privilegiado de los intérpretes supremos. Y allí están también el origen de algunas de las más sólidas impugnaciones a la racionalidad de ciertos pasos de la operación interpretativa (la proporcionalidad *en sentido estricto*, por ejemplo) que acabarían por extenderse, con el paso de los años, entre sectores muy distinguidos de la doctrina jurídica.

(II) En aquellos momentos seminales del constitucionalismo refundado tras la guerra, podía haber argumentos muy sólidos para desconfiar del juez ordinario, de la Administración y, por supuesto, del legislador, pero no los había para que la mancha de la sospecha afectara a la jurisdicción constitucional. Por eso los celos ocasionales de la academia no frenaron el curso creciente del influjo del TCA sobre el conjunto de la experiencia jurídica. Unas tareas tan titánicas, asegurar el efecto irradiante de los derechos, e impregnar de Constitución el conjunto del ordenamiento, exigían, por lo demás, todo el prestigio (y los recursos) de los que el Tribunal se benefició durante sus primeras tres décadas de vida. Pero, a partir de ahí, el libro de González Pascual va recreando ante el lector las circunstancias en las que las virtudes del *Areópago constitucional* (Böckenförde) tienden a generar patologías que afectan de lleno a la sostenibilidad del sistema. Están, en primer lugar, los desajustes con respecto al juez ordinario. Incorporada la vinculación del juez a la ley, por obra del TCA, al repositorio de los derechos fundamentales, no hay caso o controversia cuya dimensión constitucional, natural o impostada, no actúe como acicate para tentar el último remedio. Frente a la tenacidad de los litigantes comprometidos en la lucha por el derecho, más allá del cálculo o de la racionalidad misma de las expectativas, la objetivación del amparo se convierte así en una especie de grial constitucional, perseguido en Alemania con reformas legislativas y construcciones («derecho constitucional *específico*») y admoniciones jurisprudenciales que a duras penas han llegado a cumplir los propósitos disuasorios que las alumbraron. Y están también, incidiendo de manera espectacular sobre la posición del TCA, las tensiones derivadas de las divergencias interpretativas entre este y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En materia de limitaciones de los derechos, la propensión del TCA a generar categorías dogmáticas con pretensiones de validez estructural para la decisión de casos futuros (que es lo opuesto al minimalismo judicial que ciertos autores propugnan como guía de conducta) ha estado en el trasfondo de ciertos choques espectaculares entre ambos tribunales.

El libro trae a colación la saga de casos *Carolina de Mónaco*, formada, como es sabido, por sendas decisiones del TCA (de 1999 y 2008) mediadas por una del TEDH de 2004. Como bien se explica en el libro, en ese lapso de tiempo y tomando como indicio las tres sentencias a las que nos acabamos de referir, más otra del propio TCA de 2004 (caso *Görgülü*), se habría consumado el tránsito desde el entendimiento «nacional» del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con su fragilidad inherente a un rango que no le inmuniza frente a la ley posterior, hasta el reconocimiento de las implicaciones del espacio europeo de los derechos y, entre ellas, dos que son verdaderamente capitales: la de que el legislador debe comprometerse en remediar los vacíos legales que dificulten un adecuado cumplimiento de las sentencias del TEDH, y la de que pesa sobre los tribunales alemanes el deber de tomar en consideración la jurisprudencia del TEDH, interpretando el ordenamiento en conformidad con ella. Esta apertura hacia el aprendizaje y la retroalimentación de los *outputs de Estrasburgo* pudiera parecer contradictoria con la obsesión del TCA por trazar los márgenes del empeño integrador europeo. Pero esto es solo una impresión superficial. Uno de los muchos méritos del libro es situar esa buena disposición hacia la pluralidad, e incluso la supremacía del TEDH, en la perspectiva de los «frenazos» impuestos a la jurisprudencia del TJ (*Pupino*), a propósito de la Orden Europea de Detención y Entrega y, por supuesto, las «líneas rojas» de la Sentencia sobre el Tratado de Lisboa. Aquellas ductilidades explican y justifican estas intransigencias, porque, a la postre (como indica literalmente la autora) «por más que la cooperación se haya convertido en una especie de *ábrete sésamo* capaz de resolver los conflictos entre jurisdicciones, [...] las competencias deben preceder a la cooperación, no al contrario» (pág. 151).

(III) La cuestión del diálogo entre jurisdicciones ha entrado de lleno a formar parte del repertorio de tópicos del Derecho Constitucional del siglo XXI. Que ello sea indicio de la pujanza transnacional de los derechos (en un incipiente constitucionalismo mundial), o un mero subproducto de la(s) globalización(es), un punto banal y sin mayor trascendencia, es más discutible. Pero en ello estamos, también en un escenario como el de la Unión, en el que el diálogo de los tribunales, constitucional (o su equivalente), Tribunal de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cobra una dimensión multi-usos: encubre déficits de decisión y aligera expectativas, incluso en la hora en la que se discute el cómo de la adhesión de la UE al CEDH prevista en el Tratado de Lisboa. La imagen de un último *saying*, definitivo (y desentendido), parece estar desvaneciéndose, y con ello se resiente la posición de órganos que, como el TCA, han sido determinantes para la construcción de *la* dogmática de los derechos fundamentales. Pero no es solo el hecho de que haya que compartir protagonismos.

La obra que comentamos sintetiza muy bien las posiciones de quienes localizan el problema en la propia *dogmática*. Las dudas se refieren a la capacidad de los pilares sobre los que hasta ahora se ha asentado el sistema (dignidad y libre desarrollo de la personalidad, en lo sustantivo, y proporcionalidad como canon de la injerencia, en lo procedimental) para soportar la presión que ejerce la irrupción de problemas nuevos. La autora cita varios ejemplos de tales problemas *nuevos*, en el sentido de difíciles de ser reconducidos a la ficción de que la Constitución tiene para ellos una respuesta *in nuce* y al alcance de las técnicas de interpretación consolidadas en la práctica del TCA, pero se centra sobre todo en el problema que hoy representa la amenaza terrorista. La cuestión es que toda la laboriosa construcción del TCA, uno de cuyos presupuestos es tratar la dignidad de la persona como un absoluto, en el sentido de no disponible para operaciones ponderativas, y la apuesta por la libertad como un *príus* constitucional que trasciende el ámbito de lo normado, aparece sujeta a la presión de quienes aspiran a dar empaque teórico a un derecho a la seguridad. Tal derecho-presupuesto, derecho-implícito, o bien constitucional, vendría a plasmarse en el derecho a la vida y a la integridad física de las potenciales víctimas de los atentados terroristas, ensanchando el marco de justificación de ciertas injerencias públicas en la esfera de la libertad hasta el punto de hacer innecesario el escrutinio relativo a la adecuación y proporcionalidad de las mismas. Es verdad que el TCA no se ha mostrado dispuesto hasta el momento a realizar un cambio de rumbo de tanto calado. Su sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea, o las dictadas a propósito del «peinado» de archivos, el cotejo de matrículas, o la inviolabilidad de los soportes de las comunicaciones informáticas, que se glosan en el libro, podrían suscribir la frase de Isensee que la autora trae a colación: «el ciudadano tiene derecho a ser libre mediante la seguridad, pero no a ser libre del miedo; no puede reclamar protección frente a su propia histeria».

Los asaltos doctrinales contra los supuestos excesos de un Tribunal sin cuyas contribuciones cuesta siquiera imaginar cómo pondríamos en pie un sistema de defensa de los derechos fundamentales, esto es, una técnica jurídica comprometida con la libertad, son el reflejo de los más variados descontentos y sus correspondientes aspiraciones. A veces traslucen una nostálgica apelación a la seguridad jurídica que parece extraída del mundo de ayer. A esa línea creo que pertenecen los dardos que se dirigen contra la teoría de los tres pasos y, especialmente, contra el juicio de proporcionalidad. Pero dista de ser claro que avanzar en la delimitación de cuál sea el ámbito protegido por cada uno de los derechos, que es la línea por la que discurre la jurisprudencia más reciente de la Sala I del TCA, sea un factor que incremente de por sí la seguridad jurídica. Lo que sí es, desde luego, es una llamada a las «ramas políticas» para que no

se dejen seducir por la tentación del abandono de sus responsabilidades por la vía de las estrategias elusivas y los silencios. El libro de González Pascual contiene toda la información que necesitamos para reflexionar sobre ese y otros muchos aspectos de la suerte actual de los derechos en las coyunturas alemana y europea.