

MANUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ALEMANIA Y EUROPA (1)

RICARDO GARCÍA MACHO

Acaba de ser publicado el tomo primero del *Manual de los derechos fundamentales en Alemania y Europa* con la programación de los editores de que sean nueve los tomos que se publiquen. Se trata, por tanto, de un plan ambicioso que de manera sistemática y en profundidad va a ocuparse de la perspectiva teórica y práctica de los derechos fundamentales en Alemania, en el plano europeo e internacional, además de en los demás países europeos. Existe una tradición en la doctrina alemana de este tipo de trabajos, pues ya entre los años 1954 hasta 1967 se publicaron seis tomos sobre el tema. Esta metodología de trabajo ofrece al lector un estado de la cuestión de los derechos fundamentales muy completo, lo cual facilita enormemente la tarea científica de la doctrina, por lo que debe felicitarse calurosamente a los profesores D. Merten, Catedrático de Derecho Público en la Escuela Superior de Administración Pública de Spira, y H.-J. Papier, Catedrático de Derecho Público en la Universidad de Munich y Presidente del Tribunal Constitucional Federal, impulsores de esta idea. Por lo que se refiere a este primer tomo se divide en dos partes, haciendo la primera (A) referencia al desarrollo de los derechos fundamentales, y la segunda (B) a sus fundamentos, todo ello recogido en 24 trabajos de otros tantos profesores.

A) En esta primera parte deben destacarse dos grandes subdivisiones: una que se ocupa de las concepciones que están en el origen de los derechos fundamentales, y otra que se refiere a las corrientes de pensamiento que han insuflado vida a esos derechos.

(1) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, edición de Merten/Papier; tomo I, ed. C. F. Müller, Heidelberg, 2004.

1. Cuando se menciona la primera y se indaga sobre las raíces de los derechos del hombre y fundamentales, si bien es cierto que se pueden encontrar algunos precedentes de ellos en el Derecho natural, en las doctrinas cristianas y en las teorías filosóficas, falta, sin embargo, su reconocimiento en el Derecho positivo, de tal manera que esos componentes constituirán más tarde la base de los catálogos de los derechos del hombre y del ciudadano, pero en esa época (siglos xv y xvi) no son otra cosa que límites al poder absoluto (págs. 6 y sigs., K. Stern). Solamente con el siglo xviii cristalizan en catálogos de derechos, declaraciones y constituciones, en el sentido que se entiende hoy en día, de tal manera que los derechos fundamentales únicamente se constituyen en el núcleo básico de las Constituciones, cuando se promulgan las Constituciones de América y en la Declaración francesa de derechos fundamentales. En el plano internacional hasta después de la Primera Guerra Mundial las aportaciones son muy reducidas, con la excepción de Francisco de Vitoria o Hugo Grotius, que proponen un trato humano de los indios durante la conquista de América por españoles y portugueses, lo cual no siempre fue así. Después de la Primera Gran Guerra empieza a abrirse camino la idea de la protección de los derechos humanos en el plano internacional, pero es solamente después de 1945, y también como consecuencia de lo ocurrido entre 1939-1945, cuando se instituye la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945 con derechos humanos y libertades fundamentales, así como la Declaración General de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. En el plano europeo ya es conocido como en 1949 se crea el Consejo de Europa e inmediatamente el 3 de noviembre de 1950 la Convención para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Posteriormente, se ha ido mejorando la protección de los derechos fundamentales con la creación del Tribunal Europeo de derechos humanos, y más tarde la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del 2000, que, aunque no ha sido integrada formalmente en los Tratados fundacionales, tiene, sin embargo, una gran importancia práctica. También desde la perspectiva del Estado social debe mencionarse la Carta social europea de 18 de octubre de 1961, en la que se introducen derechos fundamentales sociales. Existe una tendencia en los últimos años a la protección de los derechos humanos en el plano internacional tanto a nivel global como regional, cuya vocación última es la universalización de los derechos humanos basado en la dignidad de la persona (arts. 1.1 LF y 10 CE) (págs. 41 y sigs., K. Stern).

El «Manual de los Derechos Fundamentales en Alemania y Europa» a través de diversos artículos de los profesores T. Würtenberger (págs. 49-96), J.-D. Kühne (págs. 97-152), H. Dreier (págs. 153-199) y E. Klein (págs. 201-268) realiza un muy sólido desarrollo de los derechos fundamentales desde la Ilustración hasta nuestros días, incluida la época entre las dos guerras mundiales,

que es un tiempo especialmente conflictivo en Alemania. Parece evidente que después de la Segunda Gran Guerra hasta nuestros días se ha producido una expansión de la positivización de los derechos fundamentales en diversos ámbitos jurídicos, lo cual plantea algunos problemas para su interpretación. En efecto, cuanto más se amplían los bienes jurídicos que van a ser protegidos, más inseguridad se suscita respecto a los límites de los derechos fundamentales, con lo que la ponderación entre bienes que entran en conflicto se dificulta, y la consiguiente autonomía de decisión de quien concreta los derechos fundamentales aumenta. Ello implica que aumentan las posibilidades de interpretación de los jueces, con lo que se pasa de un Estado legislador de tipo parlamentario, a uno de tipo judicial, en el que se establece un equilibrio cambiante entre el legislador y la jurisprudencia (págs. 306 y sigs., H. H. Klein). En un Manual del tipo que comentamos las interacciones entre la Ley Fundamental y otras Constituciones era una aportación obligada, que lleva a cabo P. Häberle (págs. 313 y sigs.), autor conocido y muy apreciado por la doctrina española. Destaca éste el peso e «irradiación» que la Ley Fundamental ha tenido sobre otras Constituciones, sin ir más lejos la española, pero asimismo la influencia que aquélla ha recibido de otros Textos constitucionales, por ejemplo la Constitución americana, y por lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea la influencia de la Ley Fundamental se relativiza, pues es sólo una pieza de la Constitución. Señala también Häberle que la influencia mutua entre las diversas constituciones, no sólo europeas, se manifiesta en la nueva Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

2. Dentro de las corrientes de pensamiento que han inculcado vida a los derechos fundamentales destacan algunas, que muy brevemente serán aludidas. Desde luego las Iglesias católica y protestante, visto desde la perspectiva de Occidente, han tenido una influencia importante en el desarrollo de los derechos fundamentales, aunque no siempre positiva. En efecto, la Iglesia católica no defiende un programa político, pero en su momento se mostró crítica frente al liberalismo y el sistema democrático, poniéndose en contra de la Asamblea nacional en la época de la Revolución francesa, y de algunos de los principios defendidos en aquélla como la libertad, igualdad e incluso la libertad religiosa (págs. 356 y sigs., H. Schambeck). Esta tendencia posteriormente cambió, pero hay luces y sombras en la defensa de los derechos fundamentales por parte de la Iglesia católica, siendo en el caso de la historia de la Iglesia española las sombras muy acentuadas. En el caso de la Iglesia protestante los derechos humanos están en el centro de la ética del protestantismo. No obstante, la Iglesia anglicana y también en el caso de los países de habla alemana donde dominaba la Iglesia protestante eran las religiones reconocidas estatalmente,

por lo que al estar en el poder se opusieron en ciertas épocas a los derechos del hombre y del ciudadano, que significaban limitaciones y defensa frente al poder del Estado (pág. 397, G. Robbers).

También el liberalismo, conservadurismo y socialismo han tenido un significado en el desarrollo de los derechos fundamentales, y es por ello, que su influencia ha sido estudiada por diversos autores en este primer tomo del «Manual de los Derechos Fundamentales en Alemania y Europa». Respecto al liberalismo como doctrina sitúa al hombre como persona e individuo en el centro de todas las cosas y punto de partida en la conformación de la sociedad. En ese contexto el hombre es un ser que necesita un espacio de desarrollo individual, y al mismo tiempo participa activamente en la vida política. La libertad juega un papel de primer orden en el desarrollo de ese individuo, produciéndose una superación del absolutismo y la creación de un Estado constitucional, en el que los derechos fundamentales son imprescindibles en la existencia de la Constitución. El derecho de sufragio, a participar en los asuntos públicos y de control del presupuesto van unidos al parlamentarismo, y desde luego a la lucha en la consecución de los derechos fundamentales (págs. 422 y sigs., E. Schmidt-Jortzig). El liberalismo es la doctrina que ha desarrollado los derechos de libertad, como defensa del individuo frente a las intervenciones del Estado; es decir, ha desarrollado la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales. El conservadurismo juega también un papel en el desarrollo de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que se produce ese movimiento como reacción frente a las ideas de la Revolución francesa y de la Ilustración, jugando un papel de gran importancia como movimiento a lo largo del siglo XIX, y posteriormente también hasta nuestros días. El contenido de la libertad para los conservadores está definido por la idea de orden, tradición, estabilidad, el reconocimiento de las desigualdades sociales, la familia, y la unión entre el Estado y la Iglesia, partiendo de una legitimidad religiosa del poder estatal (págs. 451 y sigs., O. Depenheuer). Los derechos fundamentales en este contexto se entienden como derechos-obligaciones, hay que diferenciar entre una «auténtica» libertad y una «falsa», además del dato de la existencia de una conformación jerárquica de la sociedad y el mantenimiento de ese «statu quo», que es objetivo principal del Estado. También es objeto de análisis los derechos fundamentales y el socialismo en un capítulo, distinto de otro que estudia la teoría de los derechos fundamentales en el marxismo-leninismo (págs. 523-562, G. Brunner). Marx apenas se ocupa de los derechos fundamentales si se exceptúa en su obra «La cuestión judía». El modelo liberal-burgués es criticado por las teorías socialistas en cuanto sólo hace referencia al ámbito individual desde una perspectiva «egoísta», que separa al hombre de otros hombres y de la comunidad. Algunas otras críticas se dirigen a la esfera

formal que caracteriza a los derechos fundamentales, así como a la desigualdad que engendran, cuando aquéllos son vistos como derechos de una determinada clase, que es la que disfruta de ellos (págs. 488 y sigs., U. Volkman). Esta no es, sin embargo, la única perspectiva desde la que se pueden percibir los derechos fundamentales de libertad o «clásicos», puesto que sus garantías se extienden a cualquier ciudadano. Sin embargo, su perspectiva social es también importante, precisamente como medio de garantizar el disfrute a todos de esos derechos de libertad. Es, por ello, que en las Constituciones han sido acogidos los derechos de asociación y de huelga, entre otros, además de derechos fundamentales sociales, debido, eso sí, al esfuerzo de los movimientos obreros y el socialismo democrático. Estas ideas hoy en día están en transformación, pues el socialismo democrático se encuentra en una encrucijada, y, por otra parte, influyen, y mucho, la globalización, y la cada vez mayor perspectiva económica con la que se percibe el desarrollo de la sociedad.

B) La segunda parte de este primer tomo se ocupa de los fundamentos que sustentan los derechos fundamentales, con tres subdivisiones a su vez, ocupándose la primera del método e interpretación, la segunda de la estructura, y la tercera de los presupuestos, condiciones de seguridad y materialización de los derechos fundamentales. Muy brevemente se comentará cada una de esas partes.

1. Dentro de la primera subdivisión sobre método e interpretación destaca el trabajo de F. Ossenbühl sobre «Principios básicos de la interpretación de los derechos fundamentales», en el que se señala que en la interpretación y concreción de los derechos fundamentales juega un papel el principio del entendimiento de la Constitución como una unidad, que se aplica a la Constitución como un todo, y en particular a los derechos fundamentales. La unidad de la Constitución no significa que ésta deba ser interpretada como un ámbito sin conflictos, sino que ese principio sirve para encontrar la armonía y acomodación de esos conflictos. Es decir, el principio de unidad de la Constitución es una directriz de interpretación, cuya función consiste en encontrar una salida a las situaciones conflictivas que se dan en la Ley Fundamental y aportar una concordancia a las partes en conflicto. Es destacado por Ossenbühl (págs. 606 y sigs.) como la parte organizatoria de la Constitución tiene una influencia sobre la parte dogmática, o sea sobre los derechos fundamentales, partiendo del efecto directo que tiene la Constitución. Asimismo, la efectividad de los derechos fundamentales ha jugado un papel importante en su expansión más allá del sentido de éstos como libertad frente al Estado. Dentro de estos principios de interpretación de los derechos fundamentales la ponderación de bienes (*Güterabwägung*) tiene una gran trascendencia, dado que en caso de situaciones de conflicto encauza las soluciones, especialmente cuando aquéllos son entendi-

dos en una esfera de decisiones valorativas objetivas. La interpretación de los derechos fundamentales implica la existencia de una teoría de los derechos fundamentales, o mejor dicho teorías que E.-W. Böckenförde ha dividido en cinco: la liberal, la institucional, la teoría valorativa, la funcional-democrática y la de los derechos sociales. Todas estas teorías son desarrolladas por Ossenhühl (págs. 617 y sigs.), otorgando sobre esta base a los derechos fundamentales funciones y dimensiones diferentes. Por otra parte, estas teorías ofrecen resultados diversos en la interpretación de los derechos fundamentales.

Un segundo trabajo en esta primera subdivisión de K.-P. Sommermann se ocupa de «Funciones y métodos en el Derecho comparado de los derechos fundamentales», destacando que el método comparatista es casi tan antiguo como los primeros catálogos de derechos fundamentales, de tal manera que el análisis de los derechos fundamentales de otros países tiene unas raíces muy lejanas. Resalta Sommermann (págs. 632 y sigs.) que el método de comparación de los derechos fundamentales es una parte del de comparación de las Constituciones, haciendo asimismo hincapié en la importancia que tiene incluir en este método comparatista la esfera internacional y supranacional, para lo cual pone como ejemplo la Convención Europea de los Derechos Humanos, lo cual demuestra que la comparación en los derechos fundamentales no puede limitarse a la esfera nacional. Menciona también Sommermann que el método de comparación de los derechos fundamentales es útil para la Teoría del Estado y Constitucional, como asimismo para la interpretación y concreción de los derechos fundamentales. Finalmente, destacaría dentro del muy buen trabajo de Sommermann el estudio de los métodos del sistema de comparación de los derechos fundamentales (págs. 659 y sigs.), señalando que hay un pluralismo de métodos que dependen de los fines que con el método comparatista se quiere obtener, si bien hay unas normas básicas que hay que respetar cuando se utiliza este método.

2. Por lo que se refiere a la estructura de los derechos fundamentales de los cuatro trabajos que allí se acogen se hará referencia a dos. El primero de H.-P. Schneider se ocupa de «Derechos fundamentales y directivas constitucionales», y en él se pone de manifiesto que una de las tareas de la Constitución es dirigir la política, en el sentido de que las Constituciones en un Estado planificador y de prestación aseguran la libertad e igualdad del individuo a través de los derechos fundamentales. Es decir, éstos establecen unas condiciones fácticas que garantizan el uso de los derechos fundamentales; dicho paladinamente, si no se dispone de vivienda, sirve de bien poco la inviolabilidad de domicilio. Las directivas constitucionales son un elemento esencial en el debate sobre la configuración política, y fue P. Lerche quien se refirió a ellas de manera pio-

nera. Alguno de los elementos que caracterizan a las directivas constitucionales sería que constituyen un elemento de integración, por lo que deben tener carácter vinculante para los poderes públicos (págs. 713 y sigs.). Asimismo, aquéllas tienen como objetivo la actualización y concretización del Derecho Constitucional, adaptándolo a las condiciones sociales cambiantes del momento histórico, o bien también las directivas constitucionales deben constituir una permanente exigencia para que el Estado haga una política social. Schneider destaca que algunos derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental son también directivas constitucionales, así por ejemplo el reconocimiento a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que a los hijos dentro del matrimonio (art. 6.59), o bien la igualdad de derechos de los hombres y mujeres y el impulso de la eliminación de las desventajas existentes (art. 3.2).

El otro artículo es de P. Badura sobre «Derechos fundamentales como ordenamiento para el Estado y la sociedad», que trata un tema de gran interés, puesto que examina los derechos fundamentales desde la perspectiva, no sólo de conformación del Estado, como lo había hecho la anterior doctrina, sino también de la sociedad. La Constitución es el fundamento del ordenamiento jurídico, y en cuanto tal es una garantía de aplicación del derecho. En la actualidad, el Estado constitucional no sólo garantiza la libertad en el sentido de defensa del individuo frente a aquél, sino que establece las condiciones jurídicas necesarias para que esto sea así; es decir, los derechos fundamentales se perciben desde la perspectiva subjetiva, pero también desde la objetiva. El punto de vista de garantía de la libertad presupone una separación entre el Estado y la sociedad, necesaria para el mantenimiento de un Estado democrático, que parte de la libertad individual y la autonomía de la sociedad. La autonomía del individuo tiene como consecuencia, mantiene Badura (págs. 800 y sigs.), que las normas jurídico-privadas deben respetar los derechos fundamentales, de tal manera que éstos tienen efectos en la interpretación de las cláusulas generales del Derecho civil. Por otra parte, destaca aquél que los derechos de libertad y propiedad son una garantía y seguridad para la autonomía privada, de tal manera que la libertad contractual asegura la autodeterminación individual, y aquélla no es una esfera en la que el legislador pueda intervenir de manera discrecional.

3. La tercera y última subdivisión de esta segunda parte se ocupa de los presupuestos, seguridad y materialización de los derechos fundamentales. En este contexto debe comentarse por su interés el trabajo de P. Kirchhof, «Contenido y presupuestos de los derechos fundamentales», en el que se destaca una tesis ya planteada anteriormente por otros autores de este Manual: que son ne-

cesarios unos presupuestos materiales previos para el disfrute de ciertos derechos fundamentales (págs. 811 y sigs.). Así, el puesto de trabajo es presupuesto del ejercicio de la libre elección de profesión, o la vivienda lo es de la inviolabilidad de domicilio, lo cual nos lleva a la efectividad del derecho y a los derechos de prestación. Estos, por su parte, dependen en su concreción y materialización de la capacidad financiera, o sea de los medios económicos de los que dispone ese Estado concreto, lo que nos lleva a su vinculación a los impuestos, puesto que una parte importante de los factores de producción (capital y trabajo) está en manos de personas privadas.

Además de este trabajo del Prof. P. Kirchhof destacaría el de J. Kokott (págs. 855 y sigs.) sobre los límites de los derechos fundamentales, en el que se estudia la reserva de ley, el contenido esencial de los derechos fundamentales al hilo del artículo 19.2 Ley Fundamental, las colisiones entre éstos, o bien las relaciones de especial sujeción (*status especiales*). Se trata de temas de gran interés en el ámbito del objeto de estudio de este Manual, pero en los que no es posible entrar en detalle.

Para terminar, debe señalarse que este primer Tomo del Manual, como se puede extraer de la breve reseña realizada, está poniendo las bases dogmáticas del posterior desarrollo de la ambiciosa obra que está en marcha, por lo que era importante llegar a buen puerto en este primer objetivo, y esto, en mi opinión, está de manera brillante conseguido. En efecto, cualquiera de los trabajos recogidos ofrece un estado de la cuestión del tema objeto de estudio, y además pergeña nuevas vías por las que poder navegar en el futuro. Por otra parte, cuando la obra haya sido publicada en su totalidad será de consulta obligada, al menos como punto de partida, para el conocimiento de prácticamente cualquier tema referente a los derechos fundamentales. Por todo ello, hay que reiterar la felicitación a los editores (*Merten/Papier*) y a todos los autores que participan en este emprendedor y útil proyecto.