

La interpretación doctrinal y judicial de la Constitución alemana*

Rubén SÁNCHEZ GIL

I. CONCEPCIONES CONSTITUCIONALES

La Ley Fundamental para la República Federal de Alemania no fue la primera Constitución de la segunda posguerra del siglo XX, pero es considerada “revolucionaria” por haber operado, de la mano de la jurisprudencia de su tribunal especializado, un importante cambio de paradigma en el derecho constitucional y por consecuencia en todo el ordenamiento jurídico.¹ Intentaremos explicar suficientemente en qué consiste esta transformación.

Formada a muy grandes rasgos por la idea revolucionaria francesa de la asamblea parlamentaria soberana y el *Rechtsstaat* alemán clásico que confiaba en la ley dictada por el Estado soberano, la más ortodoxa teoría europea continental entendió la Constitución como un mero *programa político*, no como una norma jurídica que pudiera ser invocada ante los tribunales, de la que derivaran derechos y obligaciones jurídicamente exigibles; y cuyo cumplimiento y desarrollo quedaba en todo caso completamente en manos del legislador.² Por supuesto, esta concepción excluía una jurisdicción constitucional encargada de hacer cumplir las disposiciones

* El presente trabajo forma parte de una investigación más amplia, aún en proceso: *El legado del caso “Lüth”. Los valores constitucionales en la realidad jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fundación Konrad Adenauer.

¹ Cfr. Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *“Rule of law” o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 35, 61 y 71.

² Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, pp. 114-115, 141 y 143-144; y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp. 25 y 53. Es preciso tener cuidado en el uso de la expresión “Estado de derecho” y su referencia al *Rechtsstaat* alemán o el *État de droit* francés, pues éstos se distinguen por matices que pueden ser importantes; véase Rosenfeld, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho-Oxford University Press, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, pp. 642-643 (trad. nuestra: “El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 8, julio-diciembre de 2007, pp. 241-282).

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

constitucionales, y con ello éstas perdían en la práctica todo carácter normativo; Kelsen advirtió de lo anterior diciendo que una Constitución carente de procedimientos que anulasen los actos que le fueran contrarios, “no es plenamente obligatoria en su sentido técnico” sino un “deseo sin fuerza”.³ El elevado grado de abstracción de las “fórmulas equívocas” constitucionales impedía ver en ellas auténticos “elementos jurídicos” que pudieran ser objeto del tradicional método de subsunción lógica, porque se carece de absoluta certeza sobre su contenido;⁴ y aun el mismo creador del control concentrado de constitucionalidad afirmó que su sistema sólo daría resultado si la Constitución fuera en sentido formal un verdadero documento “jurídico” que permita el uso de la subsunción, observándose que las normas constitucionales “no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc.”.⁵

Por el otro lado, la Constitución norteamericana claramente tendió desde un principio a *limitar jurídicamente* el poder estatal y del legislador en especial a través de normas que no pudiera transgredirse, dado que bajo determinadas condiciones sus actos podrían ser invalidados por los tribunales.⁶ A decir verdad, la fuerza normativa de la Constitución norteamericana y el poder de la *judicial review* no fueron tan extensos como hoy: inicialmente también se consideró que correspondía al legislador desarrollar y dar eficacia a las disposiciones constitucionales, y el control jurisdiccional se veía limitado a ejercerse sólo en casos “claros” y “evidentes”.⁷

El constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo pasado buscó superar la opción por alguna de estas dos tradiciones, y para ello las amalgamó en un justo y delicado equilibrio, al menos teóricamente hablando: la Constitución no sólo es un “orden marco” que establece límites y deberes de abstención al legislador, sino también uno “fundamental” que contiene normas directivas para cumplir ciertos fines, que imponen obligaciones positivas al Estado y norman toda la vida social como un *ethos* cultural juridizado.⁸ Esta amalgama no se reduce al nivel

³ *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 95.

⁴ Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, 4a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, pp. 44 y 48.

⁵ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999, p. 33.

⁶ *Cfr.* Fioravanti, *op. cit.*, nota 2, pp. 104 y 120.

⁷ *Cfr.* Da Silva, José Afonso, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*, México, trad. de Nuria González Martín, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 73; y Wolfe, Christopher, *From constitutional interpretation to judicial activism. The transformation of judicial review in America*, Washington, The Heritage Foundation, First Principles Series (núm. 2), 3 de marzo de 2006, pp. 2-4.

⁸ *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 109-110; Sastre Ariza, Santiago, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, p. 240; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

superficial de las fórmulas de los textos constitucionales, también implica al menos la aproximación entre concepciones del derecho —en general y no sólo el constitucional—, y los procedimientos y tareas de los operadores jurídicos derivados de ellas, que disuelven viejas dicotomías como la de *rule of law-Rechtsstaat* o la de *judicial review* (difuso norteamericano)-*Verfassungsgerichtsbarkeit* (concentrado kelseniano).⁹

Para Zagrebelsky son dos las “novedades fundamentales” que dan lugar a esta última concepción, y con ella a una transfiguración esencial del paradigma constitucional europeo:¹⁰ (1) la “separación de los derechos respecto de la ley”, es decir el abandono de la idea de que aquéllos tenían la extensión (residual) que el legislador les permitiera, por el afinamiento positivo de los derechos en la Constitución; y (2) la inclusión de “principios de justicia material *destinados* a informar todo el ordenamiento jurídico”.¹¹ Por estas características, el orden constitucional no es sólo un mero “catálogo de límites” que restringen la actividad del legislador y demás órganos estatales, y aunque es cierto que sus prohibiciones siguen fundando deberes omisivos del Estado, no sólo hacen esto sino también le imponen la obligación de realizar actos positivos tendientes a determinados fines. Pero sobre todo éstos tienen cierta dirección necesariamente ética, de “justicia material”,¹² establecida por determinados puntos de orientación integrantes de un conjunto total constitucional que construye la unidad estatal y da forma a la vida de la comunidad (*Gemeinwesen*), porque refleja principios que comparten sus integrantes porque les representan el “bien común” que refleja los *valores objetivos* que dirigen su convivencia política.¹³ Estos “valores” son “convicciones éticas” que dan identidad y configuran el esquema

2, pp. 51 y 58-60; Fioravanti, *op. cit.*, nota 2, pp. 163-164; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 11; y Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982, p. 19.

⁹ Véanse Pereira Menaut, *op. cit.*, nota 1, p. 97; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 26; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 2, *passim*; y Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 129 y ss.

¹⁰ Por sus antecedentes iusnaturalistas, el derecho norteamericano y el *rule of law* en que se inserta son más cercanos a estas variaciones, aunque su concepción constitucional no se identifique con la europea contemporánea.

¹¹ *Cfr. op. cit.*, nota 2, pp. 41, 47-68 y 93-106.

¹² Porque indefectiblemente “existe una ética implícita en todo discurso político”. *Cfr.* Villoro, Luis, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, México, FCE-El Colegio Nacional, 2006, pp. 74-76; y Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 138.

¹³ *Cfr.* Hesse, *op. cit.*, nota 8, pp. 12-13 y 27; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 31; Aragón, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 120; Isensee, Josef, “Verfassungsrecht als

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

político constitucional; pero su “eticidad” es en sentido estricto y no debe confundirse con la mera “moralidad”: aquélla se basa en una argumentación racional y no responde necesariamente a ideologías particulares sino al interés general.¹⁴

Por lo anterior, el contenido de la Constitución es de alguna manera un “proyecto político” en clave de principios y características fundamental y normativamente esbozados, que busca legitimar y racionalizar el ejercicio del poder político y por lo mismo también importa límites que previenen su abuso.¹⁵ No se trata de un “programa político” específico y de índole utópica, cuya realización se agotaría al alcanzarse un determinado “estado de cosas” ideal, sino un esquema político *definido normativamente* mediante principios a cumplir y fines a lograr permanentemente durante el curso histórico; esto es lo que distingue la racionalidad normativa y la axiológica en particular. Los valores constitucionales y las normas jurídicas a que específicamente dan lugar sí representan un “deber ser”, pero “[l]a postura ética sólo puede mantenerse si el orden de valores proyectado opera como una idea regulativa de la acción política, que nunca puede cumplirse cabalmente, que *no se agota en ninguna situación*”; muy por el contrario, su carácter normativo los destina a ser continuamente “realizados en bienes sociales concretos”, en toda situación en que adquieran relevancia, porque consisten en exigencias normativas a la conducta humana que si no son cumplidas se vuelven “letra muerta” y carecen de eficacia, y que no llegan a consumarse en ningún caso.¹⁶

La diferencia más notoria de esta concepción respecto a la tradicional europea continental, es que ya no se trata de un “programa” o “proyecto” abandonado a la voluntad del legislador o la administración, y por tanto carente de “plena obligatoriedad en sentido técnico” como dijo Kelsen. La desconfianza que se tuvo a los órganos políticos de los otrora Estados totalitarios luego de la segunda guerra mundial —y lo mismo aplicaría para el fin de regímenes similares o de otra índole autoritaria—, produjo la necesidad de asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales y que se atribuyera a tribunales especializados la facultad de invalidar los actos estatales que les sean contrarios, los del legislador inclusive.¹⁷

A nuestro modo de ver, aparte de la modalidad del control jurisdiccional —que en realidad es

‘politisches Recht’”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, t. VII, pp. 122-124; y Villoro, *op. cit.*, nota 12, pp. 80-84 y 229 y ss.

¹⁴ Cfr. Häberle, Peter, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Friburgo-Múnich, Alber, 1981, p. 20; y Villoro, *op. cit.*, nota 12, pp. 175, 231 y 233.

¹⁵ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 8, pp. 13-14.

¹⁶ *Ibidem*, p. 16; y Villoro, *op. cit.*, nota 12, pp. 243-248 (cursivas añadidas al texto transcrito).

¹⁷ Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 65; Favoreu, Louis, *Les cours constitutionnelles*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 11.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

algo contingente—, la diferencia primordial del actual modelo europeo continental en relación con el norteamericano es el acento ético y colectivo de éste. Es cierto que habitualmente la jurisprudencia constitucional norteamericana más con ánimo pragmático que teórico, e inspirada por el *rule of law*¹⁸ y el papel de los jueces en éste, atiende con racionalidad axiológica la manera y medida en que se satisfacen los principios constitucionales, e incluso tiene pocos reparos al imponer al Estado determinadas obligaciones que consideran “implícitas” y necesarias para salvaguardarlos; un ejemplo son los famosísimos *Miranda rights*, la lectura de derechos al efectuarse una aprehensión.¹⁹ Pero el concepto constitucional imperante en los Estados Unidos dicta que la ley suprema es meramente limitativa de la actividad estatal, y que los derechos fundamentales son de carácter “negativo”, sin reconocer (al menos abiertamente) la dimensión “positiva” que tienen en la referida concepción europea, por constituir “principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico”, que constituyen la base de la convivencia social y no sólo de la función estatal.²⁰

La anterior confrontación revela que los diferentes modelos no derivan (del todo) de los textos constitucionales, sino más bien de la idea que el operador tiene de ellos: la misma Constitución norteamericana con creciente frecuencia se aprecia desde contrastantes ópticas que llevan a diferentes resultados. De esto deriva la matizada oposición entre la corriente de los “principios neutros (*neutral principles*)” que si bien justifican el activismo judicial lo hacen cuando “la Corte ha[ce] valer garantías textuales de la Constitución que definen y protegen el proceso político, o protegen minorías discretas e insulares” (Alexander Bickel y John Hart Ely, por ejemplo); y la teoría de “orientación axiológica (*value-oriented*)” para la cual los jueces deben promover el bien social haciendo cumplir “principios de filosofía moral que [...] evidencian las disposiciones constitucionales y un consenso social corriente en los valores fundamentales” (Paul Brest y

¹⁸ Sobre el *rule of law* y su diferencia con la tradición romanista, especialmente en el ámbito constitucional, véanse Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 26; y Rosenfeld, *op. cit.*, nota 2, pp. 635-655.

¹⁹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). “*Miranda* [...] provee un fuerte *incentivo* para que la policía adopte ‘salvaguardas procedimentales’ [...] contra la exacción de declaraciones forzadas o involuntarias. También promueve el *respeto institucional a los valores constitucionales*” (cursivas añadidas), *Withrow v. Williams*, 507 U.S. 680, 703 (1993) (O’Connor y Rehnquist, disidentes); y “La regla de exclusión [de *Miranda*] es un dispositivo estructural diseñado para promover la *sensibilidad a los valores constitucionales* por medio de su efecto disuasivo. Como tal y según ha largamente considerado esta Corte, la utilidad de la regla tiene que *ponderarse (to weigh)* contra otros valores importantes” (cursivas añadidas), *Duckworth v. Eagan*, 492 U.S. 195, 208 (1989) (O’Connor y Scalia, concurrentes).

²⁰ *Cfr.* Rosenfeld, *op. cit.*, nota 2, pp. 604 y 646; Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 93; y Fioravanti, *op. cit.*, nota 2, pp. 106-107.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Laurence Tribe, *idem*).²¹ En esta última línea también se afiliarían el llamado de Ronald Dworkin a una “lectura moral de la Constitución”, la cual “propone que todos nosotros — jueces, abogados, ciudadanos— interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas en el entendido de que invocan *principios morales* sobre decencia política y justicia”, y que requiere “hallar la mejor concepción de los principios morales constitucionales”;²² la posición del *justice* Stephen Breyer que enfatiza las consecuencias de las decisiones judiciales para los valores fundamentales, y “ve la Constitución en sí como un único documento con ciertos objetivos básicos relacionados”;²³ la idea de Owen Fiss de la Constitución como “carta de buen gobierno” que fija autoritativamente un “conjunto de valores o ideales sociales”;²⁴ y la tesis del “compromiso constitucional” que tiene la ley fundamental como “escritura de la propia vida (*self-life-writing*)”, expuesta por Jed Rubenfeld.²⁵

Adherirse a una de las anteriores teorías constitucionales no corresponde a un prurito especulativo, sino tiene significativas consecuencias para la *práctica jurídica*. Desde luego, la existencia de una jurisdicción especializada excluye dudas sobre la naturaleza jurídica de la Constitución, pero no responde las interrogantes *verdaderamente fundamentales* y cuyas respuestas han de presuponerse: ¿cuál es la función de la Constitución? ¿a qué fines responde? y ¿cómo deben interpretarse sus disposiciones para establecer su naturaleza y alcances?

Es posible que un mismo texto constitucional tenga tantos significados como maneras en que se le conciba. Esta “cuestión epistemológica fundamental” cuya respuesta pocas veces resulta fácil de responder en concreto, determina la interpretación de las disposiciones de la Constitución, sus alcances y por ende la dirección de la convivencia política.²⁶

II. LA *GRUNDGESETZ* COMO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

1. La Ley Fundamental alemana

²¹ Rotunda, Ronald D. y Nowak, John E., *Treatise on constitutional law. Substance and procedure*, 3a. ed., St. Paul, West, 1999, vol. 5, pp. 223 y 229.

²² *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, 3a. ed., Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, pp. 2 y 11 (énfasis añadido).

²³ “Nuestra Constitución democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 196-197 y 222.

²⁴ “¿Por qué el Estado?” (trad. de Jorge Malem Señal), en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, 2007, p. 108.

²⁵ “Legitimacy and interpretation”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*, Nueva York-Cambridge, Ing., Cambridge University Press, 1999, pp. 213-219.

²⁶ Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 65; y Dreier, Ralf, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981, pp. 123 y 126-127.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

Varias son las Constituciones que pueden tenerse como representantes de “la fase ulterior y más desarrollada de la experiencia constitucional democrática europea del siglo XX”: la italiana de 1948, la alemana de 1949, las francesas de 1946 y 1958, y la española de 1978.²⁷ Hablemos primordialmente de las dos primeras, considerando las siguientes sólo marginalmente²⁸ y la última como cierta “consumación” de esta evolución, por haber tenido origen en un ejercicio comparativo con las experiencias de los países señalados, “sobre todo” la del segundo.²⁹ Hecha esta depuración, podemos pensar que en Alemania e Italia se encuentran los estadios iniciales del nuevo paradigma constitucional que referimos.

Las Constituciones alemana e italiana se caracterizaron por pretender romper con el pasado totalitario, y para ello sus textos incluyeron numerosas referencias de carácter ético, de “justicia material”,³⁰ y más importante aún: la creación de una jurisdicción encargada de hacer cumplir sus normas. En realidad, ninguna novedad era que las Constituciones proclamaran determinados postulados más o menos abstractos, sino que éstos fueran “justiciables” es decir que su cumplimiento pudiera exigirse a través de una acción judicial; la Constitución de Weimar de 1919, por ejemplo, ya contenía derechos fundamentales y sociales y refería la dignidad humana (arts. 104 y ss., y 151), pero no contaba con un sistema procesal por el cual pudieran invalidarse los actos que la contravinieran, sino su cumplimiento quedaba al legislador y la administración.

La *Grundgesetz* y la *Costituzione* incluyen preceptos muy indeterminados y “esencialmente controvertidos”, con una orientación ética política de dirección democrática en el más amplio sentido, mas sí establecen una jurisdicción especialmente competente para salvaguardar su observancia. ¿Pero por qué la primera ha llamado más generalmente la atención,³¹ pese a que

²⁷ Fioravanti, *op. cit.*, nota 2, p. 160.

²⁸ Por la prevalencia de la tradición de la soberanía parlamentaria, no hubo control constitucional en Francia sino hasta 1958, cuando se creó el Consejo Constitucional; al principio éste ni llamó la atención y su carácter jurisdiccional ha sido controvertido aunque hoy se afirma sin problema — máxime después de las reformas de 2008 que introdujeron la cuestión prejudicial y otros cambios—, y su jurisprudencia no se inscribió en la tónica de otros tribunales europeos sino hasta los años setenta. *Cfr. supra*, nota 27; y Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Presses Universitaires de France, 1978, pp. 5-7.

²⁹ Además de la *Grundgesetz*, la Constitución española se nutrió de sus homólogas italiana, portuguesa y de otros países. Martín Rebollo, Luis, “Estudio preliminar”, en *Constitución española. Edición especial de 25o. aniversario*, Elcano (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, p. 21.

³⁰ *Cfr.* Fernández Segado, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 2; y Zagrebelsky, *loc. cit.*, nota 20.

³¹ Desde luego, la Constitución italiana no carece de méritos. Uno de los más notables es el segundo párrafo de su artículo 3o., la llamada “cláusula Lelio Basso”, que impone al Estado el deber positivo de eliminar todo límite *de facto* para la libertad y la igualdad, y “viene a desmentir [...] todas aquellas

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

entró en vigor el 24 de mayo de 1949, después que hizo lo propio la segunda el 1o. de junio de 1948? Nos parece que ha sido por los siguientes motivos básicos: la contundencia de su redacción y la precedencia temporal de la actuación del Tribunal Constitucional Federal frente al retraso de la Corte Constitucional de Roma en el inicio de sus funciones.³²

El artículo 1.1 de la Ley Fundamental dice sencillamente así:

La dignidad humana es intocable (*unantastbar*). Respetarla y protegerla es obligación de todos los poderes estatales.

¿Qué significa la “dignidad humana”? ¿Cómo se le “toca”? ¿Cuáles son las acciones u omisiones que implican “respetarla y protegerla”? Todas son interrogantes que no pueden responderse sin acudir primeramente a convicciones morales y a una argumentación internamente ética; y tienen la máxima importancia porque en cualquier sistema constitucional que sostenga el valor de la “dignidad humana” y tenga una jurisdicción que lo haga cumplir, el sentido de nuestras respuestas puede afirmar o negar la validez de actos del Estado muy importantes para la convivencia social. Ésta es una de las disposiciones “demasiado generales” que, por usar “terminología difusa”, Kelsen nunca hubiera puesto en un texto constitucional, y tampoco tiene los “elementos jurídicos” que le permitieran ser objeto de una aplicación judicial en la opinión de Schmitt.³³ Sin embargo, como veremos, estos enunciados han dado lugar a una riquísima interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán

Aunque el artículo 1.1 de la Ley Fundamental puede tomarse como la más típica fórmula textual constitucional de nuestro tiempo en sentidos material, estructural y procedimental, no sólo a ella se debe el valor de la *Grundgesetz*. Ésta sigue una postura mixta sobre la positivación de los derechos fundamentales: contiene declaraciones generales en sus dos primeros artículos (“dignidad humana”, “libre desarrollo de la personalidad”, etc.), a las que sigue un catálogo de

afirmaciones constitucionales que dan por realizado lo que aún está pendiente por realizar”. Véase Fernández Segado, *op. cit.*, nota 30, p. 6.

³² El Tribunal Constitucional Federal alemán comenzó a funcionar el 7 de septiembre de 1951, por la obligada resolución del caso de la formación del actual *Land* de Baden-Württemberg; el gobierno de Baden requirió la decisión de ese tribunal pese a que éste no había sido integrado, y con celeridad se dieron los actos para ello. En cambio, por la falta de regulación, la desconfianza legislativa que se tuvo a la Corte Constitucional y otras complicaciones, ésta tuvo su primera audiencia pública hasta el 23 de abril de 1956. Véanse Grimm, Dieter, “Die Karriere eines Boykottaufrufs. Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts”, *Die Zeit*, Hamburgo, núm. 40, 27 de septiembre de 2001, p. 11, §§ 8 y 10 (www.zeit.de); y Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, trad. de Gastón Federico Blasi, México, Porrúa-IMDPC, 2005, pp. 24 y 34-35.

³³ *Supra*, notas 4 y 5.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

normas más específicas (libertades de expresión, profesional y demás).³⁴ Otras de sus disposiciones también tienen una importante densidad ética político-jurídica, con una orientación democrática *lato sensu*; refiramos sólo las más sobresalientes en el concierto democrático comparado: las cláusulas familiares (art. 6o.) y ambientales (art. 20a); el “contenido esencial” iusfundamental (art. 19.2); la cláusula de Estado federal democrático y social (art. 20) —un tópico recurrente y prolífico en la jurisprudencia³⁵—; el concepto de “orden fundamental liberaldemocrático (*freiheitliche demokratische Grundordnung*)”³⁶ (arts. 10.2, 11.2, 18, 21.2, 87a.4, 73.1, fr. 10.b, y 91.1); y por último mas no en importancia, la vinculación del poder judicial “a la ley y al derecho (*Gesetz und Recht*)”.

El sistema político de la Ley Fundamental se basa en “los mejores valores humanos del pueblo alemán”.³⁷ La *Grundgesetz* proviene de la tradición constitucional germana y su renovación con elementos inéditos, “en razón de las malas experiencias con las debilidades del sistema de Weimar y la dictadura nacionalsocialista”;³⁸ fue primordialmente una prolongación del sentido de esa Constitución democrática de 1919 (aunada a ideas norteamericanas, inglesas y francesas), influida por la pérdida de la confianza a la acción política legislativa y administrativa y su entrega al derecho y los tribunales, que acentuó la *democracia constitucional* y los límites sustantivos del poder público;³⁹ la Ley Fundamental intentó erigir un dique sobre el “pantano moral, jurídico y político” que había dejado el nazismo, para que se pudiera “desecar este pantano y volver a comenzar sobre nueva base”.⁴⁰ La temprana jurisprudencia del Tribunal

³⁴ Cfr. Dietze, Gottfried, *Über die Formulierung der Menschenrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1956, pp. 28 y ss., referido en Peralta, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1994, pp. 109-110.

³⁵ Véase Limbach, Jutta, *Das Bundesverfassungsgericht*, Múnich, C.H. Beck, 1999, pp. 29-30 (trad. nuestra del cap. respectivo: “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, pp. 751-758).

³⁶ Con similares funciones al de “sociedad democrática” usado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sus correspondientes tratados.

³⁷ Cfr. Montenegro, Walter, *Introducción a las doctrinas político-económicas*, 3a. ed., México, FCE, 2006, p. 302. Para una visión panorámica del esquema político germano, véase Velasco, Guillermo, “Notas esenciales sobre el sistema constitucional alemán. Especial consideración a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, t. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 319-333.

³⁸ Starck, Christian, “Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausgefordert”, *Juristenzeitung*, Tübinga, Mohr Siebeck, año 54, núm. 10, 21 de mayo de 1999, p. 473.

³⁹ Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, pp. 2, 89 y 130; Rosenfeld, *op. cit.*, nota 2, pp. 641 y 665; y *supra*, nota 17.

⁴⁰ Ehmke, Horst, “Grundgesetz und politisches Handeln”, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, ed. de Peter Häberle, Königstein, Athenäum, 1981, p. 466 (cursivas añadidas).

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Constitucional Federal es muy expresiva en cuanto a la ruptura con la dictadura,⁴¹ y el mismo caso *Lüth* declara que Alemania “se apartó de esta postura ideológica, y que no la condena por razones de oportunidad política sino por haber llegado a comprender su criticabilidad (*Verwerflichkeit*) al recapacitar en su fuero interno”,⁴² reflexión que continuaría en el caso *Aborto I*.⁴³

Una cuestión anecdótica pero que no deja de ser interesante: la denominación de la Constitución alemana.⁴⁴ En Alemania han existido “leyes fundamentales” desde el siglo XVII: la capitulación electoral de Fernando III en 1638 se denominó así, y también las leyes imperiales de la Paz de Westfalia de 1648; en el siglo XIX se designaron de tal manera las leyes que debían tener cierta rigidez y permanencia, y trataban cuestiones particulares o complejas de “especial importancia” (como las actuales “leyes orgánicas” francesas y españolas). El incumplimiento ruso a los Acuerdos de Postdam sobre la unificación germana hizo que en 1948 Estados Unidos, Inglaterra y Francia se mostraran propicios al proceso constituyente alemán occidental; éste fue así “producto de la guerra fría”. Sin embargo, Alemania era todavía un país ocupado y dividido por los vencedores de la segunda guerra mundial, carecía de soberanía y por ende de “libertad de acción”, y no todo el pueblo había participado en los trabajos constitucionales (los ciudadanos de la sección oriental); por este motivo y contra las objeciones de los Aliados, se optó por designar el ordenamiento resultante como “ley fundamental” y no “Constitución”, en el entendido además de que tenía carácter transitorio, como revelan sus disposiciones relativas a la eventual reunificación alemana.⁴⁵ Después de un largo proceso que concluyó en 1968 con la extinción de los derechos de ocupación y reserva de los Aliados sobre el territorio alemán occidental, la Ley Fundamental se convirtió en “Constitución plena” y fue concebida como la “Constitución de transición del Estado occidental parcial alemán (*Übergangsverfassung des westdeutschen Teilstaates*)”. Al darse la reunificación alemana en 1990, la “elevada consideración” que se tenía de la Ley Fundamental en la República Federal y en la Democrática permitió mantener su vigencia.

2. Texto, teoría y práctica constitucionales

⁴¹ Por ejemplo: BVerfGE 2, 1 (6 y 70-71) —caso *SRP*, que luego referiremos—; 3, 58 (102); y 6, 132 (151-152) —caso *Gestapo*—.

⁴² BVerfGE 7, 198 (216).

⁴³ *Infra*, nota 87.

⁴⁴ Hesse, *op. cit.*, nota 8, pp. 34-35; Starck, *op. cit.*, nota 38, pp. 473-475; Cruz, *op. cit.*, nota 39, pp. 129-130; y Fioravanti, *loc. cit.*, nota 27.

⁴⁵ Los artículos 23 (en su redacción original; hoy acoge disposiciones sobre la Unión Europea) y 143 de la Ley Fundamental disponían respectivamente dos vías: la extensión de su validez al territorio de la República Democrática Alemana, o un nuevo ejercicio constituyente que fuera “acordado por libre decisión del pueblo alemán”.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

La Constitución alemana es un texto plagado de conceptos de “justicia material”, de entre los que resaltan los establecidos en su artículo 1o. (dignidad humana, paz y justicia), pero que además están llamados a presidir la actuación de todos los poderes públicos; así lo indican algunos de sus términos (la “intangibilidad” de la dignidad humana, por ejemplo), la expresa sujeción de las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales a los derechos fundamentales, que prescribe el artículo 1.3 de la Ley Fundamental, y sobre todo las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal. Pero estos objetivos no se hubieran logrado sin la rica cultura jurídica alemana (anterior y contemporánea a la Ley Fundamental) y la creatividad de su jurisprudencia.

La eficacia de la *Grundgesetz*, y la de cualquier otra ley suprema, no ha podido darse sin una “voluntad por la Constitución (*Wille zur Verfassung*)”; su despliegue normativo no sólo ha dependido del contenido sino también de la praxis constitucional, de manera incluso más determinante. La decidida y constante inclinación por hacer cumplir la ley fundamental, se basa en la vista de su necesidad y “valor propio” como ordenamiento jurídico, la convicción de que “es más que un orden meramente fáctico, legitimado y siempre a legitimar de nuevo”, y la conciencia de que no es “independiente del querer humano” sino es “puesto y mantenido en vigor” por los “actos de voluntad”; la esencia y eficacia de la fuerza normativa de la Constitución es aquella con que llega a “provocar la acción y dirigirla”. Todo esto requiere determinados “presupuestos”, elaboraciones teóricas que hagan interpretar y cumplir las disposiciones constitucionales de manera óptima a su eficacia, y que en última instancia sirvan a la jurisdicción constitucional en su labor.⁴⁶

No bastaron los enunciados de la Ley Fundamental para que ésta saliera adelante: se requirió un bagaje teórico que permitiera dar plena efectividad a sus postulados; tal fue una de corte *axiológico* que teniendo los bienes tutelados constitucionalmente como “valores” por estimarse su realización, se dirige a ésta y busca introducirlos en el mundo.⁴⁷ Antes de 1949 hubieron en Alemania doctrinas en este sentido ampliamente consideradas: Hermann Heller y su idea de los “principios morales del derecho que [...] no se contentan con poseer una validez de carácter ideal, absoluto, sino que aspiran a operar también como preceptos jurídicos positivos hasta donde sea posible”;⁴⁸ Rudolf Stammler, Gustav Radbruch y Rudolf Smend, entre otros.⁴⁹

⁴⁶ Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pp. 12-14 y 19-21.

⁴⁷ Cfr. Villoro, *op. cit.*, nota 12, pp. 13-15 y 52. “[T]odos los productores de normas deben realizar su función desde la perspectiva [...] de introducir en ella todos o alguno de aquellos valores superiores [del texto constitucional]”, Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, 1984, p. 95, citado en Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, p. 137.

⁴⁸ *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, FCE, 1987, p. 240.

⁴⁹ Véase Peralta, *op. cit.*, nota 34, pp. 66 y ss.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

También con posterioridad a la *Grundgesetz*, y de manera muy influyente, se dieron importantes aportaciones académicas: Günter Dürig y su “sistema de valores” que alcanza a todo el ordenamiento jurídico, hallaron cabida como piedra angular de la motivación del caso *Lüth*,⁵⁰ y Otto Bachof puso de relieve la jurisdicción constitucional como protectora de ese orden axiológico.⁵¹

Todas las anteriores contribuciones teóricas, implícita o muy explícitamente, cimentaron y nutrieron la construcción jurisprudencial de Karlsruhe,⁵² de la que nos ocuparemos detenidamente en el siguiente apartado. Por ahora baste subrayar la importancia de los precedentes constitucionales,⁵³ que tienen al dar la impresión —tema que no corresponde dilucidar aquí— de ser “textos ‘no escritos (*ungeschrieben*)’ que frecuentemente no son menos característicos de la vida constitucional que los mismos textos del documento formal constitucional”;⁵⁴ y en especial para el caso alemán, que la gran autoridad del Tribunal Constitucional Federal ocasionara que incluso se prevenga contra conceder a sus opiniones “una jerarquía más elevada que a la misma Constitución”.⁵⁵

Lo anterior da pie a tratar la importante relación entre doctrina y jurisprudencia constitucionales: se “catalizan” recíprocamente.⁵⁶ La ciencia jurídica resulta vital para la interpretación constitucional autoritativa y con ello también para la eficacia de la ley fundamental, e indirectamente participa en esa función —ella misma es una interpretación, una actividad hermenéutica— aportando a los tribunales conceptos y construcciones dogmáticas sobre la naturaleza constitucional, su correcta interpretación y la labor jurisdiccional; como ya vimos, su participación ha tenido cabida en decisiones que hoy forman parte importante del derecho constitucional. Pero también, de vuelta, la jurisprudencia ocasiona que los análisis

⁵⁰ BVerfGE 7, 198 (204-206).

⁵¹ Cruz, *op. cit.*, nota 39, pp. 19 y ss.

⁵² Karlsruhe es la ciudad sede del Tribunal Constitucional Federal alemán, conforme al artículo 1.2 de su ley orgánica (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* - BVerfGG).

⁵³ Hablamos de los sentados por “tribunales constitucionales”, entendidos en un sentido amplio como órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la *interpretación definitiva* de la Constitución. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2002, pp. 55-57.

⁵⁴ Häberle, Peter, “Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, vol. I, p. 320.

⁵⁵ Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5a. ed. continuada por Stefan Koriath, München, C.H. Beck, 2001, p. 367.

⁵⁶ *Cfr.* Häberle, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation”, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 85 y 88.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

doctrinales —en especial los incluidos en comentarios de sentencias— vayan por nuevos derroteros, se planteen cuestiones inéditas, busquen respuestas a problemas imprevistos, critiquen técnicamente las aportadas por las decisiones judiciales, contribuyan a visualizar las consecuencias prácticas de éstas y, *last but not least*, sirvan a la publicidad de la actividad jurisdiccional y de su interpretación constitucional.⁵⁷

3. Derecho constitucional alemán y neoconstitucionalismo

Todos los anteriores elementos (textos constitucionales abstractos y con contenido ético, teoría jurídica de orientación axiológica y activismo judicial) no son nuevos, pero su conjunto da lugar a una corriente teórica, metodológica e ideológica,⁵⁸ que conforma el tercer paradigma constitucional que indicamos: el llamado “neoconstitucionalismo”.⁵⁹ Es verdad que éste resulta novedoso en cuanto a la conjunción permanente a nivel constitucional —con pretensiones de absolutismo en el resto del ordenamiento—, no casual o esporádica, de los referidos elementos y de sus *resultados*; pero hay algo más que a nuestro parecer vincula esas características y explica las dimensiones de este fenómeno: que “el Derecho ha adquirido una *fuerte* carga axiológica”,⁶⁰ y no se trata más de incluir en la praxis constitucional orientaciones estimativas más o menos superficiales, sino *considerar resueltamente como “valores” los bienes constitucionales con todo lo que ello significa*.

El caso norteamericano nos parece muy útil para ubicar, por contraste, el anterior paradigma. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha sido activista en muchas ocasiones (no sin despertar críticas y objeciones muy graves), e interpretado “valorativamente” una Constitución que si bien no tiene la densidad de conceptos de “justicia material” como la alemana, la italiana o la española, tampoco carece de sentido ético (pensemos en la *equal protection clause* y algunas otras). Pero aparte de ciertas peculiaridades históricas (como la autoridad interpretativa de su Corte), pensamos que le ha faltado una *básicamente acabada e imperante* “teoría axiológica” como la existente en Europa y otros países, con todas sus implicaciones para la concepción e interpretación constitucionales, y particularmente sus efectos invasivos⁶¹ en el resto del

⁵⁷ Häberle, Peter, “Recht aus Rezensionen. Rechtsprechungsrezensionen als Faktoren des Rechtsbildungsprozesses”, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, Königstein, Athenäum, 1980, pp. 12-18.

⁵⁸ Para decirlo como Norberto Bobbio y Paolo Comanducci. Véase Prieto Sanchis, *op. cit.*, nota 8, pp. 101 y ss.

⁵⁹ Carbonell, Miguel, “Presentación: El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell (ed.), *op. cit.*, nota 24, pp. 9-12.

⁶⁰ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *op. cit.*, nota 8, p. 165 (cursivas añadidas).

⁶¹ Usando la feliz expresión de Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *ibidem*, p. 49.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

ordenamiento jurídico; de no ser así, carecerían de sentido los esfuerzos de Dworkin y los demás autores que referimos atrás. Expertos han reconocido que la pérdida de la influencia de la Suprema Corte norteamericana se debe, entre otros, a los “nuevos y *sofisticados* tribunales constitucionales [que han aparecido] por todos lados”, más liberales que aquélla y por lo cual se inclinan a citarse unos a otros;⁶² puede considerarse esto como referencia indirecta a una “teoría elaborada” —como la axiológica— que expresa o tácitamente ilumina la aplicación constitucional, y al reconocimiento de su ausencia —o al menos predominio— en el derecho constitucional de los Estados Unidos.

El neoconstitucionalismo importa —a grandes rasgos y al menos como punto de partida— “el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales [...] que nace de la adopción de una *concepción de la Constitución como orden valorativo*”, que vuelve a la ley fundamental “prácticamente omnipresente en *toda* operación de creación y aplicación del Derecho”.⁶³ En nuestra opinión, sólo bajo esta idea se explican suficientemente los resultados que se observan en Europa y otros países: una potente interpretación conforme a la Constitución, la eficacia de derechos fundamentales entre particulares, la complejidad del examen de proporcionalidad y su juicio de ponderación, y el relevantísimo papel de los tribunales constitucionales.⁶⁴

Esta corriente admite diferentes versiones con matices más o menos pronunciados entre sí, pero entre ellas se advierten características esenciales (de otro modo no sería posible conjuntar a sus afiliados), y es posible obtener de ellas un “modelo neoconstitucionalista” que sirva de común denominador y eje del debate entre sus seguidores y detractores; así resulta del cotejo del derecho constitucional alemán, italiano y español. Se da con diversos grados en muy diferentes países, pero al cabo en todos ellos la teoría y la práctica constitucionales (explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente) se remontan a, o coinciden con, el derecho alemán en sentido amplio y en particular a la teoría axiológica que le subyace, cuya elaboración básica en la filosofía general y la jurídica es también primordialmente germana (por supuesto, de ninguna manera soslayamos las importantes aportaciones de la doctrina italiana como las de Ferrajoli y Guastini, entre otros muchos).⁶⁵

⁶² Liptak, Adam, “U.S. Court is now guiding fewer nations”, *New York Times*, 17 de septiembre de 2008 (<http://www.nytimes.com/2008/09/18/us/18legal.html?amp>) (cursivas añadidas).

⁶³ Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-IMDPC, 2006, p. 4 (cursivas añadidas).

⁶⁴ Cfr. Alexy, Robert, “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, en *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, 2002, pp. 114-115.

⁶⁵ Cfr. Carbonell, Miguel, “Prólogo: Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en Carbonell (ed.), *op. cit.*, nota 8, p. 9; y Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

No corresponde enumerar ahora todas las producciones constitucionales alemanas, textuales y jurisprudenciales, que han sido asimiladas alrededor del mundo; su influencia es innegable: España,⁶⁶ Portugal y Grecia son algunos países que han aprovechado las innovaciones germanas en sus textos, y ni hablar de las creaciones doctrinales y pretorianas que han permeado a esas y otras jurisdicciones.⁶⁷ De todos estos cursos de influencia, quizá la operada sobre el ordenamiento español haya sido la más importante para el éxito internacional del derecho constitucional alemán y el neoconstitucionalismo; gracias a la “traducción” (en sentidos literal y figurado) de textos clásicos germanos legislativos, doctrinales y sobre todo jurisprudenciales, aquéllos han superado una barrera idiomática que en otras circunstancias hubiera sido insalvable, y los ha acercado a la segunda comunidad lingüística más grande del mundo; y eso soslayando el enriquecimiento doctrinal y jurisprudencial que España ha aportado al patrimonio cultural de la “comunidad constitucional”⁶⁸ y su “*ius commune*”. Latinoamérica (Brasil inclusive) se ha beneficiado muchísimo de este puente tendido en la península ibérica, porque ha podido nutrir su ciencia constitucional luego de deshacerse paulatinamente de regímenes autoritarios, y aun realizar importantes aportaciones al diálogo comparado; *México* también ha sido tocado por la influencia germana, mediando la española.⁶⁹

III. EL CASO *LÜTHY* LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA

1. Fundación de la línea axiológica

La sentencia del caso *Lüth*,⁷⁰ dictada el 15 de enero de 1958 por la Primera Sala del Tribunal

democrático” (trad. de Alfonso García Figueroa), en *ibidem*, p. 31. Sobre el desarrollo filosófico de la teoría axiológica, véase *infra*, § III.

⁶⁶ El artículo 1.1 de la Constitución española parece haber sido redactado con un manual alemán al lado: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁶⁷ Véase Häberle, *op. cit.*, nota 54, pp. 317-318 y 328 y ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 315.

⁶⁹ Por mencionar sólo unos indicios: la idea de “sistema de valores” (Pleno, controversia constitucional 31/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XI, enero de 2000, con. V, pp. 665 y ss); el empleo del concepto de “*Existenzminimum*” (“DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 1a. XCVIII/2007, p. 792; *infra*, nota 96; y STC 113/1989, F.J. 3); y la recepción del principio de proporcionalidad (“GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *idem*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8).

⁷⁰ BVerfGE 7, 198.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

Constitucional Federal alemán, puede considerarse la decisión que funda una prolongada línea jurisprudencial influida por el enfoque axiológico del derecho constitucional. Aunque han habido en Alemania otras resoluciones que recibieron más atención, ninguna produjo como ella un “efecto a largo plazo (*Langzeitwirkung*)” tan significativo, lo cual hace que su importancia supere la de cualquier otra resolución del tribunal de Karlsruhe.⁷¹

Para Alexy, esta decisión enlaza tres ideas que han marcado fundamentalmente el derecho constitucional alemán, porque inicia un curso en que el Tribunal Constitucional Federal se ha mantenido desde hace medio siglo: (1) la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino encarnan un “orden de valores objetivos (*objektive Wertordnung*)”; (2) los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del derecho; y (3) las colisiones entre valores y principios se resuelven por ponderación, el mensaje más importante para la vida jurídica cotidiana.⁷²

La relevancia del caso *Lüth* consiste en que en este asunto por primera vez se desarrolló plenamente lo que significan y realmente traen consigo los valores constitucionales. Su sentencia es “punto culminante” y emblema jurisprudencial de la teoría axiológica de los derechos fundamentales —y de la Constitución en general—, por la claridad con que habla de sus implicaciones prácticas, mostrando sin timidez lo que el “sistema de valores constitucionales” significa en la vida real.⁷³ Aunque otras resoluciones desarrollarían el concepto de “sistema de valores constitucionales”, en realidad no hacen más que añadir elementos secundarios a los esenciales que sentó aquella decisión, matizar éstos o presentarlos desde otra perspectiva.

La teoría axiológica constitucional no fue una idea salida de la nada en el caso *Lüth*. Deriva de una compleja evolución filosófica y doctrinal jurídica desarrollada en Alemania, no limitada al ámbito jurídico sino con una extensión muchísimo más amplia, y que desemboca en el pensamiento de Günter Dürig que constituye la dirección adoptada en este precedente.⁷⁴ Y tampoco en la misma jurisprudencia alemana es inédita la idea de “valor constitucional”, pues antes de esa sentencia Karlsruhe se había pronunciado sobre un “sistema axiológico constitucional” en los casos *SRP* (prohibición del Partido Socialista del *Reich*, sucedáneo del

⁷¹ Grimm, *op. cit.*, nota 32, §§ 8 y 10.

⁷² *Op. cit.*, nota 64, pp. 115-116.

⁷³ *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, 4a. ed., Suhrkamp, 2001, p. 134; Alexy, *op. cit.*, nota 64, p. 114; y Cruz, *op. cit.*, nota 39, pp. 11-19 (teniendo los casos *Elfes* y *Lüth* como “una profundización en la teoría de la Constitución como orden de valores”).

⁷⁴ *Supra*, notas 50 y 51.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

Nacionalsocialista de los Trabajadores Alemanes),⁷⁵ *KPD* (prohibición del Partido Comunista de Alemania)⁷⁶ y *Ellés* (buen preludeo a la sentencia que comentamos),⁷⁷ por hablar de los más llamativos.

Por lo anterior, a decir verdad la alusión a valores constitucionales no es la virtud de la sentencia del caso *Lüth*, sino la manera en que impone su *aplicación práctica*, y esto hace ver la verdadera magnitud histórica de esta resolución: ya no se trata de reflexionar desde la doctrina sobre el significado de la Constitución, y ni siquiera de mera retórica judicial, sino *acoger una determinada concepción de la misma en la interpretación jurisdiccional autoritativa, para hacer valer plenamente los valores fundamentales*. Como no podría ser de otro modo, al desplegar francamente la axiología constitucional puso de relieve los efectos, cualidades y problemas que ésta produce: (1) afirmar la *objetividad* de los valores constitucionales y sus secuelas; (2) explicar la *interpretación conforme a la Constitución* —punta de lanza del neoconstitucionalismo—; (3) establecer la *ponderación* —y con ella el principio de proporcionalidad en sentido lato— específicamente como criterio de delimitación de los derechos fundamentales, y generalmente como “concepto capital” del juicio constitucional;⁷⁸ y (4) admitir implícitamente la *posibilidad de excesos de la jurisdicción constitucional* en el ejercicio de sus funciones, e intentar mantenerlas dentro de sus justos confines.

⁷⁵ Una llamativa mezcla de positivismo y naturalismo: “Estos valores fundamentales componen el orden liberaldemocrático [...al que] sirve de base la idea que se encuentra en la decisión política constitucional, según la cual el hombre en el orden de la creación posee un valor independiente, y la libertad y la igualdad son valores fundamentales de la unidad estatal. Por ello es el orden fundamental uno ligado a los valores”, BVerfGE 2, 1 (12).

⁷⁶ “Este sistema de dominio [promovido por el partido en cuestión] sería uno totalitario del poder y la arbitrariedad, discordante con los valores fundamentales del orden fundamental liberaldemocrático”, *idem* 5, 85 (103).

⁷⁷ “Las leyes ya no sólo son ‘acordes con la Constitución’ si se expiden con regularidad formal; tienen asimismo que estar en consonancia material con los supremos valores básicos del orden fundamental liberaldemocrático como orden axiológico de derecho constitucional, pero también corresponder a las elementales disposiciones constitucionales implícitas y las decisiones fundamentales de la Constitución, sobre todo el principio de Estado de derecho y el del social”, *idem* 6, 32 (41). Aparte de lo señalado, la importancia de esta decisión radica en el reconocimiento a un *derecho fundamental de “libertad genérica de acción”*, que en México no sin dificultades se admite: “VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 10. CONSTITUCIONAL”, Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimotercer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVI, octubre de 2002, tesis XXIII.3o. J/1, p. 1299; y Pleno, acción de inconstitucionalidad 26/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de agosto de 2007, 2a. sección, con. IX, p. 61.

⁷⁸ Alexy, *op. cit.*, nota 64, p. 116.

Así visto, puede decirse que el caso *Lüth* fue la apertura de la caja de Pandora. No trata ni soluciona todos los problemas del neoconstitucionalismo y menos del actual que responde a complejos fenómenos antes impensables; pero sí introduce su piedra angular: la eficacia del orden axiológico constitucional, comienza una discusión que hasta hoy está lejos de finalizar, y trata de lograr una ley fundamental plenamente eficaz y con el mayor respeto a los órganos de poder justiciables.

Concebir axiológicamente la Constitución extiende el poder de los intérpretes definitivos de la ley fundamental, y reduce la capacidad de actuación de los operadores jurídicos ordinarios, sobre todo los legislativos; es fácil imaginar las graves implicaciones de los anteriores problemas para la forma de operación del derecho —su misma percepción inclusive—, las tensas relaciones que produce entre los jueces y el legislador, y sus efectos sobre la previsibilidad del derecho en general y del constitucional en particular. Y todo ello tiene como punto de partida la idea de que la Constitución integra un “sistema u orden de valores” que “debe valer como decisión fundamental constitucional para todos los ámbitos del derecho”.⁷⁹

Mal haríamos en hablar de “valores constitucionales” y no conocer los aspectos esenciales de esta resolución, siquiera para basar nuestra adhesión o rechazo a la teoría que habla de ellos; y sería con mayor razón si nos adentrásemos al complejísimo mundo de la axiología y su aplicación jurídica.⁸⁰ Por su carácter fundamental, ignorar la sentencia del caso *Lüth* sólo llevará a extremos inadmisibles como todos: en el mejor caso la referencia a los valores de la ley fundamental sería una frase hueca, meramente discursiva y rayana en el esnobismo, y en el peor ampararía el total imperio de la más arbitraria subjetividad judicial que objetan los críticos del neoconstitucionalismo.

2. Desarrollo jurisprudencial ulterior

Siguiendo a Häberle, el caso *Lüth* es representativo de la primera etapa de la orientación axiológica alemana, compuesto por otras dos más.⁸¹ Por supuesto, se trata de grados de evolución que no están separados rígida sino convencionalmente.

En dicha *primera etapa* el sistema de valores constitucionales consistió exclusivamente en los derechos fundamentales, bajo la idea de que la Ley Fundamental “en su sección [relativa] erigió también un orden de valores objetivos” (p. 205). Al presente estadio pertenece un denso bagaje jurisprudencial que desarrolla la idea de los valores constitucionales, aplicándolos en casos concretos con ánimo extensivo.

⁷⁹ BVerfGE 7, 198 (205).

⁸⁰ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 171.

⁸¹ Cfr. *op. cit.*, nota 14, pp. 16-39.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

Desde luego, el primer precedente integrante de este grupo sería el indicado, al cual por sólo un ápice sigue el *Caso de las Farmacias* cuya importancia radica en que estableció la llamada “teoría de los tres niveles” para el análisis de regulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, y acuñó la fórmula “como... tanto... (Je-desto)”; repetida una y otra vez en la jurisprudencia de Karlsruhe por constituir la *esencia* del “pensamiento axiológico iusfundamental”, y relacionada con la “ley de ponderación” de Alexy.⁸² Dicha fórmula puede expresarse así en términos generales: “como más intensa sea la afectación a un valor constitucional, tanto más grande es el deber que tiene el Estado de protegerlo”.⁸³

También pertenecerían a este conjunto el caso *Mephisto*, que puso de relieve la unidad del sistema axiológico constitucional y explicó los llamados “derechos de libertad sin reserva (*vorbehaltloses Freiheitrecht*)”, en realidad restringibles por otros principios constitucionales.⁸⁴ Y también el importante caso *Televisión I (Fernseh-Urteil)* en el cual se resolvió que los órganos públicos de esta materia, deben organizarse pluralmente para garantizar su independencia y evitar “que no sean entregados al Estado ni a un grupo social”, según exige la libertad de expresión por su importante efecto en la constitución de la opinión pública.⁸⁵

Mención aparte corresponde al caso *Aborto I*, como de costumbre sumamente disputado por haber resuelto que el Estado tiene obligación de establecer leyes penales que garanticen la vida del no nacido. Al margen de su resultado particular, su importancia radica en mostrar la variedad de perspectivas sobre un mismo derecho fundamental: la ejecutoria y el famoso voto particular de los jueces Rupp-von Brünneck y Simon coinciden en la importancia de un mismo valor constitucional, pero disienten en los modos de protegerlo;⁸⁶ pero sobre todo afirmar el sentido del contenido axiológico constitucional:

La Ley Fundamental se apoya en principios de configuración estatal que sólo se explican a partir de la experiencia histórica y del debate intelectual, espiritual y moral (*geistig-sittlichen Auseinandersetzung*) con el precedente sistema nacionalsocialista. En contraposición a la

⁸² Cfr. BVerfGE 7, 377 (405 y ss.); Häberle, Peter, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein, Athenäum, 1979, p. 59; y Alexy, *op. cit.*, nota 73, pp. 145-146.

⁸³ Algunas aplicaciones concretas: BVerfGE 17, 306 (313-314); 20, 150 (159); 54, 129 (135); 97, 228 (266); y 98, 49 (60).

⁸⁴ *Idem* 30, 173 (193).

⁸⁵ *Idem* 12, 205 (260-263). Son evidentes el vínculo de este precedente con el caso *Ley de Medios* y la “argumentación por principios” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunos aspectos de la ejecutoria, y su referencia en el voto particular del ministro Góngora Pimentel. Sobre este complejo asunto, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos en las sentencias de acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso “Ley de Medios”*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009 (en prensa).

⁸⁶ Häberle, *op. cit.*, nota 14, p. 37.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

omnipotencia del Estado totalitario que exigió poder irrestricto sobre todos los ámbitos de la vida social y al cual, básicamente, nada significó en la persecución de sus fines el respeto a la vida del individuo; la Ley Fundamental erigió un orden axiológicamente enlazado (*wertgebunden*) que coloca al individuo humano y su dignidad como punto central de todas sus regulaciones.⁸⁷

La *segunda etapa* se forma por el debate sobre los “valores fundamentales”; en ésta se discutió que los derechos fundamentales dieran lugar a un “*ethos*” contrario a la neutralidad de cosmovisión estatal (*staatliche weltanschauliche Neutralität*); la cuestión se resolvió por la atención a la “dimensión institucional” de los derechos fundamentales, que permitió conciliar que la Ley Fundamental “no quiere ser un ordenamiento axiológicamente neutral” (*idem*) con la neutralidad del Estado: “debe partirse del encargo constitucional de promover los comunes posicionamientos axiológicos (*Werthaltung*), modos de pensar y virtudes, constitutivos de la democracia”;⁸⁸ por nuestra parte creemos que a partir del sentido institucional de los derechos fundamentales y enjuiciar su correspondencia con el “sistema axiológico” constitucional, ha hecho que no exclusivamente aquéllos sino también otros principios (como el democrático, federal, etc.) amplíen el catálogo axiológico fundamental incluyéndose en él, y den lugar a riquísimas y poderosas interpretaciones constitucionales —ganando por su parte una “dimensión normativa”, aun de carácter iusfundamental”—.⁸⁹

El caso *Numerus clausus* nos parece representativo de esta etapa; versó sobre si el cupo predeterminado de ingreso a universidades públicas era o no contrario a la libertad profesional. El Tribunal Constitucional Federal señaló que si bien el Estado se encuentra obligado a proporcionar al máximo ciertas prestaciones, y tanto más como sea su vinculación constitucional a ello;⁹⁰ conforme al principio de Estado social, este deber en ciertos casos se encuentra sujeto a la “reserva de lo posible”, entendida como lo que el individuo puede razonablemente requerir a la sociedad, por estar “relacionado y vinculado a la comunidad” como había sostenido en diversas ocasiones anteriores; además de señalar las obligaciones que el principio de igualdad y la

⁸⁷ BVerfGE 39, 1 (67).

⁸⁸ Häberle, *op. cit.*, nota 14, pp. 32-33. Así fue entendido por el Tribunal Constitucional español: “cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales” (STC 48/2003, F.J. 7).

⁸⁹ Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikels 19 Absatz 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1983, p. 35; y Alexy, *op. cit.*, nota 73, pp. 82 y 118; y Alexy, *op. cit.*, nota 64, p. 113.

⁹⁰ Lo que corresponde a una nueva orientación de la “fórmula *Je-desto*” que vincula la orientación valorativa iusfundamental con el desarrollo del Estado de bienestar. Cfr. BVerfGE 33, 303 (330-331); y Häberle, *loc. cit.*, nota 82.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

seguridad jurídica imponen en el diseño de la regulación de la admisión universitaria.⁹¹ Es importante esta decisión por su significado de los derechos de prestación y el Estado de bienestar; aunque no exento de críticas, se trató de una “interpretación orientada por un pensamiento valorativo y realista”, haciendo de la “cláusula de Estado social” un valor constitucional con un aspecto “cultural estatal” a considerar también en la interpretación de los derechos fundamentales.⁹²

La cláusula de Estado social (art. 20.1 de la Ley Fundamental) ha sido muy explotada por la jurisprudencia alemana. De una disposición tradicionalmente concebida como “norma programática”, carente de eficacia y aplicación directa, su reconocido carácter axiológico la ha llevado a ser guía y orientación de otras disposiciones constitucionales, poseyendo un “contenido mínimo”⁹³ que importa obligaciones de respeto para impedir su afectación.⁹⁴ El Tribunal Constitucional Federal ha sostenido que esta disposición impone a los órganos estatales, especialmente al legislador, procurar un “orden social justo”⁹⁵ y garantizar, con el rango de derecho fundamental —con implicaciones positivas, de “prestación”— un “mínimo existencial (*Existenzminimum*)”, traducido en “condiciones de vida tolerables para todos” y en el aseguramiento de los “presupuestos mínimos para una existencia acorde con la dignidad humana (*menschenwürdiges Dasein*)”.⁹⁶

El tercer nivel es más bien de carácter teórico político y se refiere a la “reelaboración de los “fines educativos” del Estado Constitucional, que tiende a mantener y renovar una *comunidad política* basada sobre determinados valores fundamentales; para ello requiere promover la libre adhesión a dichos valores, y de esto es parte fundamental —“pieza cordial (*Herzstück*)”— la formación de los individuos y grupos dentro del ambiente colectivo imbuido por ellos.⁹⁷ En esto también puede formar parte la jurisprudencia constitucional al desarrollar y promover modelos de

⁹¹ BVerfGE 33, 303 (329-338).

⁹² Cfr. Häberle, *op. cit.*, nota 82, pp. 57, 59, 67 y 78.

⁹³ Según la nomenclatura acuñada por el Tribunal Constitucional español en una luenga serie jurisprudencial iniciada en la sentencia 15/1981, F.J. 8.

⁹⁴ Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 73, pp. 467-468. Véase *supra*, nota 35.

⁹⁵ BVerfGE 59, 231 (262-263). Véanse también *idem* 9, 124 (131) (mandato constitucional de reducir la brecha entre los que tienen medios y quienes carecen de ellos); 82, 60 (80 y 85); 98, 169 (200); 99, 246 (255-256); y 111, 160 (171-175) (sobre la pensión infantil para extranjeros, un importante problema en Alemania).

⁹⁶ *Idem* 1, 97 (104-105); 40, 121 (133); 45, 187 (228-229); y 82, 60 (85-86) (sobre un “mínimo existencial” fiscalmente exento [*Steuerfreies Existenzminimum*]). Véase Alexy, *op. cit.*, nota 73, pp. 397-398.

⁹⁷ Villoro, *op. cit.*, nota 12, p. 373; y Häberle, *op. cit.*, nota 14, pp. 69-71. Este aspecto ha enfatizado para la Constitución española; véase Martín Rebollo, *op. cit.*, nota 29, pp. 21-22.

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

aplicación constitucional con carácter “ejemplar” y “pedagógico”, especialmente para la jurisdicción ordinaria; lo anterior hace ver con otros ojos la alta responsabilidad de los tribunales constitucionales.⁹⁸ A nuestro parecer, algunas decisiones que tienen algo de este sentido son las del polémico caso *Crucifijo*, en el que se prohibieron esas imágenes en escuelas públicas no confesionales, por el deber de neutralidad del Estado;⁹⁹ y el rechazo de grabaciones ilícitas porque la Ley Fundamental, aparte de conceder el derecho de defensa al ciudadano contra la obtención de dichas pruebas, también “encarga al Estado el cuidado de guardarse de ello cuando terceros particulares intervengan la comunicación”.¹⁰⁰

La jurisprudencia alemana es muy rica en cuanto a los temas que trata y las soluciones jurídicas que aporta al decidir las cuestiones que se le someten; en términos muy generales, puede designarse como muy creativa por buscar la máxima eficacia de todas las disposiciones constitucionales pertinentes, analizando sus problemas desde variadas perspectivas. Aparte de los señalados, un ejemplo de esto es el caso de su interpretación del principio de Estado de derecho¹⁰¹ en el cual entiende “depositados (*niedergelegt*)” derechos específicos relacionados con la justicia y la seguridad jurídica,¹⁰² y el descubrimiento de “nuevos” derechos fundamentales, precisamente definidos y aun con denominación propia.

El primero de éstos puede ser la referida “libertad genérica de acción”, la facultad originaria del individuo para realizar u omitir una acción, si no está explícitamente prohibida o permitida por el derecho, acuñada en el caso *Elfes*.¹⁰³ El carácter elemental de este derecho fundamental lo hace parecer obvio, pero merece considerarse con detenimiento. Su trascendencia es relevantísima porque determina la clase de régimen político y jurídico ante el que pensamos encontrarnos, y corresponde a la adopción de una posición hermenéutica inicial —una “precomprensión”— no sólo respecto de la Constitución sino de todo el ordenamiento jurídico: una postura “liberal” lo

⁹⁸ Cfr. Schuppert, Gunnar Folke y Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 50 y 55-56; y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 91-92.

⁹⁹ BVerfGE 93, 1 (16-17). La decisión especular de este asunto es el caso del *Velo musulmán (Kopftuch)*, que permitió a una maestra portar esa prenda ante sus alumnos (*idem* 108, 282); cfr. Pofalla, Ronald, “Kopftuch ja – Kruzifix nein? Zu den Widersprüchen der Rechtsprechung des BVerfG”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Múnich/Fráncofurt del Meno, C.H. Beck, año 57, núm. 17, 19 de abril de 2004, pp. 1218-1220.

¹⁰⁰ BVerfGE 106, 28 (37). Véase *supra*, nota 19.

¹⁰¹ BVerfGE 30, 1 (24-25); 52, 131 (143-145); y 52, 214 (218-219).

¹⁰² Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 12, pp. 90-95; y *supra*, nota 35.

¹⁰³ *Supra*, nota 77. También referido en BVerfGE 33, 303 (334).

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

supondría incluso sin apoyo textual expreso, y en cambio una autoritaria lo rechazaría.¹⁰⁴

Más creativo aún es el derecho fundamental a la autodeterminación informativa (*informationelle Selbstbestimmung*),¹⁰⁵ definido en México como “la posibilidad de elegir qué información de la esfera privada de la persona puede ser conocida o cuál debe permanecer en secreto, así como designar quién y bajo qué condiciones puede utilizar esa información”.¹⁰⁶ Basándose en el principio de intangibilidad de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que las modernas tecnologías podrían afectar la libertad de la persona si ésta no pudiera controlar suficientemente cuál información a su respecto es conocida en determinados campos de su ambiente social. Este derecho tiene una importante trascendencia que le da una extensión muy amplia, como para la materia de vigilancia de telecomunicaciones.¹⁰⁷

Recientemente Karlsruhe acuñó el “derecho fundamental informático (*Computer-Grundrecht*)” según su denominación popular más exitosa, llamado oficialmente “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de sistemas técnicos informáticos (*Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*)”. En esta sentencia, calificada de “paso de dimensión histórica”, el Tribunal Constitucional Federal constató que el uso de la computadora es parte de la *esfera personal constitucionalmente tutelada*, con todo lo que puede implicar para el Estado y otros particulares, incluyendo “gigantes de la red” como Google o Amazon.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (trad. de Miguel Carbonell), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 262-263.

¹⁰⁵ BVerfGE 65, 1 (41-43) —caso *Censo de población*—. Véanse Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 45-46; y sobre la expansión internacional de este concepto a Suiza y otros países, Häberle, *op. cit.*, nota 54, pp. 333-334.

¹⁰⁶ “DERECHO A LA INTIMIDAD. SU OBJETO Y RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, septiembre de 2008, tesis I.3o.C.695 C, p. 1253. Véase también “MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO)”, Primera Sala, *idem*, 9a. época, t. XXV, marzo de 2007, tesis 1a./J. 99/2006, p. 150. Sin duda, la autodeterminación informativa también es de relacionarse con el asunto resuelto por la Primera Sala el 26 de noviembre de 2008, sobre la admisión de grabaciones telefónicas en juicios de alimentos.

¹⁰⁷ BVerfGE 100, 313 (359).

¹⁰⁸ BVerfG, 1 BvR 370/07, 27 de febrero de 2008, §§ 166 y ss., <http://www.bverfg.de>. Cfr. Darnstädt, Thomas y Hipp, Dietmar, “Digitales Domino”, *Der Spiegel*, Hamburgo, núm. 10, 3 de marzo de 2008, pp. 42-43. Sobre el tema véanse algunos trabajos incluidos en Fernández Rodríguez, José Julio

ESTUDIOS SOBRE INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICAS

El derecho general de la personalidad derivado del artículo 2.1 de la Ley Fundamental en relación con el 1.1 de la misma, es de carácter residual porque tutela posiciones jurídicas no previstas en derechos fundamentales arraigados explícitamente en el texto constitucional, puede tener modalidades específicas como la que ahora nos ocupa. Ningún otro derecho abarca suficientemente el ámbito del “derecho fundamental informático”, según demostró el tribunal de Karlsruhe: (1) la inviolabilidad del domicilio se refiere exclusivamente a un ámbito *espacial* material determinado; (2) la autodeterminación informativa —otra modalidad del libre desarrollo de la personalidad— no lleva cuenta de los peligros que resultan de que el individuo encargue el despliegue de su personalidad al empleo de tecnología informática, y así confíe al sistema datos personales o por su solo uso los suministre inevitablemente; (3) la confidencialidad de las (tele)comunicaciones a transmisión de mensajes entre dos sujetos; y (4) la “esfera privada tutelada” a un determinado ámbito individual impenetrable por las demás personas. En cambio, aquél tutela registros correspondientes a la manera y contenido del uso de sistemas informáticos como computadoras, agendas electrónicas, teléfonos celulares y otros semejantes —o sea producción, proceso y almacenamiento de datos—, que no están vinculados inmediatamente con esos campos o los superan (como a la autodeterminación informativa), pero que pudieran referir información vinculada con la esfera personal del titular, por relacionarse con sus contactos sociales y actividades. Este ámbito constitucionalmente protegido impide que el Estado pueda recolectar información secretamente —lo que agrava la intervención iusfundamental— dentro de dichos sistemas, cuyo contenido además podría resultar dañado, por ejemplo bajo el pretexto de investigar el terrorismo o la delincuencia; aunque es posible que ello se dé por autorización judicial —o de una autoridad igualmente independiente e imparcial—, bajo supuestos legislativos objetivos, claros y determinados, proporcionalmente impulsados con fundamento constitucional.

Esta última decisión, de las más recientes del Tribunal Constitucional Federal alemán, muestra que *la teoría axiológica goza de cabal salud en su jurisprudencia*, aunque nunca refirió el “derecho fundamental informático” como “valor objetivo”. La tensión entre el deber del Estado de proteger los bienes jurídicos de la comunidad y su obligación de respetar los derechos individuales, no pudo resolverse sin este punto de vista metódico que impregna la argumentación de esta sentencia como una aplicación muy específica de la “fórmula *Je-desto*”.¹⁰⁹ Al establecer esta resolución que el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe tener la *óptima satisfacción* jurídica y materialmente posible, imponer explícitamente el principio de

(coord.), *Defensa e internet. Actas del I Congreso sobre Seguridad, Defensa e Internet*, Santiago de Compostela, USC, 2006.

¹⁰⁹ En particular sobre protección de la intimidad, véanse BVerfGE 100, 313 (392-393); 113, 348 (385-386); y BVerfG, 1 BvR 518/02, 4 de abril de 2006, § 136, <http://www.bverfg.de>.

LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA
Rubén Sánchez Gil

proporcionalidad en sus tres niveles (adecuación, necesidad y ponderación) como criterio para determinar la constitucionalidad de intervenciones iusfundamentales, y analizar la intensidad de éstas según la *escala* (leve, medio, grave) propuesta por Alexy; no hizo más que responder a la “estructura de los valores y los principios”, siempre tendientes a colisionar.¹¹⁰

Para finalizar, anotemos que como corresponde a la de todo tribunal constitucional, la jurisprudencia de Karlsruhe ha sido “espejo emblemático de la realidad social” de la República Federal de Alemania, al reflejar los procesos que se dan en el seno de la colectividad.¹¹¹ El Tribunal Constitucional Federal ha tenido bajo su decisión importantes sucesos históricos para la sociedad germana y aun para el mundo; por mencionar algunos: la ya apuntada reflexión sobre el nacionalsocialismo;¹¹² el “Tratado Fundamental (*Grundlagenvertrag*)” celebrado con Alemania Oriental; la reforma ortográfica del alemán; la integración europea; y el 11 de septiembre de 2001 y la seguridad aeronáutica.¹¹³

110 Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 64, p. 116.

111 Cfr. Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 162-163.

112 BVerfGE 7, 198 —el mismísimo caso *Lüth*—; y *supra*, notas 41 y 87.

113 BVerfGE 36, 1. “Tratado sobre los Fundamentos de las Relaciones entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana (*Vertrag über die Grundlagen der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik*)”. *Idem* 98, 218. Sobre los aspectos políticos y jurídicos de la lengua, en general y especialmente para la germana, véase Kirchhof, Paul, “Deutsche Sprache”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 1995, t. I, pp. 745-771.

Idem 37, 271 —*Solange I*—; 73, 336 —*Solange II*—; 89, 155 —*Maastricht*—; 97, 350 —*Euro*—; y 111, 307 (vinculación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Véase Sánchez Gil, Rubén, “La Unión Europea: Un reto para el derecho constitucional”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año XII, núm. 160, octubre de 2008, pp. 33-35.

BVerfGE 115, 118. Véase Paredes Montiel, Marat, “La sentencia BverfG 115, 118 1 BvR 357/05 del 15 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional Federal alemán, que declara inconstitucional el artículo 14 de la Ley de Aviación Civil. Un precedente sobre el respeto a la vida y la dignidad humana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 368-374.