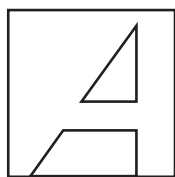


Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán

Extractos de las sentencias más relevantes
compiladas por Jürgen Schwabe

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL
ALEMÁN

Extractos de las sentencias más relevantes
compiladas por Jürgen Schwabe



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2009 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.

OFICINA MEXICO

Río Guadiana No.3 Col. Cuauhtémoc

México, DF.

C.P. 06500

México

Tel. +52 55 5566 4511

Fax +52 55 5566 4455

derecho@kasmex.org.mx

www.kasmex.org.mx

www.kas.de

Editor Responsable

Rudolf Huber

Traducción

Marcela Anzola Gil

Emilio Maus Ratz

Correctores

Isabel Ramírez

José Antonio Santos

Formación:

H. R. Astorga

Impreso en México – Printed in Mexico

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

Índice

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	17
NOTA DEL TRADUCTOR (NUEVA EDICIÓN)	23
PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN	25
NOTA DE LA TRADUCTORA (PRIMERA EDICIÓN)	31

PRIMERA PARTE - ASPECTOS GENERALES

§ 1. INTERPRETACIÓN	35
1. Sentencia BVerfGE 11, 1261 [Voluntad confirmatoria del legislador: normas preconstitucionales]	35
2. Sentencia BVerfGE 8, 28 [Sueldos de funcionarios públicos]	37
3. Sentencia BVerfGE 40, 88 [Notificación en ausencia del buscado] ..	38
§ 2. REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO ORDINARIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL	40
4. Sentencia BVerfGE 18, 85 [Derecho Constitucional Específico] ...	40
5. Sentencia BVerfGE 43, 130 [Panfletos]	41
§ 3. CONSECUENCIAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS	44
6. Sentencia BVerfGE 1, 14 [Consecuencias de la nulidad de una ley] .	44
7. Sentencia BVerfGE 21, 12 [Impuesto al Ingreso en todas las fases] ..	45
§ 4. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	46
8. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los Trabajadores] .	46

§ 5. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE RELACIONES ESPECIALES DE PODER	48
9. Sentencia BVerfGE 33, 1 [Prisioneros]	48

SEGUNDA PARTE - DERECHOS FUNDAMENTALES
(ARTS. 1-19 DE LA LEY FUNDAMENTAL)

§ 6. LA DIGNIDAD HUMANA - ART. 1 (1)	53
10. Sentencia BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica]	53
11. Sentencia BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua]	54
§ 7. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD - ART. 2 (1)	56
12. Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes]	56
13. Sentencia BVerfGE 34, 238 [Reproducción de una grabación secreta]	59
14. Sentencia BVerfGE 99, 185 [Cienciología]	61
15. Sentencia BVerfGE 96, 56 [Investigación de la paternidad]	68
16. Sentencia BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco]	72
17. Sentencia BVerfGE 106, 28 [Grabación de conversaciones telefónicas]	85
18. Sentencia BVerfGE 27, 1 [Microcenso]	92
19. Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]	94
20. Sentencia BVerfGE 38, 281 [Gremios de trabajadores]	103
21. Sentencia BVerfGE 90, 145 [Cannabis]	104
§ 8. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD CORPORAL - ART. 2 (2)	114
22. Sentencia BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I]	114
23. Sentencia BVerfGE 88, 203 [Interrupción del embarazo II]	121
24. Sentencia BVerfGE 16, 194 [Extracción de fluidos]	140
25. Sentencia BVerfGE 52, 214 [Protección frente a diligencia de ejecución]	141
26. Sentencia BVerfGE 53, 30 [Estación nuclear Mülheim-Kärlich]	143
27. Sentencia BVerfGE 77, 170 [Almacenamiento de armas químicas]	147
28. Sentencia BVerfGE 19, 342 [Wencker - Prisión preventiva]	148
29. Sentencia BVerfGE 20, 45 [Kommando 1005 - Prisión preventiva]	152
§ 9. IGUALDAD DE TODAS LAS PERSONAS ANTE LA LEY - ARTÍCULO 3 DE LA LEY FUNDAMENTAL	153
a) Igualdad de las Personas - Artículo 3 (1) de la Ley Fundamental	153
30. Sentencia BVerfGE 26, 302 [Ley del Impuesto al Ingreso]	153
31. Sentencia BVerfGE 10, 234 [Amnistía: Caso Dr. Platow]	154
32. Sentencia BVerfGE 9, 338 [Límite de edad para parteras]	155
b) Igualdad entre los sexos - Artículo 3 (2) de la Ley Fundamental	157
33. Sentencia BVerfGE 39, 196 [Pensión de funcionarios públicos]	157

34. Sentencia BVerfGE 48, 327 [Apellido de los esposos I]	158
35. Sentencia BVerfGE 84, 9 [Apellido de los esposos II]	159
36. Sentencia BVerfGE 52, 369 [Derecho a un día libre]	160
c) Prohibición de discriminar en razón del sexo, la raza, la religión, etc. Artículo 3 (3) de la Ley Fundamental	162
37. Sentencia BVerfGE 39, 334 [Acceso de extremistas a la función pública]	162
d) Favorecimiento violatorio del principio de igualdad	163
38. Sentencia BVerfGE 8, 28 [Sueldos de funcionarios públicos]	163
§ 10. LIBERTAD DE CREENCIA, DE CONCIENCIA Y DE CONFESIÓN - ARTÍCULO 4 DE LA LEY FUNDAMENTAL	165
39. Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos]	165
40. Sentencia BVerfGE 24, 236 [Acción “Cuarto Trastero”]	168
41. Sentencia BVerfGE 33, 23 [Negativa a prestar juramento]	170
42. Sentencia BVerfGE 93, 1 [Crucifijo]	175
43. Sentencia BVerfGE 104, 337 [Degollamiento ritual de animales, . . . <i>Schächten</i>]	183
44. Sentencia BVerfGE 105, 279 [Osho]	190
45. Sentencia BVerfGE 108, 282 [Velo islámico]	194
§ 11. LIBERTAD DE OPINIÓN, DE INFORMACIÓN Y DE IMPRENTA - ARTÍCULO 5 DE LA LEY FUNDAMENTAL	201
a) Libertad de opinión, de expresión y de información - Art. 5 (1) frase 1	202
46. Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]	202
47. Sentencia BVerfGE 12, 113 [Schmid vs. Revista <i>Spiegel</i>]	207
48. Sentencia BVerfGE 25, 256 [Semanao <i>Blinkfürer</i>]	210
49. Sentencia BVerfGE 44, 197 [Solidaridad de soldados contra planta atómica]	215
50. Sentencia BVerfGE 93, 266 [<i>Los soldados son asesinos</i>]	219
51. Sentencia BVerfGE 103, 44 [Videograbación de audiencias judiciales]	226
52. Sentencia BVerfGE 102, 347 [<i>Benetton</i> - Publicidad ofensiva]	233
b) Libertad de información por radio, televisión y cinematografía - Art. 5 (1) frase 2	241
53. Sentencia BVerfGE 12, 205 [1ª Sentencia sobre Radiodifusión]	241
54. Sentencia BVerfGE 57, 295 [3ª Sentencia sobre Radiodifusión]	243
55. Sentencia BVerfGE 73, 118 [4ª Sentencia sobre Radiodifusión]	249
56. Sentencia BVerfGE 35, 202 [Asesinatos de soldados de Lebach]	251
c) Libertad artística y científica - Art. 5 (3) de la Ley Fundamental	254
57. Sentencia BVerfGE 30, 173 [<i>Mephisto</i>]	255

§ 12. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y LOS HIJOS - ARTÍCULO 6	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	258
58. Sentencia BVerfGE 6, 55 [Tasación conjunta de los esposos]	258
59. Sentencia BVerfGE 47, 46 [Clases de educación sexual]	260
60. Sentencia BVerfGE 105, 313 [Ley de Sociedades Registradas de Convivencia]	265
§ 13. EL SISTEMA ESCOLAR - ARTÍCULO 7 DE LA LEY FUNDAMENTAL	270
61. Sentencia BVerfGE 52, 223 [Oración en la escuela]	271
§ 14. LIBERTAD DE REUNIÓN - ARTÍCULO 8 DE LA LEY FUNDAMENTAL	275
62. Sentencia BVerfGE 69, 315 [Libertad de reunión - Brokdorf]	275
63. Sentencia BVerfGE 85, 69 [Manifestación sin notificación previa]	290
§ 15. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN - ARTÍCULO 9 (3) DE LA LEY FUNDAMENTAL	292
64. Sentencia BVerfGE 19, 303 [Estación Central de Dortmund]	292
65. Sentencia BVerfGE 42, 133 [Propaganda electoral]	297
66. Sentencia BVerfGE 28, 295 [Incorporación de miembros al sindicato]	298
67. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los Trabajadores]	298
68. Sentencia BVerfGE 84, 212 [Cierre patronal - Aussperrung]	303
69. Sentencia BVerfGE 92, 365 [Sueldo para jornada laboral reducida]	307
§ 16. INVIOLABILIDAD DEL CORREO Y TELECOMUNICACIONES - ARTÍCULO 10	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	312
70. Sentencia BVerfGE 107, 299 [Inviolabilidad de las telecomunicaciones]	312
§ 17. LIBERTAD DE PROFESIÓN - ARTÍCULO 12 DE LA LEY FUNDAMENTAL	316
71. Sentencia BVerfGE 7, 377 [Ley sobre Farmacias]	316
72. Sentencia BVerfGE 41, 378 [Ley sobre Asesoría Jurídica]	326
73. Sentencia BVerfGE 39, 210 [Ley sobre la Estructura de los Molinos]	326
74. Sentencia BVerfGE 11, 30 [Seguro Médico - Médicos autorizados]	328
75. Sentencia BVerfGE 13, 97 [Reglamento de Oficios Artesanales]	329
76. Sentencia BVerfGE 19, 330 [Certificación de conocimientos - Comerciante al por menor]	336
77. Sentencia BVerfGE 86, 28 [Designación oficial de peritos]	339
78. Sentencia BVerfGE 53, 135 [Dulces de chocolate y arroz inflado]	345
79. Sentencia BVerfGE 95, 173 [Advertencias en productos de tabaco]	347
80. Sentencia BVerfGE 33, 303 [<i>Numerus Clausus</i>]	350
81. Sentencia BVerfGE 98, 169 [Obligación de trabajar]	358
82. Sentencia BVerfGE 102, 197 [Concesión para operar casinos]	361
83. Sentencia BVerfGE 105, 252 [Éter de glicol]	367
§ 18. INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO - ARTÍCULO 13	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	373
84. Sentencia BVerfGE 32, 54 [Derecho de ingresar a la empresa]	373

85. Sentencia BVerfGE 51, 97 [Ejecución judicial]	378
86. Sentencia BVerfGE 103, 142 [Orden de cateo]	381
87. Sentencia BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]	387
§ 19. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN - ARTÍCULO 14 DE LA LEY FUNDAMENTAL	394
88. Sentencia BVerfGE 38, 348 [Dedicación de vivienda a fines distintos]	394
89. Sentencia BVerfGE 14, 263 [Molino de campo]	397
90. Sentencia BVerfGE 21, 73 [Ley sobre Comercio de Inmuebles]	399
91. Sentencia BVerfGE 25, 112 [Ley de Diques de Niedersachsen]	402
92. Sentencia BVerfGE 31, 229 [Derechos de autor y libro escolar]	404
93. Sentencia BVerfGE 46, 325 [Remate judicial]	408
94. Sentencia BVerfGE 52, 1 [Pequeñas huertas]	409
95. Sentencia BVerfGE 58, 300 [Extracción de arena y grava]	416
96. Sentencia BVerfGE 68, 361 [Rescisión de arrendamiento (necesidad personal)]	427
97. Sentencia BVerfGE 100, 226 [Protección de monumentos]	430
98. Sentencia BVerfGE 93, 121 [Tasa única]	438
§ 20. NACIONALIDAD, EXTRADICIÓN Y DERECHO DE ASILO - ARTÍCULOS 16 Y 16 A DE LA LEY FUNDAMENTAL	440
99. Sentencia BVerfGE 74, 51 [Derecho de asilo: causas supervinientes]	441
100. Sentencia BVerfGE 80, 315 [Tamilés]	444
101. Sentencia BVerfGE 81, 142 [Tortura como causa de asilo]	445
102. Sentencia BVerfGE 94, 49 [Traslado a un tercer Estado]	447
§ 21. DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS JURÍDICAS - ARTÍCULO 19 (3)	450
103. Sentencia BVerfGE 21, 362 [Amparo-personas jurídicas de derecho público]	451
104. Sentencia BVerfGE 31, 314 [2ª Sentencia sobre Radiodifusión]	452
§ 22. ACCESO A LA VÍA JUDICIAL - ARTÍCULO 19 (4)	453
105. Sentencia BVerfGE 10, 264 [Anticipo para gastos judiciales]	453
106. Sentencia BVerfGE 24, 33 [Amparo contra actos del legislador]	454
107. Sentencia BVerfGE 35, 382 [Expulsión de un extranjero]	455
108. Sentencia BVerfGE 37, 150 [Ejecución penal inmediata]	459
109. Sentencia BVerfGE 84, 34 [Control judicial del examen profesional]	460
110. Sentencia BVerfGE 104, 220 [Detención para efectos de extradición]	463
 TERCERA PARTE - PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL ESTADO 	
§ 23. PRINCIPIO DE ESTADO FEDERAL - ARTÍCULO 20 (1) DE LA LEY FUNDAMENTAL	469
111. Sentencia BVerfGE 12, 205 [1ª Sentencia sobre Radiodifusión]	469

§ 24. PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL - ARTÍCULO 20 (1)	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	471
112. Sentencia BVerfGE 40, 121 [Pensión de orfandad II]	471
113. Sentencia BVerfGE 59, 231 [Libre colaboración]	472
114. Sentencia BVerfGE 100, 271 [Cláusula de reducción salarial]	473
§ 25. PRINCIPIO DE ESTADO DEMOCRÁTICO - ARTÍCULO 20 (1) y (2)	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	476
115. Sentencia BVerfGE 44, 125 [Propaganda electoral por funcionarios públicos]	476
§ 26. PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO - ARTÍCULO 20 (2) 2 y (3)	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	479
a) Reserva de Ley y Principio de Certeza de la Ley	479
116. Sentencia BVerfGE 8, 274 [Ley sobre Precios]	479
117. Sentencia BVerfGE 9, 137 [Permiso de importación]	480
118. Sentencia BVerfGE 17, 306 [Central de transporte privado]	483
119. Sentencia BVerfGE 48, 210 [Exención de ingresos provenientes del extranjero]	485
120. Sentencia BVerfGE 49, 89 [Kalkar I]	487
b) Sujeción de los jueces a la ley y el derecho	491
121. Sentencia BVerfGE 34, 269 [Princesa Soraya]	491
c) Justicia Penal	494
122. Sentencia BVerfGE 21, 378 [Doble penalización]	494
d) Irretroactividad de las leyes	496
123. Sentencia BVerfGE 30, 367 [Ley Federal sobre Indemnizaciones]	496
§ 27. FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS - ARTÍCULO 21 (1)	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	499
124. Sentencia BVerfGE 8, 51 [Financiamiento de partidos políticos]	499
§ 28. LA FUNCIÓN PÚBLICA - ARTÍCULO 33 (5) DE LA LEY FUNDAMENTAL	501
125. Sentencia BVerfGE 8, 1 [Sueldos de funcionarios públicos]	501
126. Sentencia BVerfGE 44, 249 [Sueldos de funcionarios públicos]	505

CUARTA PARTE - LA APLICACIÓN DEL DERECHO (ARTS. 100 - 104 DE LA LEY FUNDAMENTAL)

§ 29. EL CONTROL DE LAS NORMAS - ARTÍCULO 100	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	509
127. Sentencia BVerfGE 1, 184 [Control de normas I]	509
128. Sentencia BVerfGE 2, 124 [Control de normas II]	513
§ 30. PROHIBICIÓN DE TRIBUNALES DE EXCEPCIÓN - ARTÍCULO 101	
DE LA LEY FUNDAMENTAL	513
129. Sentencia BVerfGE 4, 412 [Juez legítimo]	514

130. Sentencia BVerfGE 42, 237 [Deber de elevar una consulta a un tribunal superior]	516
§ 31. ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE - ARTÍCULO 102 DE LA LEY FUNDAMENTAL	517
131. Sentencia BVerfGE 18, 112 [Extradición I]	517
§ 32. GARANTÍA DE AUDIENCIA - ARTÍCULO 103 DE LA LEY FUNDAMENTAL	519
a) Derecho a ser oído ante los tribunales	519
132. Sentencia BVerfGE 9, 89 [Garantía de audiencia ante orden de aprehensión]	519
133. Sentencia BVerfGE 41, 246 [Baader-Meinhof]	522
134. Sentencia BVerfGE 25, 158 [Juicio en rebeldía - Garantía de audiencia]	523
135. Sentencia BVerfGE 107, 395 [Audiencia ante los tribunales especializados]	525
b) Certeza de la Ley Penal e Irretroactividad de las Normas	529
136. Sentencia BVerfGE 14, 174 [Sujeción a la Ley en el Derecho Penal]	529
137. Sentencia BVerfGE 32, 346 [Normas penales en ordenanzas municipales]	532
138. Sentencia BVerfGE 26, 41 [Grave desorden público]	533
139. Sentencia BVerfGE 25, 269 [Prescripción de la acción penal]	534
140. Sentencia BVerfGE 92, 1 [Bloqueo por parte de manifestantes]	537
141. Sentencia BVerfGE 104, 92 [Acción de bloqueo]	541
142. Sentencia BVerfGE 105, 135 [Pena patrimonial]	545
c) Prohibición de la doble penalización por un mismo hecho	552
143. Sentencia BVerfGE 23, 191 [Negativa a prestar servicio civil]	552
§ 33. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - ARTÍCULO 104 DE LA LEY FUNDAMENTAL	554
144. Sentencia BVerfGE 10, 302 [Tutela]	555
145. Sentencia BVerfGE 22, 311 [Pena de arresto]	558
146. Sentencia BVerfGE 105, 239 [Asuntos reservados a la autoridad judicial]	560

ANEXOS

Anexo I. Ley Fundamental para la República Federal Alemana 23 de mayo de 1949	567
Anexo II. Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG)	629
Índice analítico	661
Índice progresivo (por número de sentencia BVerfGE)	667

Abreviaturas

ABl	Amtsblatt - Boletín
AK-GG	Alternativkommentar Grundgesetz - Comentario Alternativo a la Ley Fundamental
AktG	Aktiengesetz - Ley de Acciones
Amt.Slg.	Amtliche Sammlung - Colección de Boletines
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts - Revista de Derecho Público
AuslG	Ausländergesetz - Ley de Extranjería
BayGVBl	Bayerisches Gesetzblatt - Boletín Oficial de Baviera
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht - Tribunal Superior de Baviera
BayVBl	Bayerisches Verwaltungsblatt - Boletín Bávaro de Administración Pública
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern - Tribunal Constitucional de Baviera
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof - Tribunal Bávaro de lo Contencioso Administrativo
BBG	Bundesbeamtengesetz - Ley de la Función Pública Federal
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) – Ley Federal para la Indemnización de Víctimas de la Persecución del Régimen Nacionalsocialista (Ley de Indemnizaciones)
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz (Agencia Federal para la Defensa de la Constitución)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch - Código Civil
BGBI	Bundesgesetzblatt - Boletín Oficial Federal
BGH	Bundesgerichtshof - Tribunal Superior Federal
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen - Compilación de Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior Federal
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz - Ley Marco para la Reglamentación de los Funcionarios Públicos
BStatG	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistikgesetz) - Ley sobre Estadísticas para ser utilizadas por la Federación (Ley Federal de Estadística)

BT-Druck	Drucksachen des Bundestages - Publicaciones del Bundestag
BtMG	Betäubungsmittelgesetz - Ley sobre Estupefacientes
BVerfG	Bundesverfassungsgericht - Tribunal Constitucional Federal
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Compilación de Jurisprudencia Constitucional
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht - Ley del Tribunal Constitucional
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht - Tribunal Superior Federal de lo Contencioso Administrativo
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz) - Ley sobre los Asuntos de los Expatriados y Refugiados
DJT	Deutscher Juristentag - Congreso de Juristas Alemanes
DÖV	Die öffentliche Verwaltung - Revista de Administración Pública
DRiG	Deutsches Richtergesetz - Ley Alemana de Jueces
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt - Revista Alemana de Administración
EinzelHG	Einzelhandelsgesetz – Ley de Comercio al Por Menor
ESTG	Einkommenssteuergesetz - Ley del Impuesto sobre las Rentas de las Personas Físicas
GBI	Gesetzblatt - Boletín de Legislación
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt - Boletín Común de los Ministerios
GVBl	Gesetz und Verordnungsblatt - Boletín Legislativo
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz - Ley de Organización de los Tribunales
HATG NRW	Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen über Freizeitgewährung für Frauen mit eigenem Hausstand (Hausarbeitstag- Ley del Estado de Nordrhein-Westfalen sobre el otorgamiento de tiempo de descanso para las mujeres a cargo de un hogar propio
HGVBl	Gemeinsames Ministerialblatt des Landes Essen - Boletín Ministerial Común del Estado de Hesse
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen - Ley sobre Cooperación Internacional en Asuntos Penales
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts - Anuario de Derecho Público
JuS	Juristenzeitung - Revista de Juristas
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturheberrechtsgesetz) - Ley de Derechos de Autor sobre obras de Artes Plásticas y Fotografía (Ley de Propiedad Artística)
LF	Ley Fundamental
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände) - Ley para el Comercio con Alimentos, Productos de Tabaco, Cosméticos y demás Artículos de Necesidad (Ley de Alimentos y Artículos de Necesidad)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift - Nueva Revista Semanal de Derecho
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht - Tribunal Superior de Justicia Estatal

PBefG	Personenbeförderungsgesetz - Ley sobre el Transporte de Personas
RG	Reichsgericht - Tribunal del Reich
RGBI	Reichsgesetzblatt - Boletín Oficial del Reich
SG	Soldatengesetz – Ley para los Soldados
SGB	Sozialgesetzbuch - Código Social
StGB	Strafgesetzbuch - Código Penal
StPO	Strafprozessordnung - Ley de Enjuiciamiento Criminal
VereinsG	Vereinsgesetz - Ley de Asociaciones
VersammlG	Versammlungsgesetz - Ley de Reunión
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv - Revista de la Administración
VGH	Verwaltungsgerichtshof - Tribunal Contencioso Administrativo
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung - Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
VZG	Volkszählungsgesetz - Ley de Censo
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) - Ley para la Regulación del Patrimonio Acuífero
WRV	Weimarer Reichsverfassung - Constitución de Weimar
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung - Revista de Legislación
ZPO	Zivilprozessordnung - Ley de Enjuiciamiento Civil
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Siglas del Tribunal Constitucional Federal

2 BvA	Verwirkung von Grundrechten - Pérdida de los Derechos Fundamentales (Art. 18 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 1, 36-41 BVerfGG)
2 BvB	Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Parteien - Declaratoria de inconstitucionalidad de un partido político (Art. 21, párrafo 2 de la Ley Fundamental §§ 13, párrafo 2, 43-47 BVerfGG)
2 BvC	Wahlprüfungsbeschwerden - Revisión de elecciones (Art. 41, párrafo 2 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 3, 48 BVerfGG)
2 BvD	Anklagen gegen den Bundespräsidenten - Demandas en contra del Presidente Federal (Art. 61 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 4, 49 - 57 BVerfGG)
2 BvE	Verfassungsstreitigkeiten zwischen Bundesorganen - Controversias Constitucionales entre los órganos federales (Art. 93, párrafo 1, núm. 1 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 5, 63-76 BVerfGG)
1 BvF	Abstrakte Normenkontrollen - Control abstracto de las normas
2 BvF	(Art. 93, párrafo 1, núm. 2 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 6, 76-79 BVerfGG)
2 BvG	Bund/Länder-Streitigkeiten - Controversias entre la Federación y los estados (Art. 93, párrafo 1, núm. 3 und Art. 84 núm. 4 frase 2 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 7, 68-70 BVerfGG)

- 2 BvH Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nach - Controversias de derecho público de conformidad con el Art. 93, párrafo, 1, núm. 4 de la Ley Fundamental (§§ 13, párrafo 8, 71-72 BVerfGG)
- 2 BvJ Richteranklagen - Acusaciones en contra de los jueces (Art. 98, párrafos 2 y 5 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 9, 58-62 BVerfGG)
- 2 BvK Landesverfassungsstreitigkeiten kraft landesrechtlicher Zuweisung - Controversias constitucionales al interior de los Estados, para los cuales la Constitución del Estado remite al Tribunal Constitucional Federal (Art. 99 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 10, 73-75 BVerfGG)
- 1 BvL Konkrete Normenkontrollen - Control Concreto de las Normas (Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 11, 80-82 BVerfGG)
- 2 BvL
- 2 BvM Völkerrechtsqualifikationsverfahren - Revisión de los tratados internacionales (Art. 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 12, 83-84 BVerfGG)
- 2 BvN Vorlagen von Landesverfassungsgerichten - Solicitudes de los Tribunales Constitucionales estatales (Art. 100, párrafo 3 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 13, 85 BVerfGG)
- 2 BvO Feststellung des Fortgeltens von Recht als Bundesrecht - Declaración de la validez de una norma como derecho federal (Art. 126 de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 14, 86-89 BVerfGG)
- 2 BvP Sonst durch Bundesgesetz zugewiesene Fälle - Otros asuntos remitidos por la ley federal (Art. 93, párrafo 2 de la Ley Fundamental, § 13, párrafo 15 BVerfGG)
- 1 BvQ Ordenes provisionales (§ 32 BVerfGG)
- 2 BvQ
- 1 BvR Verfassungsbeschwerdeverfahren - Recursos de amparo (Art. 93, párrafo 1, núm. 4a, 4b de la Ley Fundamental, §§ 13, párrafo 8a, 90-95 BVerfGG)
- 2 BvR
- 2 BvT Sonstigen Verfahren - Otros procesos
- PBvS Verfahren bei Plenarentscheidungen nach § 105 BVerfGG - Procesos sometidos a la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional de conformidad con el § 105 BVerfGG (Amtsenthebung eines Bundesverfassungsrichters - Pérdida de la investidura de un magistrado del Tribunal Constitucional Federal)
- PBvU Verfahren bei Plenarentscheidungen nach § 16 BVerfGG - Procesos sometidos a la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con el § 16 BVerfGG (Abweichung des einen Senats von der Rechtsauffassung des anderen - Divergencia entre la opinión jurídica de una y otra Salas)

Prólogo

Pocos años después de la traducción de la compilación de sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán del Prof. Jürgen Schwabe, catedrático de la Universidad de Hamburgo, Alemania, publicada en el año 2003 con el título *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, se agotaron todos los ejemplares que se distribuyeron entre magistrados de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, catedráticos y facultades de Derecho, instituciones gubernamentales y no-gubernamentales así como otros estudiosos y operadores del Derecho a lo largo del continente americano. Desde entonces, la demanda no ha disminuido, seguimos recibiendo muchas solicitudes de esa obra.

Debido al desarrollo jurisprudencial que ha tenido el Tribunal Constitucional Federal alemán en los últimos años, y con el afán de mejorar y actualizar una obra que tiene tanto éxito en Latinoamérica, descartamos la idea de una reimpresión e iniciamos un proyecto nuevo, revisando la edición anterior y ampliándola con nuevas sentencias que el propio compilador Jürgen Schwabe había incorporado en la octava edición de su libro *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal)*.¹ Por ende, la presente obra es la versión más completa y sistematizada sobre la jurisprudencia constitucional alemana publicada en español y constituye una herramienta importante en la labor del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer.

Este año, la Constitución Política de la República Federal Alemana celebra su sexagésimo aniversario. El 23 de mayo de 1949 entró en vigor la llamada Ley Fundamental (*Grundgesetz*) cuya denominación refleja la idea original de los miembros del Consejo Parlamentario (*Parlamentarischer Rat*), institución encargada de la elaboración del texto, que sólo pretendía que esta Ley Fundamental tuviera una vigencia provisional para la parte occidental de la Alemania de la posguerra, aún ocupada por los

¹ Ver detalles en la nota del traductor (nueva edición).

aliados occidentales y, únicamente hasta que se lograra la reunificación del país. Mientras la esperanza de cumplir con esta aspiración se alargaba, la Ley Fundamental se convirtió en la base para la creación de un Estado democrático de Derecho, con un *orden fundamental liberal-democrático* (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) y con un orden económico que ha garantizado un crecimiento económico estable con equilibrio social (economía social de mercado). Cuarenta años después, cuando finalmente la reunificación de los dos Estados alemanes se hizo realidad, los habitantes de la antigua Alemania comunista, la llamada República Democrática Alemana, decidieron voluntariamente adherirse al orden constitucional de la Alemania liberal-demócrata, la República Federal Alemana. Desde el 3 de octubre de 1990, la Ley Fundamental es la norma máxima para todos los alemanes.

El éxito de la Constitución con más vigencia en la historia democrática de Alemania se debe a distintos factores, y existen diversas opiniones al respecto, entre los cuales se menciona el rápido crecimiento económico de la joven República Federal en las primeras dos décadas de su existencia. Se alude también al carácter simple y abierto del texto constitucional, muy adaptable a los cambios de la sociedad, a los avances tecnológicos y a la creciente integración del Estado alemán en las Comunidades Europeas que se han convertido en la Unión Europea formada actualmente por 27 Estados miembros. Pero no cabe duda de que un factor esencial, tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental, sea la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de su jurisprudencia. Por medio de sus sentencias que han resuelto recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad de leyes, este tribunal ha dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado. Una de las sentencias más citadas por su carácter fundamental fue la del caso Lüth² del año 1958, en la que determina el Tribunal que “la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino encarna un *orden objetivo de valores* (*objektive Wertordnung*)”,³ con la consecuencia de que “los valores o principios fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino para todos los ámbitos del Derecho”,⁴ estableciendo y convalidando con este criterio el famoso concepto de *Drittwirkung* (eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros). Esta sentencia es solamente un ejemplo entre muchos para demostrar el papel decisivo del Tribunal Constitucional Federal en el desarrollo de conceptos fundamentales del orden constitucional alemán, que le ha brindado a la Ley Fundamental su fuerza, su vigencia y la plena aceptación de los ciudadanos. También ha servido para fortalecer al propio Tribunal como órgano constitucional (*Verfassungsorgan*), con legitimidad derivada directamente de la Cons-

² BverfGE 7, 198. Ver estudio analítico de Rubén Sánchez Gil: “La interpretación doctrinal y judicial de la Constitución alemana” en *Revista Lex. Difusión y análisis*, núm. 166, abril 2009.

³ Rubén Sánchez, citando a Robert Alexy, *op. cit.*

⁴ *Idem.*

titución, que le sitúa en el mismo rango del presidente de la República, del *Bundestag* y *Bundesrat* (las dos Cámaras del Parlamento) y del gobierno federal.

Hay que recordar que el Tribunal Constitucional Federal alemán no tiene instrumentos para ejecutar el cumplimiento de sus decisiones. Su “poder” se funda exclusivamente en el prestigio de la institución y se manifiesta en la autoridad y convicción de la motivación de sus decisiones. Por su destacado papel como último y decisivo intérprete de la Constitución, le ha tocado a menudo resolver casos políticamente relevantes y delicados, que impactaron en las decisiones políticas tomadas por los demás poderes del Estado. A lo largo de su existencia, el Tribunal ha recibido no solamente aplausos, sino también severas críticas. Pero hasta el momento, nunca se ha cuestionado abiertamente su legitimidad o la fuerza vinculante de sus decisiones. Sigue siendo válida la muy citada frase del juez estadounidense Charles E. Hughes quien afirmaba en el año 1902: “Estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces digan que es”.⁵

Sin embargo, en un mundo globalizado, el orden jurídico de los Estados-nación también está influenciado por la internacionalización del Derecho. Tratados internacionales vinculan a los Estados y sus instituciones, incluyendo a los poderes judiciales. En el ámbito de la justicia constitucional, son específicamente los tratados sobre los Derechos Humanos que, por mandato constitucional o del Derecho Internacional Público (principio *pacta sunt servanda*), forman parte del conjunto de normas que el juez constitucional debe aplicar y compatibilizar con la propia Constitución. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha tenido que posicionarse frente a una jurisprudencia a veces contradictoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁶ máxima autoridad para interpretar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De la misma manera, los tribunales latinoamericanos tienen que tomar en cuenta las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto. La coexistencia de tribunales nacionales e internacionales encargados de velar por la efectiva tutela de las personas, no debe ser fuente de un conflicto entre estas instituciones por la primacía de la interpretación de los derechos fundamentales, sino un incentivo para entrar en un diálogo jurisprudencial sobre la mejor forma de proteger a los ciudadanos. Con este propósito publicamos junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la revista denominada *Diálogo Jurisprudencial*⁷ que recoge sentencias de tribunales nacionales que

⁵ C. E. Hughes, Speech, Elmira, New York, mayo 3, 1902.

⁶ P. ej., en el famoso caso de la princesa Carolina de Mónaco del 24 de junio de 2004 (*Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00 (Sect. 3), CEDH/ECHR 2004-VI)

⁷ <http://www.kas.de/proj/home/pub/14/4/year-2008/dokument_id-15469/index.html>.

reflejan la recepción nacional de la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos.

En Latinoamérica, la idea de un órgano independiente de control constitucional ha ganado terreno y se ha manifestado en la creación de tribunales, cortes o salas constitucionales. A pesar de los conflictos con los demás poderes del Estado que han tenido que enfrentar tanto en el pasado como en la actualidad, los jueces constitucionales han consolidado su función como garantes del orden constitucional y de las garantías fundamentales, usando justamente las herramientas de la interpretación integral, sistemática y armónica de las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos, incluyendo el llamado quinto método interpretativo, el del derecho comparado.

Sin embargo, también se observan serias amenazas para la consolidación de la justicia constitucional en la región: Actualmente existe en algunos países latinoamericanos un debate sobre el sistema político adecuado, que se manifiesta a través de propuestas de “Reforma de Estado” que implican importantes cambios legislativos e institucionales, reformas constitucionales “irregulares”⁸ o incluso renovaciones completas de la arquitectura constitucional, por medio de la convocatoria de una constituyente. En estos escenarios políticos, muchas veces legitimados a través de la movilización de los grupos sociales marginados, los tribunales constitucionales en su afán de proteger el orden constitucional vigente, se han concebido como un obstáculo al cambio. Es evidente que el juez constitucional no puede defender con éxito a una Constitución que ya no cuenta con la aprobación del pueblo. Como afirmó Norbert Lösing,⁹ “la existencia y subsistencia de una Constitución dependerá en primer lugar de la medida en que se cumpla su función integradora de la comunidad constituida por ella”. Por otro lado, una constitución que recoge todas las demandas, aspiraciones y deseos, por más legítimos que sean, pierde su funcionalidad y su credibilidad a la hora de ser aplicada. En vez de ser un garante de derechos y garantías, se asemeja más a una carta de buenas intenciones.

En estos escenarios políticos, la justicia constitucional difícilmente convence solamente a través de una jurisprudencia enclaustrada, por indiscutible que sea. La mejor forma de prevenir los ataques a la independencia judicial es ganarse la confianza de los ciudadanos, haciéndoles partícipe de los procedimientos judiciales. En este sentido, algunos tribunales constitucionales ya han implementado medidas de transparencia y están experimentando nuevas formas de comunicación social, mediante las cuales explican a los ciudadanos de manera clara y entendible los motivos y el razonamiento

⁸ Ver Néstor P. Sagüés, “Notas sobre el poder constituyente irregular”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*.

⁹ Norbert Lösing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, S. L., 2002, p. 343.

de sus decisiones, utilizando las herramientas mediáticas modernas.¹⁰ Es el apoyo por parte de la ciudadanía a un Poder Judicial (incluyendo la jurisdicción constitucional) consciente de su responsabilidad ante los ciudadanos, lo que le fortalece y mejor le blindo ante los desafíos provenientes de los demás poderes estatales. El juez constitucional como protector de las garantías individuales y los Derechos Humanos también requiere el respaldo por parte de la ciudadanía.

La Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, desde su creación en 1991, ha puesto su énfasis en el fortalecimiento de una justicia constitucional eficaz e independiente. Con los encuentros anuales de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de Latinoamérica, con publicaciones periódicas como el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*,¹¹ el ya mencionado *Diálogo Jurisprudencial* y otras obras en el ámbito del Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, así como con proyectos específicos de diálogo político y capacitación, queremos promover el intercambio, el entendimiento y el aprendizaje para fortalecer a la justicia constitucional en Latinoamérica.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán es una referencia importante para muchas Cortes y Salas Constitucionales en Latinoamérica. Con la traducción al español de la esencia de las sentencias más relevantes se pretende facilitar el acceso a esta jurisprudencia. En 2005, se publicó también la primera versión en portugués, bajo la coordinación del catedrático brasileño Leonardo Martins.¹² Al igual que todas las publicaciones del Programa, la presente obra se encuentra íntegramente en la página web.¹³

La publicación de esta nueva edición no hubiese sido posible sin la labor diligente y meticulosa del Dr. Emilio Maus Ratz, quien ha revisado todas y cada una de las sentencias recogidas en la primera edición y ha traducido nuevas sentencias introducidas por el compilador original. También merecen nuestro agradecimiento la Sra. Isabel Ramírez, correctora de estilo, así como la Lic. Bettina Elstner y el Sr. Héctor Astorga, quienes se han encargado del diseño exterior y el formato interior del libro. Igualmente, agradecemos al Lic. Ignacio Álvarez, fiel y entusiasta colaborador del Programa Estado de Derecho de la oficina en la Ciudad de México, quien nos ha apoyado en la coordinación del proyecto. Finalmente, es menester mencionar la generosidad del Prof. Dr. Jürgen Schwabe al permitir de nuevo la traducción al español de su trabajo, que es

¹⁰ Ver J. Caballero, V. Díaz, E. Villanueva en *Derecho de acceso a las información en el Poder Judicial*, México, Miguel Angel Porrúa, 2006: <http://www.kas.de/proj/home/pub/14/4/year-2006/dokument_id-9152/index.html>.

¹¹ <http://www.kas.de/proj/home/pub/14/4/year-2008/dokument_id-14931/index.html>.

¹² <http://www.kas.de/proj/home/pub/13/1/year-2005/dokument_id-7738/index.html>.

¹³ <www.kasmex.org.mx o www.kas.de/uruguay>. Enlace directo: <http://www.kas.de/proj/home/pub/14/4/year-2009/dokument_id-16817/index.html>.

una bendición para muchos estudiantes de Derecho en Alemania y esperamos lo sea también para los lectores hispanohablantes en Latinoamérica.

GISELA ELSNER
RUDOLF HUBER
CHRISTIAN STEINER

*Directores del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica
Julio de 2009*

Nota del traductor (nueva edición)

La presente edición castellana corresponde a la octava edición de la compilación elaborada por el Prof. Jürgen Schwabe. En ella se incorporan nuevas sentencias, publicadas en los tomos 101 al 109 de la colección oficial de *Jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE)*.

Las nuevas sentencias se ocupan de temas diversos; a continuación se enumeran algunas, sin ánimo de exhaustividad. Así, la sentencia BVerfGE 102, 197 trata sobre las concesiones para operar casinos y su relación con el derecho fundamental de la libertad de trabajo. La sentencia BVerfGE 102, 347 analiza la campaña de publicidad provocativa de la empresa “Benetton” y la libertad de expresión. Diversas sentencias se refieren al derecho a la privacidad –como parte del derecho de la personalidad– y la tensión surgida al chocar éste con el interés (deber) del Estado de perseguir eficazmente los delitos (BVerfGE 103, 142; 106, 28; 107, 299; 109, 279).

Algunas resoluciones abordan diversos aspectos de la libertad religiosa y sus manifestaciones. Tal es el caso de la sentencia BVerfGE 105, 279, sobre afirmaciones de servidores públicos acerca de una secta religiosa; la sentencia BVerfGE 104, 337, sobre el derecho de un carnicero musulmán a vender carne de animales sacrificados ritualmente –y sin anestesia– para satisfacer la demanda de sus clientes musulmanes; la sentencia BVerfGE 108, 282 sobre el derecho de una maestra de religión musulmana a utilizar velo islámico (*hijab*) durante clases, en oposición con el deber de neutralidad del Estado en materia religiosa. Otra sentencia se ocupa de las sociedades de convivencia (BVerfGE 105, 313).

Finalmente se encuentran sentencias relativas a las garantías de debido proceso legal, garantía de audiencia, reserva judicial y aplicación de la ley penal. Tal es el caso de las sentencias BVerfGE 105, 239; 107, 395; 105, 135 (que considera inconstitucional la “pena patrimonial”), o de la sentencia BVerfGE 104, 92 (la cual considera que las acciones de bloqueo en que los participantes erigen una barrera física constituyen actos de violencia/coacción en términos de la legislación penal).

A lo largo de las sentencias, se dejan ver algunas instituciones típicas del derecho constitucional alemán, de gran interés para el jurista de habla hispana.

En la presente edición se han introducido algunas notas al pie (pocas), con el propósito de esclarecer ciertas ambigüedades, ubicar al lector en el contexto histórico de la sentencia y lograr una mejor comprensión del alcance de una resolución y de las instituciones jurídicas discutidas. En ningún momento se intentó llevar a cabo un análisis exhaustivo –lo cual hubiera rebasado el propósito de la presente obra–, sino de aportar unas cuantas claves interpretativas que faciliten trasladar los razonamientos jurídicos –con “su profundidad dogmática y su riqueza de detalles” y matices– a la realidad concreta de cada país. Se trata de un trabajo en ciernes, que quizá pueda ser completado más adelante.

Finalmente, se han incorporado más voces al índice analítico, a fin de facilitar la utilización de esta obra.

EMILIO MAUS RATZ
Ciudad de México, en junio de 2009

Prólogo de la primera edición

La idea del presente libro surgió de numerosas conversaciones que sostuve como director del *Programa Estado de Derecho* de la Fundación Konrad Adenauer, con jueces y profesores de diferentes países suramericanos, quienes me mencionaron la importancia que tendría para ellos tener a mano una recopilación de las principales decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán. Al principio no podía creer que todavía no existiera una traducción de este tipo, ni siquiera en España. Sin embargo, pude verificar esta información cuando me puse en contacto con unos profesores de derecho constitucional españoles.

Las sentencias aquí traducidas y publicadas fueron tomadas del libro *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal)* del constitucionalista hamburgués, Prof. Dr. Jürgen Schwabe, que desde 1979 es profesor ordinario en la Universidad de Hamburgo. Se trata de una compilación de los extractos más importantes de las principales sentencias de este tribunal de los últimos cincuenta años. Su trabajo es lectura obligatoria en las facultades de derecho en Alemania y se encuentra además en toda buena biblioteca jurídica. Schwabe se limita a las más importantes de las cerca de 116 000 sentencias y decisiones del Tribunal Constitucional Federal existentes hasta ahora, ofreciendo así un instrumento irrenunciable para ubicarse en la intensa producción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. La traducción al español fue realizada por la abogada colombiana Marcela Anzola Gil.

Con ocasión del quincuagésimo aniversario del Tribunal Constitucional Federal, la publicación tiene por objeto facilitarles a los jueces constitucionales, jueces de los tribunales ordinarios y otros funcionarios judiciales, profesores de derecho, investigadores y estudiantes en Latinoamérica, su trabajo con las decisiones del mismo. Puesto que, como lo he observado, éstas son citadas repetidamente a pesar de que no existe hasta ahora una traducción completa al idioma español. Más aún, por lo general se emplea como fuente la jurisprudencia española y así las sentencias alemanas son usadas “de segunda mano”.

Tengo muy claro que la jurisprudencia alemana no puede ser aplicada en una relación 1:1 en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos; se debe tener cuidado al trasladar al extranjero determinados pronunciamientos de un tribunal alemán, sin conocer muy bien el contexto específico en que la sentencia fue dictada. No obstante, creo que la jurisprudencia alemana con su profundidad dogmática y su riqueza de detalles puede ser en muchas ocasiones al menos una ayuda para la interpretación de las normas constitucionales en el extranjero.

Nuestras constituciones se basan en gran medida en los mismos principios y garantizan los mismos derechos; y en parte hasta en su tenor son idénticos. Esto porque las constituciones latinoamericanas por lo general han sido concebidas con el modelo de las europeas y norteamericana. No obstante, en la realización de los derechos fundamentales no se ha alcanzado en todas partes el mismo estándar. Para el traslado de las libertades y derechos garantizados a la realidad social se requiere de una institución independiente, cuya función sea la de vigilar ese proceso. Mientras el Tribunal Constitucional Federal alemán ha tenido 50 años para desarrollar su jurisprudencia constitucional, en los países latinoamericanos los tribunales constitucionales y las salas constitucionales son una creación relativamente reciente —o todavía a realizar.

La función de la jurisdicción constitucional no es sólo la de ejercer una intervención restrictiva y reguladora, sino más bien la de vincular los derechos fundamentales al permanente proceso de transformación social. Debido al creciente número de innovaciones técnicas y científicas surgen siempre nuevas, y hasta ahora desconocidas, cuestiones éticas. Aquí se señala que la función de un defensor de la Constitución, institucionalizado estatalmente, es ante todo, también, de interpretación. Se trata de analizar a la luz de la Constitución los nuevos desarrollos y de integrar las concepciones existentes a los nuevos procesos sociales. En forma breve, los artículos constitucionales formulados concisamente, requieren de una concreción. En Alemania esta función la ha cumplido en forma decisiva el Tribunal Constitucional Federal con sede en Karlsruhe (Baden-Württemberg), que se reconoce hoy en día como verdadero “defensor de la Constitución”. En sus más de cincuenta años de existencia, esa institución se ha convertido, en el suelo alemán, en el fundamento básico de una democracia y de un Estado de Derecho estable.

¿A qué circunstancias entonces se debe que el Tribunal Constitucional Federal alemán cumpla este importante rol? Yo diría que primero a su posición constitucional en el Estado, y después también a su organización y estructura. Según la Ley Fundamental, es decir, la Constitución alemana, el Tribunal Constitucional Federal es un órgano constitucional (*Verfassungsorgan*) igual como el gobierno federal, el Parlamento federal, la Cámara federal de los estados o el presidente federal. Los jueces constitucionales tienen la última palabra en todas las preguntas de la interpretación de la Ley Fundamental. Deciden con fuerza constitucional, cómo se debe responder una cuestión constitucional en caso de diferencias de opinión y de conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. En esta medida el Tribunal Constitucional Federal como

el máximo órgano de solución de controversias, se encuentra por encima de todas las instancias estatales. Dispone de un poder de control constitucional ilimitado frente a los tres órganos del poder estatal. Sus decisiones vinculan a los tres poderes del Estado, son inimpugnables, y poseen en los casos particulares, fuerza de ley objetiva.

La organización del Tribunal corresponde a esa posición. Se encuentra compuesta de dos salas, cada una con ocho jueces. Éstos son elegidos por el Parlamento federal y la Cámara federal de los estados con una mayoría de dos tercios, para un periodo de doce años. La posibilidad de una reelección se encuentra excluida. En materia administrativa el Tribunal Constitucional Federal no se somete a la supervisión de un ministerio, sino que se administra directamente y decide sobre el tamaño de su presupuesto, el cual es incluido en el presupuesto nacional. Está separado en todos los aspectos de los demás órganos constitucionales, tiene los mismos derechos que ellos y dispone de una independencia constitucional ilimitada. Sólo como un órgano constitucional autónomo, formal e institucionalmente, es posible que el Tribunal Constitucional Federal pueda vigilar la conservación y el respeto del ordenamiento constitucional alemán por parte de los otros poderes estatales, y en especial, del Legislativo.

La función del Tribunal Constitucional es la concreción de la Constitución mediante su interpretación. De este modo su labor se desarrolla no sólo en el campo del conocimiento del derecho, sino también en el de la creación. De ahí que en el centro de su jurisprudencia se encuentre la protección de los derechos fundamentales. El tribunal determina las diferentes funciones de un derecho fundamental y le da siempre prevalencia a aquella interpretación que despliega en forma más fuerte la efectividad jurídica de la respectiva norma.

El Tribunal Constitucional Federal ha entendido y estructurado los derechos fundamentales no sólo como un derecho de defensa subjetivo determinado, del ciudadano frente al poder público, sino además, como un orden de valores objetivo. Este orden de valores reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el fin supremo del derecho y permea jurídica y objetivamente la totalidad del ordenamiento legal. De ahí que el Tribunal Constitucional Federal no sólo haya interpretado, estructurado y ocasionalmente ampliado los derechos fundamentales en forma individual, sino que además ha estructurado la totalidad del sistema de derechos fundamentales en un complejo cerrado de valores y garantías.

Todas las instituciones estatales se encuentran obligadas a respetar la Ley Fundamental alemana. En caso de controversia, se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal. A éste le corresponde junto a la decisión de las controversias de carácter legal y organizacional, ante todo la protección constitucional del ciudadano. Es así como dentro de los procesos pendientes el mayor espacio lo ocupan los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*): de 136 622 solicitudes entre 1951 y 2001, 131 445 fueron recursos de amparo.

Toda persona que sienta que sus derechos fundamentales han sido violados por el poder público, puede elevar un recurso de amparo. Éste se puede dirigir en contra de la

medida de una autoridad, en contra de la sentencia de un tribunal, o en contra de una ley. Sin embargo, no todas las 5 000 solicitudes que se elevan en promedio por año son admitidas para la decisión de los jueces constitucionales. Presupuesto para la admisión es que la solicitud conlleve un significado constitucional fundamental, ya sea porque la violación del derecho fundamental que se invoca tiene un peso significativo o porque el recurrente se ve amenazado con perjuicios significativos. Esos requisitos lo han cumplido hasta ahora sólo cerca de 2.5 % de las solicitudes. En mi opinión, la fortaleza y el reconocimiento del Tribunal Constitucional Federal se basan también en que no se pronuncia sobre cualquier solicitud, sino que lleva a cabo una selección bien pensada.

La decisión sobre la aceptación de la solicitud debe diferenciarse de la admisión del recurso de amparo. Ésta representa el segundo obstáculo, antes de que el juez constitucional se ocupe directamente del asunto. El recurso de amparo es por lo general admisible sólo luego de que el recurrente ha acudido a los tribunales competentes sin éxito alguno. Ésta debe ser interpuesta por escrito y estar fundamentada. No se requiere de un apoderado judicial. Los costos del proceso son soportados por el Estado. Es así como el presupuesto estatal, por ejemplo, dispuso en el año pasado 15.1 millones de euros para el trabajo del tribunal.

Los efectos políticos del Tribunal Constitucional Federal se hacen evidentes, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, se deciden los conflictos de competencia entre el Ejecutivo y el Legislativo, o se disuelve un partido político inconstitucional (cosa que ha ocurrido muy raramente en los últimos cincuenta años). Pero también la labor interpretativa del juez constitucional influye inevitablemente en la esfera de lo político. Al respecto se pregunta cuál es la legitimación del tribunal en la vida del ordenamiento político y, por tanto, para intervenir, regulando, en la labor del legislador democrático.

La competencia del tribunal se aclara en la idea propia del sistema constitucional alemán con su absoluta prevalencia de la Constitución. El juez constitucional se encuentra apartado de la lucha política diaria. Su independencia, garantizada personal y materialmente en la Ley Fundamental, le asegura y le hace inmune frente a los procesos políticos, respecto de los cuales tiene el derecho de pronunciarse. Por el contrario, la decisión sobre la realización óptima del bien común se mantiene siempre como un asunto de la política en Alemania.

Por otra parte, una institución, que se encuentra dotada de tan amplia competencia, debe siempre tener presente, por su parte, los límites del poder de decisión propio. El principio de la separación de poderes requiere de la moderación en el uso del poder. En este sentido el tribunal se encuentra pensado con base en la autolimitación judicial y el respeto de los otros órganos constitucionales. Según las particularidades del campo temático, las posibilidades de conocimiento y la importancia del respectivo bien jurídico requieren de reserva. Esto es válido especialmente en el caso de decisiones pronósticas, de decisiones sobre la condición necesaria y para el caso del control de actos del Legislativo y el Ejecutivo en el ámbito de la política externa y económica. Además

el Tribunal no puede intervenir por sí mismo, sino solamente después de una solicitud. En esa forma se encuentra limitado a la reacción y al control.

Debo especial agradecimiento al Prof. Dr. Jürgen Schwabe, que ha permitido en forma generosa al Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, la traducción de su trabajo al español para que sea accesible a los lectores latinoamericanos. Por su trabajo de traducción le agradezco a Marcela Anzola Gil. Espero que la recopilación que estoy presentando sea de utilidad.

JAN WOISCHNIK

*Director del Programa Estado de Derecho
para Sudamérica (2001-2006)*

Nota de la traductora (primera edición)

A pesar de que en Alemania el control constitucional encuentra sus raíces en los siglos XV y XVI, con el Tribunal del Imperio y el Consejo Imperial, órganos especializados que tenían como función primordial la salvaguarda de los derechos individuales,¹ y que en la Constitución Imperial de Weimar (Art. 108) se previó la existencia de un Tribunal Constitucional,² que tenía como función principal conocer de las acusaciones del Reichstag (Parlamento) en contra del presidente del Imperio o de un ministro, así como de la resolución de conflictos entre los diferentes Estados, entre el Imperio y los Estados y –subsidiariamente– de las controversias constitucionales al interior de los Estados,³ y que el Art. 13 de la Constitución de Weimar⁴ permitía un control constitucional abstracto en caso de dudas sobre la compatibilidad del derecho de uno de los Estados con el derecho del Imperio, sólo hasta la Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949, se puede hablar de un verdadero control constitucional.

¹ U. Scheuner, “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert”, en Starck, Ch. (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, I, 1976, pp. 1 y ss.

² El Tribunal fue creado mediante ley de 9 de julio de 1921, RGBI, 1921, p. 905.

³ *Art. 19 de la Constitución de Weimar*: “De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un Territorio en donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos, así como de los litigios de carácter no privado entre Territorios distintos o entre el Reich y un Territorio, decidirá, a instancia de una de las partes litigantes, el Tribunal de Justicia Constitucional, siempre que el litigio no sea de la competencia de otro Tribunal del Reich. El Presidente del Reich es el encargado de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional”.

⁴ *Art. 13 de la Constitución de Weimar*: “El derecho del Reich prevalece sobre el de los Territorios. Si surgen dudas o diferencias de apreciación acerca de si una prescripción territorial es o no compatible con el derecho del Reich, la autoridad central competente del Reich o del Territorio puede solicitar la decisión de un Tribunal Supremo de Justicia del Reich a tenor de lo que especialmente disponga sobre la materia una ley del Reich”.

La Ley Fundamental instituyó la jurisdicción constitucional, que es ejercida por el Tribunal Constitucional Federal, que como custodio supremo de la Constitución y órgano constitucional dotado de la máxima autoridad, constituye una institución autónoma e independiente de la totalidad de los restantes órganos constitucionales.

El tribunal tiene su sede en Karlsruhe, y desde su creación en 1951 ha colaborado a la consolidación y efectividad del orden democrático liberal, y de manera especial a la vigilancia y cumplimiento de los derechos fundamentales. Y a pesar de que la labor que desarrolla tiene también efectos políticos, que se evidencian de manera especial cuando el tribunal declara la inconstitucionalidad de una ley, el tribunal no es un órgano político, el único criterio que le sirve de directriz es la Ley Fundamental, dejando fuera todo cuestionamiento de carácter político, y limitándose a determinar los marcos constitucionales que sirven de guía a las decisiones políticas. En este sentido

[...] el Tribunal Constitucional Federal se ha evidenciado como el más importante garante del respeto que le deben los demás órganos estatales al derecho constitucional. La contención del poder político que de allí se deriva, en beneficio de la normatividad de la Constitución, ha dado lugar a que la Ley Fundamental adquiriera un lugar privilegiado en la conciencia social, y ha contribuido considerablemente a la consolidación del nuevo orden político.⁵

El Tribunal Constitucional Federal se encuentra compuesto por dieciséis magistrados, ocho son elegidos por el Parlamento (*Bundestag*) y los restantes por el Consejo Federal (*Bundesrat*), con una mayoría de dos tercios, y para un periodo de doce años, sin que exista la posibilidad de una reelección.

El tribunal se divide en dos salas compuestas de ocho miembros. La Sala Primera se divide en tres secciones, compuestas por tres miembros, y la Sala Segunda, en cuatro secciones, compuestas por tres miembros, cada una. Mientras que las dos salas tienen competencia para conocer de los recursos de amparo y el control de las normas, la Sala Segunda conoce de manera exclusiva de los demás asuntos. Las secciones deciden sobre la admisibilidad o no, de los recursos de amparo. Sin embargo, en casos de gran envergadura, decide la Sala.⁶

La Sala Plena, por su parte, la componen los dieciséis miembros del tribunal. Ésta decide cuando una sala se quiere separar de la opinión de la otra sala. Adicionalmente, cumple funciones administrativas, y en el marco de la ley, reglamenta anualmente las competencias de las salas.

⁵ Ch. Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, I, 1976.

⁶ Entre 1951-2001 las salas dictaron 6 119 Sentencias y las Secciones tomaron 109 366 decisiones. Las secciones descongestionan en forma considerable las salas. En la actualidad se presentan aproximadamente 5 000 recursos de amparo cada año ante el Tribunal Constitucional Federal. Fuente: Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal conoce de un enjambre de asuntos (Art. 93 de la Ley Fundamental), que van desde la solución de conflictos entre órganos, y entre la Federación y los Estados; los recursos de amparo de los ciudadanos; el control abstracto y concreto de las normas; los contenciosos electorales, y la defensa del orden constitucional.

No es posible, a través de este breve exordio, realizar un análisis general sobre las modalidades de actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán, y de su particular control constitucional concentrado, que surge cuando un órgano judicial considere que una ley, de cuya validez depende un fallo y entienda que es inconstitucional, suspenderá el procedimiento en curso y planteará la correspondiente cuestión constitucional, ya sea ante el tribunal del respectivo Estado, o ante el Tribunal Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la Ley Fundamental (Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental). También se atisba de una manera somera cómo el Tribunal Constitucional Federal ante una duda surgida en un litigio acerca de si una regla de Derecho Internacional Público forma parte integrante del ordenamiento jurídico federal, determinará si es fuente inmediata de derechos y deberes individuales (Art. 100, párrafo 2 y Art. 25 de la Ley Fundamental).

Problema importante del Tribunal Constitucional Federal ha sido encontrar un equilibrio entre la garantía de los derechos fundamentales y el interés público, lo que en el mundo contemporáneo lleva a la inquietante temática sobre los diferentes matices de la interpretación judicial de la Constitución, y que suscita no pocas polémicas. En la práctica jurídica, y a través de una larga tradición, se han elaborado en Alemania criterios manejables y se han definido ciertas posiciones jurídicas en relación con los derechos fundamentales interpretados desde la perspectiva del Estado de Derecho y como límite a las facultades de un legislador también democráticamente legitimado. En este contexto se ha sostenido que en la práctica, el Tribunal Constitucional Federal no ha desarrollado una metodología unívoca, dando cabida a diversos métodos de interpretación, donde sobresale *la interpretación conforme a la Constitución*, de acuerdo con la cual, una norma susceptible de interpretación sólo puede ser declarada inconstitucional cuando ninguna de las interpretaciones posibles sea conforme a la Constitución. Fórmula ésta que, a pesar de haber sido objeto de no pocas controversias, ha contribuido a garantizar estabilidad jurídica.

Si bien es cierto que en los últimos cincuenta años el tribunal ha contribuido con su jurisprudencia a la interpretación y concreción de la Ley Fundamental, asegurando así la existencia del Estado democrático liberal, al tribunal le quedan aún por enfrentar los retos que plantea un mundo cada vez más interdependiente y en constante evolución. Si los primeros cincuenta años sirvieron a la consolidación de los principios del Estado de Derecho y del Estado social, los siguientes tendrá que dedicarlos con seguridad, a la adecuación de estos principios a los nuevos desarrollos que se están dando en el marco de la Unión Europea, y por qué no, en el contexto global.

Este libro, cuya traducción se ofrece al lector, contiene las más importantes decisiones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal durante sus primeros cincuenta años de existencia. Se trata de una compilación de sentencias por áreas temáticas, que permiten al lector conocer los desarrollos que se han dado a lo largo de la historia, y quizá lo que es más importante, conocer los orígenes y consolidación de importantes principios constitucionales que rigen no sólo en el derecho constitucional alemán, sino también en aquellos ordenamientos que han sido objeto de su influencia. Por tanto, se puede afirmar con certeza, que el lector encontrará en este texto una serie de sentencias con especial fuerza de convicción, que llevarán a un consenso constitucional en el ámbito del derecho comparado, y que contribuirán seguramente a desarrollos ulteriores.

MARCELA ANZOLA GIL
Bogotá, en diciembre de 2002

Primera Parte - Aspectos Generales

§ 1. INTERPRETACIÓN

1. Sentencia BVerfGE 11, 126¹ [Voluntad confirmatoria del legislador: normas preconstitucionales]

Una norma emitida con anterioridad a la Constitución puede ser atribuida a la voluntad del legislador postconstitucional sólo cuando del contenido de la ley misma se puede inferir objetivamente una voluntad ratificadora o –en caso de reformas de la ley– de la estrecha relación material entre la norma que no se ha modificado y la ya modificada.

Resolución de la Segunda Sala, del 17 de mayo, 1960
–2 BvL 11/59, 11/60–

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normas que hubieren sido promulgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, el 24 de mayo de 1949 (conocidas como leyes preconstitucionales), no se encuentran, en principio, sujetas al control previsto en el Art. 100, párrafo 1, núm. 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 2,124 [128 y ss.]; 8, 210 [213 y ss.]; 9, 39 [46]; 10,129 [132]; 10,185 [191]).

De conformidad con la decisión del Tribunal Constitucional del 17 de enero de 1957, es posible hacer una excepción a ese principio en el caso de aquellas normas preconstitucionales que el legislador “hubiere resuelto adoptar” luego de la entrada en

¹ Nota del traductor: el primer número corresponde al tomo y el segundo a la página en la que comienza la sentencia.

vigencia de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 55 [65]; además de la 7, 282 [290]; 8, 210 [213 y ss.]; 9, 39 [46]; 10, 129 [32]; 10, 185 [191]).

En contra de la motivación de esa decisión se han suscitado algunas objeciones [...]

Algunos autores opinan que el tribunal atribuye a la voluntad de los órganos involucrados en la creación de la ley un significado, aun cuando dicha voluntad no se manifieste en la ley misma. Sin embargo, la sentencia del 17 de enero de 1957 no representa una interpretación en este sentido. Ésta contraviene, además, los principios relativos al fin y a los métodos de interpretación de las leyes, reconocidos por el Tribunal Constitucional.

Mientras que la teoría “subjetiva” se basa en la voluntad histórica del “legislador”, es decir, del redactor de la ley, cuyos motivos se encuentran en el contexto histórico, la teoría “objetiva”, que goza de bastante reconocimiento en la jurisprudencia y en la doctrina, se basa en la interpretación de la ley misma, en la voluntad del legislador objetivada en la ley. “El Estado no se expresa a través de las aseveraciones personales de quienes participaron en la formación de la ley, sino en la ley misma. La voluntad del legislador va a la par de la voluntad de la ley”. (Radbruch, *Filosofía del derecho*, 4a ed., 1950, pp. 210 y ss.)

A esa finalidad de la interpretación sirven la interpretación según el tenor literal de la norma (interpretación gramatical), con base en el contexto (interpretación sistemática), con base en su finalidad (interpretación teleológica) y los estudios preparatorios de la ley y la historia de la formación de la ley (interpretación histórica).

Para comprender la voluntad objetiva del legislador se permiten todos esos métodos de interpretación. Ellos no se excluyen entre sí, sino que se complementan. Esto se aplica también para el caso en que se acuda a los estudios preparatorios de la ley, en la medida en que éstos se puedan relacionar con el contenido objetivo de la ley. Claro está que “los trabajos preparatorios de una ley deben ser valorados para su interpretación con una cierta reserva, en la medida que sólo sirven de apoyo” (RGZ 128, 111). De esto no se puede deducir, por tanto, que las ideas de las instancias legisladoras se puedan equiparar al contenido objetivo de la ley (por ejemplo, ya en RGZ 27, 411, además de Bayer VerfGH VGHE NF, tomo 3, II, 1950, p. 15 [24]). La voluntad del legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la ley sólo en la medida que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma (véase, por ejemplo, BGH LM, núm. 3 sobre el §133 BGB).

El Tribunal Constitucional Federal manifestó en la sentencia del 21 de mayo de 1952 (BVerfGE 1, 299 [312]) que para la interpretación de una disposición legal es determinante la voluntad objetivada del legislador que se expresa en ella, en tanto que se deriva del tenor de la disposición legal y del contexto del sentido; así como la historia de la creación de la disposición, cuya interpretación sólo adquiere significado “cuando se confirma la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios dados, o se presentan dudas que no puedan ser resueltas por las vías dadas”. En su sen-

tencia del 15 de diciembre de 1959 (BVerfGE 10, 234 [234]) el tribunal reafirmó estos principios [...].

2. La “voluntad del legislador” se encuentra objetivada en la ley. Por tanto, se entiende que una norma preconstitucional ha sido acogida por la voluntad del legislador postconstitucional cuando esto se puede inferir objetivamente del contenido de la ley misma o –en caso de reformas legislativas– de la estrecha relación material entre las normas modificadas y las no modificadas. Los motivos e ideas de los miembros de los cuerpos legislativos no serán, por tanto, decisivas en la medida que no encuentren expresión en la ley.

Por tanto, no significará que hay una confirmación de una ley que existe previamente a la Ley Fundamental cuando el legislador se limita a tolerarla y no procede a modificarla o derogarla. De la modificación de las disposiciones individuales de una ley preconstitucional tampoco se puede deducir, sin más, que el legislador aprobó y confirmó las restantes disposiciones de una ley preconstitucional. La opinión de que toda modificación a una ley preconstitucional por parte del legislador federal torna posconstitucional la totalidad de la ley, por cuanto que el legislador manifiesta de esta forma que considera constitucional la parte no modificada de la ley, no corresponde a la realidad. Especialmente en el caso de leyes muy amplias no se puede hacer la suposición irreal, de que el legislador, con motivo de una modificación individual, ya ha examinado y afirmado la constitucionalidad de la totalidad de la ley.

Para que una ley preconstitucional pueda ser convertida en posconstitucional, el legislador debe, además, dar a conocer una concreta voluntad confirmatoria en la ley. Éste es el caso, por ejemplo, cuando una norma anterior se expide nuevamente como ley, cuando una nueva norma (posconstitucional) remite a una norma anterior, o cuando un ámbito jurídico limitado y apreciable es modificado radicalmente por el legislador posconstitucional, y de la estrecha relación material entre las disposiciones antiguas y las modificadas resulta evidente que el legislador posconstitucional no las ha podido adoptar sin haberlas examinado.

2. Sentencia BVerfGE 8, 28 [Sueldos de funcionarios públicos]

1. *Al juez no le está permitido dar a una ley –cuyo tenor y sentido resultan evidentes– un significado diferente mediante una interpretación “conforme con la Constitución”.*

Resolución de la Primera Sala, del 11 de junio, 1958
–1 BvL 149/52-33–

...En este sentido tampoco sería posible, en el caso de una interpretación judicial complementaria, inferir claramente la voluntad de la ley de su tenor y la historia de su

formación, cuando el tribunal quiere fundamentarla en cumplimiento de su deber de interpretación de la constitucionalidad de la ley.

El Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del 7 de mayo de 1953 –BVerfGE 2, 66 [282]– ha expresado que “en caso de duda se ordena una interpretación conforme con la Constitución”. No obstante, añadió que “esto, por supuesto, no implicaba que se pudiera dejar de lado la finalidad de la ley”. El mismo tribunal ha empleado el mandato de la interpretación “conforme con la Constitución” en aquellos casos en los cuales una interpretación amplia de la ley resultaba incompatible con la Constitución, y lo ha rechazado, por ejemplo, cuando la interpretación –que se pudiera dar allí– habría encontrado correspondencia con las concepciones del legislador. En su lugar, el Tribunal Constitucional Federal ha ordenado una interpretación estricta, que por lo menos corresponda a la voluntad del legislador en la medida que sea compatible con la Constitución. Como resultado, la sentencia mantuvo en ese entonces al máximo la intención del legislador, dentro de los límites permitidos por la Constitución; de este modo se pudo dejar sin decidir si la intención del legislador, por ejemplo, iba un poco más allá. En los casos existentes se puede ver en qué medida el mandato de la interpretación “conforme con la Constitución”, le permite en general, al juez, limitar o complementar la voluntad del legislador. El Tribunal Constitucional Federal en su sentencia del 17 de junio de 1953 –BVerfGE 2, 336 [340, 341]– se pronunció a favor de tal posibilidad, cuando del derecho vigente se podía extractar el principio de igualdad sólo de una reglamentación positiva y ésta era compatible con el tenor de la ley. Pero, en ningún caso, una interpretación “conforme con la Constitución” puede cambiar o falsear la finalidad del legislador en un punto esencial. Éste sería el caso aquí. El §6, párrafo 1 de la Ley Modificatoria es claro. Según parece, la “interpretación conforme con la Constitución” propuesta por el Tribunal Superior le daría un sentido contrario al claro tenor de la ley. El tribunal se estaría entrometiendo no sólo en las competencias del legislador, sino también en las del Tribunal Constitucional Federal, al cual, de conformidad con el Art. 100 inc. 1 de la Ley Fundamental, le está reservada la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, que hubiere sido expedida bajo la vigencia de la Ley Fundamental, y cuyo sentido y tenor contraríe la Ley Fundamental –aquí el Art. 3 de la Ley Fundamental.

3. Sentencia BVerfGE 40, 88 [Notificación en ausencia del buscado]

1. *La interpretación y aplicación de una ley ordinaria es asunto de los tribunales especializados. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, tiene que establecer en forma vinculante las normas o límites que se dan en el derecho constitucional para la interpretación de una ley de este tipo.*
2. *Si el Tribunal Constitucional Federal en el marco de una “interpretación conforme con la Constitución” de una norma del derecho ordinario aclara*

para sí que determinadas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Ley Fundamental, en tal caso ningún otro tribunal podrá considerar constitucionales estas posibles interpretaciones.

Sentencia de la Segunda Sala, del 10 de junio, 1975
–2 BvR 1018/74–

[...] el Tribunal Constitucional Federal ha decidido que todo ciudadano que tenga un domicilio permanente y que no lo utilice transitoriamente durante las vacaciones, no está obligado a tomar especiales precauciones durante su ausencia en lo que respecta a una posible notificación. Más aún, puede confiar en que podrá obtener una restitución en su situación jurídica anterior en el caso en que durante su ausencia le sea notificada por correo una orden penal (o la imposición de una multa) y haya dejado vencer los términos para oponerse, por desconocimiento de la notificación suplementaria.

En la medida que el Tribunal del Estado, haciendo referencia a una sentencia del Tribunal Cameral del 2 de enero de 1974 (NJW, 1974, pp. 657 y ss.), ha expresado la posibilidad de poderse apartar de los principios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la reposición del proceso en casos de primera instancia, desconoce en forma violatoria la Constitución, así como la envergadura y efecto vinculante de esa jurisprudencia.

El §31 BVerfGG vincula a todos los tribunales en el ámbito de validez de la ley en general, a las decisiones del Tribunal Federal Constitucional. Si el Tribunal Federal Constitucional declara la nulidad o la validez de una disposición legal, su decisión tiene fuerza de ley de conformidad con el §31, párrafo 2 BVerfGG. Pero, también en otros casos, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal desarrollan, de conformidad con el §31, párrafo 1 BVerfGG un efecto vinculante, que trasciende el caso individual, por cuanto que los principios que se originan del tenor y los fundamentos que se exponen en la decisión a través de la interpretación de la Constitución deben ser tenidos en cuenta por los tribunales en todos los casos futuros (BVerfGE 19, 377 [391 y ss.]; 20, 56 [87]; 24, 289 [297]).

El §31 BVerfGG le atribuye a las decisiones del Tribunal Constitucional efectos vinculantes en la medida que la función del Tribunal Constitucional Federal, como intérprete supremo y guardián de la Constitución, así lo requiera. El efecto vinculante se limita por consiguiente a la parte de los fundamentos de la sentencia, en los cuales se hace referencia a la interpretación y aplicación de la ley. Éstos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias. La interpretación o aplicación de las leyes ordinarias es asunto de los tribunales especializados. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria. Si el Tribunal Constitucional Federal, en el marco de una “interpretación conforme con la Constitución” de una norma del derecho ordinario,

considera que ciertas interpretaciones posibles de esa norma no son compatibles con la Constitución, los demás tribunales no podrán considerar constitucionales esas posibles interpretaciones. Antes bien, de conformidad con el §31, párrafo 1 BVerfGG, todos los tribunales se encuentran vinculados a los veredictos de inconstitucionalidad pronunciados por el Tribunal Constitucional Federal como instancia vinculante en asuntos constitucionales. Por tanto, si una norma es declarada nula en su totalidad por el Tribunal Constitucional Federal o si, sencillamente, es calificada como inconstitucional mediante una determinada interpretación de una “variante normativa” en concreto, desde el punto de vista que la finalidad legal del §31 BVerfGG no puede hacerse ninguna diferencia en lo que respecta a la vinculatoriedad de los tribunales restantes.

§ 2. REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO ORDINARIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

4. Sentencia BVerfGE 18, 85 [Derecho Constitucional Específico]

1. *Sobre los límites de la revisión posterior de las sentencias judiciales por parte del Tribunal Constitucional Federal.*

Sentencia de la Primera Sala, del 10 de junio, 1964

[...] 3. Si según esto, el derecho ordinario que aplica el Tribunal Federal de Patentes es compatible con el Art. 14 de la Ley Fundamental, entonces queda por decidir sobre el argumento principal del recurso de amparo, esto es, si el Tribunal Federal de Patentes ha interpretado y aplicado ese derecho ordinario, en una forma que viola el derecho fundamental de la propiedad.

a) Los tribunales deben tener en cuenta, para la interpretación y aplicación del derecho ordinario, y especialmente de las cláusulas generales, los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales. Si un tribunal hace caso omiso de esos criterios, entonces, como representante del poder público, estaría violando las normas que contienen derechos fundamentales que fueron tenidas en cuenta; su sentencia podrá ser revocada por el Tribunal Constitucional Federal en el marco de una queja constitucional (BVerfGE 7,198 [207]; 12,113 [124]; 13, 318 [325]).

De otra parte, no se justificarían la importancia del recurso de amparo ni de las especiales funciones del Tribunal Constitucional Federal, si en forma similar a una instancia de revisión se quisiera hacer uso en forma ilimitada de la facultad de revisión posterior de las sentencias judiciales, porque una decisión ilegal posiblemente afectaría los derechos fundamentales de la parte vencida. La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho or-

dinario y su aplicación a los casos individuales son asunto de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer del asunto en el marco de un recurso de amparo (véase, BVerfGE 1, 418 [420]). No se considera, por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en la inobservancia de los derechos fundamentales.

Ciertamente, los límites a la posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional Federal no son siempre claramente demarcables; a la valoración del juez le debe quedar un cierto espacio, que le permita tener en cuenta las características especiales del caso individual. En general, se ha dicho que los procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. No se configura la violación de un derecho fundamental cuando la aplicación del derecho ordinario por parte del juez competente ha llevado a un resultado, cuya “exactitud” (en el sentido general de “conformidad” o “equidad”) es discutible, especialmente cuando en el caso del examen de los intereses en conflicto, llevado a cabo por un juez con base en la cláusula general legal, la valoración adoptada resulta cuestionable, porque los intereses de una u otra parte se han sopesado en mayor o menor medida.

b) El Tribunal Constitucional Federal no ha podido establecer que la decisión impugnada contemple la violación de un derecho fundamental en este sentido.

5. Sentencia BVerfGE 43, 130 [Panfletos]

1. *En el caso de la determinación del contenido de una declaración en una controversia de opinión política, que ha servido de base para una sentencia dictada con base en los §§ 186, 187a StGB, los puntos de vista y criterios que han servido para la determinación del contenido de la declaración deben ser compatibles con el Art. 5 inc.1 de la Ley Fundamental.*
2. *La pregunta es si se trata de un caso en el que por la relevancia de las intervenciones vinculadas a la sentencia, es susceptible de someterse plenamente al control constitucional posterior.*

Sentencia de la Primera Sala, del 7 de diciembre, 1976

El recurrente fue demandado por difamación política (§§ 186, 187 a StGB). El Tribunal Estatal condenó al recurrente al pago de una multa de 2 000 marcos. Adicionalmente, autorizó a la parte civil a publicar a cargo del recurrente, en tres periódicos, el texto de la sentencia.

Ante el Tribunal Estatal quedó acreditado que la oficina en la que laboraba la parte civil se ocupó no sólo del asentamiento de los alemanes, sino también de la expulsión de los campesinos polacos de sus fundos. También dio como probado que la parte civil comparó en alguna ocasión a los polacos con “chinchas”. Sin embargo, el recurrente acusó en forma maliciosa a la parte civil de haber participado en el exterminio de polacos. En ese sentido se debe entender el libelo, cuando se lee en su contexto.

El recurso de amparo se encuentra fundado.

I.

1. El recurso de amparo se dirige en contra de la sentencia de un tribunal ordinario en un proceso penal. Ésta, al ser una decisión proferida por un tribunal especializado competente, no es por antonomasia susceptible de revisión por un tribunal constitucional: la estructuración del proceso, la determinación y valoración de los hechos, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso individual se encuentran excluidas, en principio, de una revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de una violación del derecho constitucional específico puede conocer el Tribunal Constitucional Federal de un recurso de amparo (BVerfGE 18,85 [92]). Se puede dar una violación de este tipo cuando no se tiene en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en el derecho penal o en el derecho procesal penal, o ésta se establece de manera errónea. En este marco es de gran significado para el alcance del examen posterior de constitucionalidad, la intensidad de la minusvalorización de los derechos fundamentales que se cuestionan: si una condena es tan larga que toca la esfera de los derechos fundamentales del condenado, tanto más estrictos serán los requisitos para establecer los fundamentos de esta intervención y tanto más amplias las posibilidades de revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal (cf. BVerfGE 42,143 [148 y ss.] –DGB–).

Aun cuando en casos como el actual sólo se haya impuesto una multa, la pena –al tener el carácter de una sanción por la comisión de un acto criminal– tiene mayor intensidad que una sentencia proferida por un tribunal civil en caso de incumplimiento, retractación o indemnización por daños. A esto se añade el hecho de que la intervención de los derechos fundamentales que se alega en el recurso de amparo es grave: con el objeto de establecer la existencia de una afirmación maliciosa, el Tribunal Estatal pone en boca del recurrente una afirmación que no ha hecho, y con base en esto lo condena; en este caso estaríamos ante una fuerte intervención, que toca el núcleo de la esfera de la personalidad protegida por los derechos fundamentales. Más que el detrimento causado de manera individual a la libertad de opinión del recurrente, son de gran envergadura los efectos negativos al ejercicio general del derecho fundamental de la libertad

de opinión (véase, BVerfGE 42,143 [156] voto particular). Por tanto, una práctica de poder estatal de este tipo, aunque no precisamente por su efecto intimidatorio, tocaría sensiblemente la libertad de expresión, la libertad de información y la libre formación de la opinión, y de este modo afectaría la libertad de opinión en su sustancia.

En consecuencia, aquí no resulta suficiente preguntarse si la sentencia impugnada presenta errores que conciernen a una valoración fundamentalmente indebida del significado de los derechos fundamentales, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección (cf. BVerfGE 18, 85 [93]). El Tribunal Constitucional Federal tiene que examinar en detalle si cada una de las decisiones en las que se determina y valoran los hechos, y en las que se interpreta y aplica el derecho ordinario, se viola la libertad de opinión garantizada constitucionalmente.

2. En el caso de delitos cometidos a través de una afirmación, el tribunal de conocimiento puede establecer efectivamente la existencia de una violación tal, cuando en el contenido de una declaración escrita se da una interpretación, cuyo tenor no es claro o no lo es suficientemente. En estos casos, los “hechos” los constituye solamente el texto existente en el tribunal, cuyo contenido deberá ser analizado a través de una interpretación. Si la declaración ha tenido como objetivo ejercer alguna influencia en el proceso de formación de la opinión, entonces los puntos de vista y criterios, que el tribunal invocó para su interpretación deberán ser compatibles con el Art. 5 de la Ley Fundamental. Es así como la revisión constitucional de la comprobación de los hechos no está en contra de aquellas circunstancias, que en algunos casos conducen a una vinculabilidad de las comprobaciones que llevan a cabo los tribunales especializados; en especial una comprobación llevada a cabo mediante la interpretación de uno de los textos que se encuentran en las actas no toca la unicidad de la totalidad de la transcripción de la audiencia. Ésta puede ser reproducida en todo momento y por tanto es controlable.

II.

La sentencia del Tribunal Estatal viola el Art. 5, párrafo 1, núm. 1 de la Ley Fundamental; por consiguiente, la decisión del Tribunal Superior del Estado, que negó la revisión de la sentencia, es también incompatible con el Art. 5, párrafo 1, núm. 1 de la Ley Fundamental.

1. El libelo del recurrente contiene afirmaciones y valoraciones que fueron determinantes y adecuadas para la formación de la opinión. Se trata de una reseña sobre una controversia intelectual en un asunto que afecta esencialmente la opinión pública, así como de una situación que, por determinar las relaciones entre la libertad de opinión y la protección de la honra, es de especial significado (BVerfGE 7, 198 [212] –Lüth–; 12, 113 [127] –Schmidspiegel–; 24, 278 [282 y ss.] –Tonjäger–; 42, 163 [170] –Echternach–). Sin embargo, falta en la sentencia del Tribunal Estatal toda controversia sobre la cuestión acerca de cuál es el significado del derecho fundamental para poder llegar a la decisión tomada. El Tribunal Estatal, por ejemplo, en el caso concreto, no sólo determinó de manera indebida el alcance del Art. 5 de la Ley Fundamental, sino que además, tampoco tuvo en cuenta, para su decisión, el derecho fundamental de la libertad de opinión.

2. Con esto se establece ya, que la comprobación de los hechos en que se basó la sentencia se debe a que el Tribunal Estatal no tuvo en cuenta el significado del Art. 5 de la Ley Fundamental.

El Tribunal Estatal se vio empujado a considerar que el recurrente había proferido veladamente una afirmación, y que los hechos comunicados públicamente en el libelo (y que no se referían directamente al pasado de la parte civil), considerados aisladamente, “no tenían sentido alguno”; por tanto, los informes sobre las ejecuciones públicas por parte del Servicio Secreto (SS) y de la policía, sobre la creciente cifra de polacos “liquidados”, sobre las extraordinarias “acciones de pacificación” y sobre el exterminio de la inteligencia polaca, constituían —a diferencia de lo expresado en la contestación de la demanda por parte del recurrente— más que meras informaciones de referencia. Únicamente a la luz de estos hechos puede interpretarse el libelo, que constituye el fundamento del examen que se lleva a cabo aquí.

El punto del cual parte el Tribunal Estatal carece de sustento:

El Tribunal Estatal parte de que en interés de una protección efectiva de la honra se debe ofrecer una “interpretación amplia”; se rige además por un criterio, que al menos en caso de duda, se pronuncia a favor de que el recurrente había contestado a los cargos de que se le acusaba secretamente. Un criterio tal es incompatible con el Art. 5 de la Ley Fundamental porque se dirige exclusivamente a la protección de la honra, normada como barrera de la libertad de opinión, y dejando completamente por fuera la garantía constitucional misma de la libertad de opinión. Si bien es cierto que no se puede desconocer el significado constitucional de la protección de la honra, también es cierto que es preciso tener en cuenta el derecho a la libertad de opinión, que sólo se encuentra limitado por el derecho a la honra personal; más aún tratándose de un libelo sobre un informe referente a una controversia de opinión intelectual en un asunto que toca esencialmente la opinión pública (BVerfGE *op. cit.*). Por consiguiente, el análisis *restringido* a la protección de la honra, es inadmisibile desde la perspectiva del Art. 5 de la Ley Fundamental.

§ 3. CONSECUENCIAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS

6. Sentencia BVerfGE 1, 14 [Consecuencias de la nulidad de una ley]

[...]

5. Una sentencia que declare la nulidad de una ley, tiene no sólo fuerza de ley (§ 31, párrafo 2 BVerfGG), sino que también, de conformidad con el § 31, párrafo 1 BVerfGG, los fundamentos de la decisión vinculan a todos los órganos constitucionales de la federación, de manera tal que en el futuro no será posible expedir una ley federal con el mismo contenido.

6. *Si el Tribunal Constitucional Federal establece que una ley expedida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental es nula por ser contraria a la Ley Fundamental, aquélla carecerá de efectos legales desde el comienzo.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 23 de octubre, 1951
–2 BvG 1/51–

7. Sentencia BVerfGE 21, 12 [Impuesto al Ingreso en todas las fases]

La carencia de neutralidad en materia de libre competencia en lo que respecta a las empresas y a los grupos empresariales, existente en la ley vigente sobre el impuesto a las ventas, debe ser tenida en cuenta por el legislador durante un tiempo determinado, hasta en tanto no se concluya la reforma emprendida al impuesto a las ventas.

Sentencia de la Primera Sala, del 20 de diciembre, 1966
–1 BVR 320/57, 70/63–

[...] el hecho de que la Ley del Impuesto al Ingreso vigente satisfaga o no la equidad tributaria deseada por el legislador, en la medida que coloca, sin excepción, en igual posición las transacciones externas de las empresas y las de los grupos empresariales, no permite por ahora ni declarar la nulidad de la ley ni establecer una violación de los derechos fundamentales. Esto se aplica también para cualquiera de las violaciones constitucionales alegadas por las quejas, que se fundamentan en esencia, con base en las mismas consideraciones.

El especial significado que tiene la Ley del Impuesto al Ingreso para los ingresos de la federación, pero también para los costos mismos de las empresas y para la determinación general de los precios, no permiten en todo caso, por el momento, declarar la nulidad de la totalidad de la ley, con base en el argumento de que un grupo no poco significativo está siendo tratado en forma desigual frente a muchos otros grupos más numerosos; esto quizá pudiera ser posible en casos más sencillos, pero en este caso llevaría a resultados intolerables, que implicarían negarle a la ley, en forma no proporcional, la validez en un ámbito más amplio, del que aquí se está cuestionando. Las quejas tampoco han solicitado la declaratoria de nulidad de la totalidad de la ley.

Como tampoco han solicitado que se declare la nulidad de la ley sólo en aquellos aspectos en los que son significativas las desigualdades aquí analizadas. La delimitación de una nulidad de este tipo sería posible sólo en teoría. En la práctica, dado el extenso campo de la tributación, no existe una formulación que permita delimitar la justiciabilidad válida de la parte declarada nula [...]

Finalmente, para empresas, como las quejas, no es completamente intolerable el mantener la vigencia temporal de la ley en la situación dada [...].

Según esto, la Ley del Impuesto al Ingreso deberá mantener, en principio, su actual reglamentación imperfecta, y seguir vigente, en lo que respecta a la rígida igualación de las transacciones externas de las empresas y de los grupos empresariales, a pesar de que se fijen límites temporales.

(Véase también sentencia BVerfGE 33, 1 en esta obra).

§ 4. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

8. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los Trabajadores]

La ampliación de la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa (cogestión),² de acuerdo con la Ley de Cogestión del 4 de mayo de 1976, es compatible con los derechos fundamentales de las sociedades contemplados en la ley, los de los accionistas y los de las coaliciones de los patronos.

Sentencia de la Primera Sala, del 1 de marzo, 1979

–1 BvR 532,533/77, 419/78 y 1 BvL 21/78–

La Ley Fundamental, que en su primer capítulo se limita esencialmente a los derechos fundamentales clásicos, no contempla ningún tipo de disposición ni garantía sobre un determinado ordenamiento económico. En forma diferente a como ocurría con la Constitución de Weimar (Arts. 151 y ss.) tampoco reglamenta unos principios constitucionales concretos sobre la configuración de la vida económica. Más aún, deja esta reglamentación al legislador, quien tendrá que decidir libremente al respecto dentro de los límites establecidos en la Ley Fundamental, sin que requiera para esto algo diferente a su legitimación democrática general. Como quiera que esas tareas de reglamentación legislativa, al igual que la garantía de los derechos fundamentales, pertenecen a los elementos esenciales de una Constitución democrática, no pueden ser limitados por la vía de la interpretación de los derechos fundamentales, cuando así lo ordena un derecho fundamental individual. Para tales efectos, el derecho fundamental individual tiene el mismo significado que en otros contextos: de acuerdo con su historia y su actual conte-

² El derecho alemán prevé un derecho de los trabajadores a participar –mediante una representación (*Betriebsrat*)– en el consejo directivo y en el órgano de vigilancia de las empresas. El grado de su participación varía dependiendo de las materias en cuestión: algunos asuntos requieren forzosamente de la aprobación de los trabajadores; en otros, se concede a la representación de los trabajadores un derecho a votar; en otros casos, los trabajadores gozan únicamente de un derecho a la información, a presentar sugerencias y a actuar como órgano consultivo. [N. del t.].

nido éstos son ante todo, derechos individuales, derechos del hombre y del ciudadano, que tienen por objeto la protección concreta de especiales ámbitos de la libertad humana, que pueden verse amenazados. La función de los derechos fundamentales como principios objetivos consiste principalmente en el fortalecimiento de su validez (BVerfGE 7, 198 [205]) –Lüth–), sin embargo, encuentra sus raíces en este significado primario (véase por ejemplo, sobre la propiedad BVerfGE 24,367 [389] –Ley de Diques de Hamburgo–). Éstos, por consiguiente, no pueden separarse de su verdadero sentido, e independizarse en un sistema de normas objetivo en el que se renuncie al sentido original y permanente de los derechos fundamentales. La relación inderogable que se origina de allí, es de especial significado para la cuestión de la constitucionalidad de las leyes que rigen la economía. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales ésta es, ante todo, una de las garantías de libertad de los ciudadanos individuales que el legislador debe respetar (también para el caso de la reglamentación de la economía). No se trata del “contexto institucional de la Constitución económica“, que se fundamenta mediante una objetivación independiente, dando un viraje al contenido legal individual de los derechos fundamentales, o de un “ordenamiento y contexto de protección de los derechos fundamentales”, que garantice algo más que los elementos previstos en la Ley Fundamental.

Es a esto a lo que se hace mención cuando el Tribunal Constitucional Federal ha expresado que la Ley Fundamental es neutral frente a la política económica; el legislador puede seguir cualquier política económica que le parezca adecuada, siempre y cuando acate la Ley Fundamental y, en especial, los derechos fundamentales (BVerfGE 4,7 [17 y ss.] –Ley de Incentivos a las Inversiones). A él le ha sido atribuida también una amplia libertad de reglamentación (véase por ejemplo, BVerfGE 7, 377 [400]–Farmacias; 25,1 [19 y ss.]–Ley de Molinos; 30, 292 [317, 319]–Aprovisionamiento de petróleo). El elemento que allí se manifiesta, de una relativa apertura del ordenamiento constitucional, es necesario para tener en cuenta de una parte, la transformación histórica que caracteriza de manera especial la vida económica y, de la otra, para no poner en juego el poder normativo de la Constitución. En efecto, el tener en cuenta la libertad de regulación de que goza el legislador, no puede conducir a una disminución de lo que la Constitución, al momento de una reforma, quiera mantener sin modificación alguna, principalmente, las libertades individuales, sin las cuales, de acuerdo con la concepción de la Ley Fundamental, no es posible una vida humana digna. La tarea consiste, por consiguiente, en asociar la libertad básica de reglamentación en el ámbito político, económico y social –que debe garantizársele al legislador– con la protección de la libertad, a la que tienen derecho constitucional también el ciudadano individual frente al legislador (BVerfGE 7, 377 [400]).

§ 5. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE RELACIONES ESPECIALES DE PODER

9. Sentencia BVerfGE 33, 1 [Prisioneros]

1. *Los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley.*
2. *Las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, que no tienen un fundamento legal, sólo pueden ser de carácter provisional.*
3. *La limitación de los derechos fundamentales de los prisioneros sólo puede ser considerada cuando es indispensable para el logro de los fines de la sociedad, contemplados por el orden de valores de la Ley Fundamental.*
4. *Es función de la “Ley de Ejecución Penal” establecer límites que consideren en forma adecuada tanto la libertad de opinión de los prisioneros, como los requerimientos indispensables para el cumplimiento de la sanción penal en forma ordenada y adecuada.*

Resolución de la Segunda Sala, del 14 de marzo, 1972

El recurrente se encuentra en prisión. El 24 de diciembre de 1967 le dirigió una carta a cierta persona, en la que se ocupaba de la persona del director del establecimiento, Dr. St. (quien había sido separado de su cargo), y en la que exponía su opinión sobre los principales motivos para el cambio en la dirección del penal. En ésta se expresaba en forma bastante desfavorable sobre el Dr. St.

El 27 de diciembre de 1967 esa carta fue retenida por el director de división competente, porque contenía afirmaciones ofensivas y se expresaban aspectos de la institución que no se relacionaban directamente con los internos. Como fundamento de derecho se invocó el numeral 155 inc. 2 del DVollzO.³

En su queja constitucional el recurrente argumentó la violación de los Arts. 1, párrafo 2; 5 párrafo 1; 10, 19, párrafo 1; 20, párrafo 3, y 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

El control de las cartas de los prisioneros por parte de los funcionarios de la institución penal viola el secreto de la correspondencia garantizado en el Art. 10 de la Ley Fundamental. Además, la retención de escritos con el fundamento de que contienen expresiones injuriosas o porque se ocupan de asuntos institucionales, contraviene el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Los derechos fundamentales rigen también para los prisioneros, y pueden ser restringidos –como lo señala el Art. 19 de la Ley Fundamental– sólo mediante una ley, que nombre cada derecho fundamental que se restrinja, con mención del respectivo artículo. Aún no existe una ley de esta clase.

³ Se trata de una disposición de carácter administrativo, es decir, no es una ley del Parlamento en sentido formal, ni tampoco un reglamento previsto en ley.

El recurso de amparo es procedente y fundado.

I.

Los derechos fundamentales de los prisioneros sólo pueden ser restringidos a través de una ley o con base en una ley.

1. La Ley Fundamental establece en el Art. 104, párrafos 1 y 2, y en el Art. 2, párrafo 2, núms. 2 y 3, la posibilidad de una supresión de la libertad, limitada temporalmente o no, que tenga como presupuesto una sentencia judicial penal dictada con base en la aplicación de una ley penal y en acatamiento de las respectivas disposiciones constitucionales. Por el contrario –con excepción de la prohibición del maltrato establecida en el Art. 104, párrafo 1, núm. 2–, no contempla ninguna afirmación sobre el modo y forma en que debe ejecutarse la pena privativa de libertad. En lo que respecta a la restricción de derechos fundamentales, las correspondientes normas constitucionales determinan que ésta es admisible únicamente mediante una ley o con base en una ley (véase en este contexto el Art. 10, párrafo 2, núm. 1 y Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental). La evidente conclusión, de que el legislador por ese motivo estaría obligado a partir de este momento a expedir también la correspondiente ley, en un ámbito que hasta ahora se había regulado en su totalidad, principalmente, a través de simples disposiciones administrativas, no ha sido acogida en principio por la jurisprudencia y la doctrina desarrollada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental. Antes bien, si se acude a la figura legal de las “relaciones especiales de poder” y se entiende ésta como una restricción autónoma implícita de los derechos fundamentales de los prisioneros, no se podría considerar como ordenada de pleno derecho la expedición de una ley sobre cumplimiento de penas [...].

2. Se ha traído a colación esta opinión sólo con el objeto de aclarar que la concepción tradicional de la ejecución penal como una “relación especial de poder” es admisible, para relativizar así los derechos fundamentales de los prisioneros con una indeterminabilidad que se torna intolerable.

La Ley Fundamental es un ordenamiento vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como la máxima finalidad de todos los derechos; sin embargo, su idea del ser humano no es la del individuo autónomo aislado, sino la del que está en comunidad y con una personalidad sujeta a obligaciones de diversas maneras (BVerfGE 12, 45 [51]; 28, 175 [189]). En el Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental se establece que los derechos fundamentales son vinculantes para el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Esa vinculación plena de los poderes estatales se contradice cuando en la ejecución de una sanción penal los derechos fundamentales pueden ser restringidos a discreción o por potestad discrecional. Sólo cabe admitir una restricción cuando ella es indispensable para el logro de un fin social contemplado en el orden de valores de la Ley Fundamental y se da en las formas previstas constitucionalmente. Los derechos fundamentales de los prisioneros sólo pueden ser limitados mediante una ley que, sin embargo, no puede renunciar –dentro de los límites posibles– a las cláusulas generales.

II.

Con el control de la carta del recurrente, ejercido por el funcionario competente, no se violó el Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. El derecho fundamental del secreto de la correspondencia tiene por objeto proteger el intercambio de cartas entre los individuos, evitando que el contenido de la carta sea conocido por el poder público. El control, llevado a cabo por el funcionario competente, de una carta que un prisionero le dirigía a un destinatario por fuera de la prisión, implica una intervención en el derecho fundamental del secreto de la correspondencia de que goza el prisionero.

2. Las limitaciones al secreto de la correspondencia sólo pueden ser ordenadas, de conformidad con el Art. 10, párrafo 2, núm. 1 de la Ley Fundamental, con base en una ley. La carta del recurrente fue retenida con base en el ordenamiento administrativo y de ejecución. Este ordenamiento administrativo y de ejecución se encuentra contenido en un decreto expedido por el ministro de Justicia del Estado, y tiene el carácter de una disposición administrativa. Por tanto, no satisface los requerimientos del Art. 10, párrafo 2, núm. 1 de la Ley Fundamental. No se trata tampoco de una ley. Una ley sobre ejecución de la sanción penal no existe por el momento. Sólo existe un proyecto que el Ministerio Federal de Justicia envió al gobierno federal para una ley sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad y del mejoramiento y seguridad de las medidas privativas de la libertad.

3. No obstante, en las actuales circunstancias no es posible establecer una violación del Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El constituyente, al momento de la expedición de la Ley Fundamental, como se infiere en especial del Art. 2, párrafo 2, núm. 1 y del Art. 104, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, tenía ante sí la imagen tradicional de la ejecución de las sanciones penales y carecía de indicios que le permitieran presumir que el legislador, a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, debía expedir de inmediato una ley para la ejecución de las sanciones penales. Antes bien, a través del orden de valores establecido en la Constitución se le atribuye exclusivamente al legislador la tarea de reglamentar legalmente la ejecución de las sanciones penales en un plazo adecuado. Para responder a la pregunta sobre si se considera que ese plazo ha expirado en el entretanto, configurándose una violación de la Ley Fundamental por parte del legislador, es preciso tener en cuenta también que en múltiples ocasiones hasta hace poco, acudiendo a la figura legal de las relaciones de poder especiales, se sostuvo la opinión de que los derechos fundamentales de los prisioneros se encontraban restringidos en general mediante las condiciones establecidas para la ejecución de la sanción penal; se trata de unas limitaciones implícitas, que no deben estar establecidas expresamente en una ley formal. En contra del concepto tradicional se desarrolló paulatinamente la idea de que la Ley Fundamental, como un orden de valores objetivo que protege de manera amplia los derechos fundamentales, y a cuya realización está obligada la totalidad del poder público, no admite *ipso iure* una protección restringida de los derechos fundamentales para un determinado grupo de personas [...]

Ante esta situación de hecho, las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, cuando éstas carezcan de soporte legal, se deben aceptar todavía por un cierto periodo de carácter provisional, hasta que el legislador tenga oportunidad de expedir una ley de ejecución de las sanciones penales acorde con la concepción actual de derechos fundamentales, y que contemple criterios estrictos sobre las circunstancias de la intervención. Ese plazo, sin embargo, se debe limitar en el futuro. Un criterio material a considerar aquí sería –como en BVerfGE 15, 337 [352] y 25, 167 [185, 188]– hasta el final del actual período legislativo. Hasta el otoño de 1973 se puede continuar aceptando el estado de cosas hasta ahora existente, y que no corresponde con las actuales concepciones constitucionales.

4. Sin embargo, esto no quiere decir que durante ese plazo sean admisibles las intervenciones de carácter discrecional en los derechos fundamentales de los prisioneros. Antes bien, las autoridades competentes y los tribunales –como hasta ahora– tienen que examinar en cada caso concreto de intervención si –haciendo caso omiso de que hasta el momento no existe una ley de ejecución penal– la intervención de los derechos fundamentales se llevó a cabo de manera admisible. Este caso se da sólo cuando la intervención es indispensable para que la ejecución de la pena se lleve a cabo en forma adecuada y ordenada. Esto atiende al sentido y finalidad del cumplimiento de una pena.

Por el contrario, sería violatorio del derecho fundamental a la libertad de opinión del recurrente, el que la carta se hubiera retenido porque su contenido fuera en parte ofensivo [...].

No existe ninguna ley que les autorice a los órganos del Estado a retener cartas a causa de su contenido ofensivo, y del cual hayan tenido conocimiento con ocasión de un simple control, que tiene ante todo la finalidad de evitar la huida de los prisioneros o la comisión de acciones criminales. Esto debe ser válido también –siempre y cuando y hasta tanto la ley no determine otra cosa– cuando se dirijan ofensas en contra de los miembros del órgano judicial. Éstos también tienen sólo el derecho a rebatir esas ofensas con base en las leyes existentes [...].

No existe una ley de ejecución de la sanción penal, que por su carácter de “ley general” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, pudiera justificar en estas circunstancias la retención de una carta con un contenido ofensivo, o de cartas que se relacionen con la situación de la institución, y a las cuales no estuvieren autorizados los prisioneros. Esta clase de medidas no son tampoco indispensables para la preservación y el cumplimiento de la pena. El cumplimiento adecuado de la pena restrictiva de la libertad no exige en forma imperativa la restricción al prisionero de toda posibilidad de expresar a los destinatarios de sus cartas su opinión –naturalmente en la mayor parte de los casos peyorativa y hostil– sobre las condiciones o las personas de la institución.

Segunda parte - Derechos Fundamentales (Arts. 1-19 de la Ley Fundamental)

§ 6. LA DIGNIDAD HUMANA - ART. 1 (1)

Artículo 1

1. La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado.
2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y constituyen derecho directamente aplicable.

10. Sentencia BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica]

[...]

6. *El tratamiento que los poderes públicos –al hacer cumplir la ley– brindan a las personas, debe ser considerado como manifestación de desprecio al valor del que goza el ser humano por el hecho de ser persona cuando dicho tratamiento incide en la dignidad humana.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 15 de diciembre, 1970
–2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69–

El que el Art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la dignidad humana, no pueda ser modificado mediante una reforma constitucional, tal y como lo dispone el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá

ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto. Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que debe adherirse a éste sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su calidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un “trato abyecto”.

Voto particular de los magistrados Geller, Dr. Von Schlabrendorff y Dr. Rupp:

Para responder a la pregunta de lo que significa “dignidad humana“, uno debe guardarse de entender esta patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado, es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público –al hacer cumplir la ley– a las personas sea considerado como “expresión de desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona”, y en ese sentido tiene también el carácter de un “tratamiento abyecto”. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de reintroducir, por ejemplo, las torturas, la picota y los métodos del Tercer Reich. Una restricción tal, sin embargo, no corresponde a la concepción y al espíritu de la Ley Fundamental. Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera “impersonal”, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con “buenas intenciones”.

11. Sentencia BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua]

1. *La condena a prisión perpetua para el caso de asesinato (§ 211, párrafo 1 StGB) es compatible con la Ley Fundamental, de conformidad con los criterios que se enuncian a continuación.*
2. *De acuerdo con el estado actual del conocimiento, no puede determinarse que el cumplimiento de una pena de cadena perpetua –de conformidad con las*

disposiciones de la ley de ejecución penal, y tomando en consideración la actual práctica del indulto— conduzca forzosamente a daños irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

3. *A los presupuestos del cumplimiento de una pena dentro del marco de la dignidad humana, pertenece el que los condenados a prisión perpetua tengan al menos una oportunidad de gozar nuevamente de la libertad. La posibilidad de un indulto no es por sí sólo suficiente; antes bien, el principio del Estado de Derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales la ejecución de una pena de prisión perpetua puede suspenderse, así como para reglamentar el proceso aplicable para tal efecto.*

Sentencia de la Primera Sala, del 21 de junio, 1977

–1BvL 14/76–

En el campo de la lucha contra la delincuencia, en donde se establecen los más altos requisitos de justicia, el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental determina la concepción de la esencia de la pena y de la relación entre culpa y expiación. El principio *nulla poena sine culpa* tiene el rango de un principio constitucional (BVerfGE 20, 323 [331]). Toda pena debe estar en adecuada proporción con la gravedad del hecho punible y la culpa del delincuente (BVerfGE 6, 389 [489]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 y ss.]). El mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente, que se prohíben las penas crueles, inhumanas y denigrantes (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). El delincuente no puede convertirse en simple objeto de la lucha contra el crimen con violación de sus derechos al respeto y a la protección constitucional de sus valores sociales (BVerfGE 28, 389 [391]). Los presupuestos básicos de la existencia individual y social del ser humano deben conservarse. Del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado —y esto es válido en especial para la ejecución de las penas— de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana. Por ello, sería incompatible con este concepto de dignidad humana que el Estado se apropiara de la facultad de privar de la libertad a las personas sin darles por lo menos la posibilidad de poder obtenerla nuevamente.

[...] pues el núcleo de la dignidad humana se ve conculcado si se obliga al condenado, independientemente del desarrollo de su personalidad, a abandonar toda esperanza de volver a obtener su libertad. A efectos de asegurar de cierta manera esta perspectiva, que hace soportable el cumplimiento de la pena a perpetuidad, en el marco de una concepción de la dignidad de la persona, el instituto del indulto —por sí solo— no es suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales.

§ 7. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD - ART. 2 (1)

Artículo 2

- 1) Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral.
- (2) Toda persona tendrá derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.

12. Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes]

1. *El Art. 11 de la Ley Fundamental no contempla la libertad de viajar.*
2. *La libertad de viajar se deriva de la libertad general de actuación (allgemeine Handlungsfreiheit) consagrada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental y está garantizada dentro de los límites del ordenamiento constitucional*
3. *El ordenamiento constitucional –en el sentido del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental– se refiere al orden jurídico constitucional, es decir, a la totalidad de las normas que formal y materialmente se apegan a la Constitución.*
4. *Toda persona puede hacer valer por vía del recurso de amparo una norma legal que no pertenezca al orden constitucional y que restrinja su libertad de acción*

Sentencia de la Primera Sala de fecha 16 de enero de 1957 –1 BvR 253/56– en el recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes

Cuando el recurrente en el año 1953 solicitó la renovación de su pasaporte ante las autoridades respectivas en Mönchengladbach, ésta le fue negada el 6 de junio de 1953, con base en el §7, párrafo 1, lit. a de la ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952, sin justificación alguna.

[...] el Tribunal Constitucional Federal no ha llegado a convencerse de que, con fundamento en la sistemática jurídica –como se sostiene en la doctrina–, la libertad de viajar deba estar contemplada en el Art. 11 de la Ley Fundamental, el cual garantiza la libertad de movimiento. Sin embargo, la libertad de viajar, como emanación de la libertad general de actuación, cuenta también con protección constitucional (Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

2. El Tribunal Constitucional Federal en su sentencia del 20 de julio de 1954 (BVerfGE 4, 7 [15 y ss.]), dejó abierta la cuestión de determinar si bajo el concepto del libre desarrollo de la personalidad debía comprenderse la libertad de actuación humana

en el sentido más amplio, o si el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental debía limitarse a la protección de un mínimo indispensable de esa libertad de acción, indispensable para que el ser humano pueda desplegar su naturaleza espiritual de persona.

a) Con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del *núcleo* de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su *conducta externa*. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Precisamente esta restricción impuesta al individuo, como miembro de la sociedad, señala antes bien, que la Ley Fundamental en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental se refirió a la libertad de actuar en sentido amplio.

La solemne formulación del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental fue ciertamente el motivo para analizar esta disposición a la luz del Art. 1 de la Ley Fundamental y de ahí derivar que ambas disposiciones –en conjunto– estaban destinadas a caracterizar la imagen del ser humano subyacente a la Ley Fundamental. Con ello, no se dice otra cosa sino que el Art. 1 de la Ley Fundamental pertenece realmente a los principios rectores de la Constitución, los cuales rigen también el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental –al igual que el resto de las disposiciones de la Ley Fundamental–. Esto, desde el punto de vista jurídico, tiene el carácter de un derecho fundamental autónomo, que garantiza la libertad general de acción humana. No fueron las consideraciones jurídicas, sino motivos de carácter lingüístico, los que movieron al legislador a reemplazar la versión original que establecía que “cada persona puede hacer y dejar de hacer lo que desee”, por la versión actual (véase Mangoldt, Consejo Parlamentario, sección 42 de la comisión principal, p. 533). Al parecer, la circunstancia de que en la segunda frase se mencionara al orden constitucional en su totalidad como *límite* a la libertad del ciudadano en el desarrollo de su personalidad, contribuyó a la teoría según la cual el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental quería proteger únicamente el núcleo interno de la personalidad. Con la intención de que el concepto de orden constitucional –que también figura en otras partes de la Ley Fundamental– fuera interpretado en todos los casos en la misma forma, se llegó a la conclusión de que dicho concepto, frente al concepto de orden jurídico constitucional, era más estrecho, lo cual llevó a concluir que la protección constitucional abarcaría únicamente un núcleo interno de la personalidad, mas no la libertad de acción del ser humano.

Junto a la libertad general de acción, garantizada por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la Ley Fundamental protege, la Constitución protege también la libertad de actuación humana de ciertos espacios vitales –mediante disposiciones sobre derechos fundamentales de carácter especial– que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser intervenidos por el poder público; en estos casos la Constitución ha delimitado, mediante reservas de ley de carácter gradual, en qué medida se permite intervenir en el respectivo ámbito de un derecho fundamental. En la medida en que

dichos ámbitos vitales no se encuentran protegidos de manera especial por derechos fundamentales específicos, el individuo puede invocar el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en caso de que el poder público intervenga su libertad. En tales situaciones no se requiere de una reserva de ley, pues las restricciones al libre desarrollo de la personalidad exigidas por el orden constitucional determinan, sin más, la extensión de las posibilidades de intervención estatales.

b) En el apartado 2 a), se señaló que el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental –al proteger el libre desarrollo de la personalidad– garantiza la libertad general de actuar; en la medida en que ésta no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres, sólo se encuentra limitada por el orden constitucional. Bajo este concepto debe entenderse únicamente el ordenamiento jurídico general, el cual debe acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y por tanto, deberá ser a su vez un orden jurídico constitucional. En ese sentido, el Tribunal Administrativo Superior de Münster señala también en el proceso que ha servido como punto de partida a la presente resolución, que el *orden constitucional* es aquel orden jurídico que tiene el carácter de estar “de conformidad con la Constitución”, esto es, el ordenamiento jurídico que ha sido establecido conforme a la Constitución y se mantiene en el marco de ésta.

c) En la literatura jurídica se ha objetado comúnmente que con esa interpretación el derecho fundamental del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental “quedaría sin contenido”, puesto que estaría sometido a la reserva de ley general. Sin embargo, al respecto es preciso tener en cuenta que con la Ley Fundamental el Poder Legislativo se encuentra mucho más limitado de lo que estaba durante la vigencia de la Constitución Imperial de 1919. En esa época no sólo numerosos derechos fundamentales quedaban efectivamente sin contenido mediante la reserva de ley general, que se satisfacía con toda ley que fuere expedida de conformidad con la Constitución; en los casos individuales, el legislador también podía sortear los obstáculos constitucionales que en cualquier momento se le oponían, mediante la expedición de una ley que fuese aprobada con una mayoría igual a la que se requería para modificar la Constitución. La Ley Fundamental, en cambio, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal (BVerfGE 2, 1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20, 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Las violaciones a la Constitución (*Verfassungsdurchbrechungen*) se encuentran excluidas: la justicia constitucional vigila la sujeción del legislador a los criterios de la Constitución. Las leyes no son “constitucionales” por el hecho de haber sido expedidas en cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento. También deben estar materialmente en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satis-

facen los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social. Ante todo, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco podrán restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos, en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Art. 19, párrafo 2, Art. 1, párrafo 3, Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Esto da lugar a que, por virtud de la Constitución, el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público. Una ley que intervenga en éste no podrá ser parte del “orden constitucional”; deberá ser declarada nula por el Tribunal Constitucional Federal.

De lo expuesto anteriormente, se deduce que una norma legal podrá limitar efectivamente el ámbito de la capacidad de actuar general del ciudadano, únicamente cuando cumpla con todos esos requisitos, en cuyo caso vendrá a formar parte también del “orden constitucional”. Esto significa, en términos procesal-constitucionales, que toda persona puede, por vía del recurso de amparo, solicitar se declare que una ley que limita su libertad de actuar se encuentra fuera del orden constitucional, cuando ésta –formal o materialmente– viole disposiciones constitucionales individuales o los principios generales de la Constitución, lo cual constituye ya una violación a su derecho fundamental consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.¹

13. Sentencia BVerfGE 34, 238 [Reproducción de una grabación secreta]

1. *El derecho fundamental consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege también posiciones jurídicas indispensables para el desarrollo de la personalidad. A éstas pertenecen, aunque con ciertas limitaciones, tanto el derecho a la propia imagen, como el derecho de expresarse. Por consiguiente, toda persona puede –en principio– determinar en forma autónoma e independiente quién puede grabar su voz, así como determinar si –y ante quién– puede ésta ser reproducida nuevamente.*
2. *Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que en aquellos casos, donde un interés preponderante de la colectividad así lo exija, el interés –en sí mismo digno de protección– del acusado a que en un proceso penal no se exhiba una grabación secreta, deba pasar a un segundo plano.*

¹ Para un ejemplo de lo anterior, *vid. infra* sentencia BVerfGE 17, 306. Las mismas consideraciones son válidas para todos los derechos fundamentales.

Sentencia de la Segunda Sala del 31 de enero, 1973
–2 BvR 454/71–

El recurso de amparo se relaciona con la posibilidad de valorar una grabación privada, tomada secretamente en una investigación llevada a cabo en contra del quejoso por sospecha de defraudación de impuestos, fraude y falsificación de documentos.

1. El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido reiteradamente en su jurisprudencia que la Ley Fundamental garantiza al ciudadano un ámbito inviolable en la conformación de su vida privada, que ha sido sustraído de la injerencia del poder público (BVerfGE 6,32 [41], 389 [433], 27, 1 [6], 344 [350 y ss.]; 32, 373 [378 y ss]; 33, 367 y ss., 376 y ss.). El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de intimidad del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos por virtud del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Para determinar el contenido y extensión del derecho fundamental del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se debe tener en cuenta que de conformidad con la norma fundamental del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales. Además, de conformidad con el Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el derecho previsto en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental tampoco puede ser violado en su contenido esencial (BVerfGE 27, 344 [350 y ss.]; 32, 373 [379]). Ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que se encuentra protegido en forma absoluta; no es posible una valoración de conformidad con el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, no todo el ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta garantizada por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 389 [439]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379]). El ciudadano, al ser parte de y estar vinculado a la comunidad, debe aceptar todas las medidas estatales públicas que sean adoptadas fundamentalmente en interés de la colectividad y bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad, siempre en la medida que no afecten el ámbito inviolable de su derecho a desarrollar su vida privada.

2. El Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental que posibilita a cada persona el derecho al libre desarrollo de su personalidad, mientras no viole los derechos de otro y no contravenga el orden constitucional y las buenas costumbres. Ese derecho fundamental protege también las situaciones legales, que son necesarias para el desarrollo de la personalidad. A éstas pertenecen con ciertos límites, tanto el derecho a la propia imagen como el derecho a las palabras pronunciadas. Por consiguiente, toda persona puede determinar, en principio, en forma autónoma e independiente, si alguien puede grabar su voz y, en dado caso, si ésta puede ser reproducida y ante quien.

5. Como en el presente caso no se trata de una intervención del poder público en el ámbito inviolable –protegido en forma absoluta– de sus derechos de personalidad,

sería admisible exhibir la grabación cuando ello pudiera justificarse con base en un interés preponderante de la colectividad. Pero éste no es el caso.

a) La Ley Fundamental le asigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad un rango superior. Las medidas estatales que lo afectan son admisibles –si acaso– únicamente bajo la estricta observancia del principio de proporcionalidad ordenado constitucionalmente. Por otro lado, la Ley Fundamental atribuye un especial significado a los requisitos necesarios para lograr una administración de justicia efectiva. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado reiteradamente la irrefutable necesidad de un procedimiento penal y de una lucha en contra de la criminalidad efectivos (BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49]; 144 [147]); ha enfatizado el interés público por una investigación de la verdad lo más completa posible en el proceso penal –tanto para probar la culpabilidad de los delincuentes como para descargo de los inocentes– (BVerfGE 32, 373 [381]); ha puesto de relieve que la aclaración efectiva de los crímenes más graves constituye uno de los cometidos esenciales de una comunidad fundada en los principios del Estado de Derecho (BVerfGE 29, 183 [194]), y ha destacado la necesidad de mantener una administración de justicia funcional, sin la cual sería imposible que la justicia lograra abrirse paso.

De diversas maneras, las exigencias de una administración de justicia efectiva pueden entrar en conflicto con la garantía constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un adecuado equilibrio de esas tensiones se puede alcanzar en la medida en que se ofrezca permanentemente como correctivo, a la indispensable intervención, que se exige desde la perspectiva de una administración de justicia efectiva, el mandato de protección del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase al respecto BVerfGE 19, 342 [347]; 20, 45 [49]; 144 [147]). Esto significa que en el caso en concreto se debe investigar cuál de esos dos principios, bastante significativos constitucionalmente, debe prevalecer por encima del otro.

14. Sentencia BVerfGE 99, 185 [Cienciología]

El derecho general de la personalidad (Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental) protege también al individuo de ser señalado erróneamente como miembro de una asociación o grupo, cuando dicha adscripción sea relevante para la personalidad y su imagen pública.

Interrumpir un proceso judicial iniciado por una persona que se haya visto afectada por unas afirmaciones, a fin de demostrar la falsedad de las mismas, es incompatible con el derecho general de la personalidad; dicha interrupción no puede justificarse argumentando que quien realizó la afirmación ha aportado al proceso pruebas que justifican su afirmación.

Resolución de la Primera Sala, del 10 de noviembre, 1998
–1 BvR 1531/96–

Parte resolutiva:

La sentencia del Tribunal Superior Estatal de Frankfurt am Main de fecha 20 de junio de 1996 –16 U 163/95– al rechazar la demanda, viola los derechos del recurrente, consagrados en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Ésta se revocará en lo que toca a sus alcances y a las costas causadas. El asunto será turnado nuevamente al Tribunal Superior Estatal.

El estado de Hessen deberá restituir al recurrente los gastos que tuvo que desembolsar para presentar el recurso de amparo.

Fundamentos de la resolución:

A.

El recurso de amparo se dirige en contra del rechazo de una demanda civil por la que se solicitaba que el demandado se abstuviera de realizar afirmaciones perjudiciales a la buena fama del actor.

I.

El recurrente (G. Helnwein), conocido artista austriaco que vive en Alemania, se ha ocupado desde 1972 por los escritos y doctrinas de la cienciología (*scientology*) y ha asistido también a cursos ofrecidos por esa organización. Desde 1975 ha sido señalado en diversos periódicos como cientólogo o, al menos, como persona relacionada con la cienciología [...].

II.

En su recurso de amparo el recurrente invocó la violación de su derecho general de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El recurrente sostuvo: que él no era un cientólogo, que no había sido instruido para desempeñarse como pastor espiritual ni había tomado posesión de alguna función de esta clase, ni tampoco se había señalado a sí mismo como guía espiritual; que el artículo publicado en la edición 262 de *Celebrity* no se trataba de una entrevista sino de un anuncio publicitario; que él no había sido consultado para el artículo ni había aprobado la publicación del mismo. Si bien es cierto que se había ocupado en los años 70 y 80, por interés general, de las preguntas trascendentales de los libros de cienciología, y había asistido a los cursos ofrecidos por ella, perdió luego el interés y se ocupó de otros temas. A partir de 1992 él se había distanciado de la cienciología y se defendió judicialmente en contra de las afirmaciones que decían que él era un cientólogo.

La sentencia del tribunal de apelaciones [recurrida mediante el presente recurso], podría dar pie a que se divulgasen hechos falsos sobre él, lo cual tendría un efecto equi-

valente al de una prohibición de trabajar y exponer; de hecho, en Alemania no ha vuelto a recibir ningún contrato a causa de las recriminaciones [...].

Además, había cumplido su deber de oponerse a las declaraciones sobre él, exigiendo a la Iglesia de la Cienciología alemana que aclarara las cosas (petición que fue atendida por dicha iglesia); dentro de lo racional, no podía exigírsele que hiciera más.

B.

El recurso de amparo es fundado. La sentencia atacada viola el derecho a la personalidad general del recurrente, consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la misma, en la medida que su demanda fue rechazada. El recurso de amparo se dirige en realidad en contra de la sentencia en su totalidad. Sobre los alcances de la misma no hace mención alguna el recurrente. Como quiera que su recurso no contempla en este sentido ningún tipo de explicación, se tendrá que interpretar su solicitud como si ésta se restringiera a la parte de la sentencia que le causa perjuicios (cf. BVerfGE 1,14 [39]; 7, 99 [105 y ss.]; 68, 1 [68]).

I.

El recurrente se sintió afectado en su derecho general de la personalidad con la sentencia recurrida.

1. El derecho general de la personalidad ejerce su protección también frente a las imputaciones de membrecía a un grupo, en tanto que éstas sean relevantes para la personalidad y afecten de forma negativa su imagen pública.

El derecho fundamental protege elementos de la personalidad que no son objeto de una garantía especial de libertad, pero que por su significado constitutivo están al mismo nivel que el derecho de la personalidad (cf. BVerfGE 54,148 [153]; jurisprudencia reiterada). Dentro de éstos se encuentra también el reconocimiento social del individuo. Con base en ese fundamento, el derecho general de la personalidad abarca también la protección frente a expresiones que afectan en forma perjudicial la imagen pública. Esta clase de expresiones ponen en peligro el libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque van en detrimento de la reputación del individuo, debilitan sus contactos sociales y en consecuencia pueden socavar la autoestima. Sin embargo, la protección de ese derecho fundamental no es tan amplia como para otorgarle al individuo el derecho a ser presentado públicamente solamente en la forma en que él mismo se ve, o como quiere que los otros lo vean. En todo caso, se encuentra protegido frente a presentaciones de su persona, que la falsean o la deforman, y que no sean del todo irrelevantes para el desarrollo de la personalidad (cf. BVerfGE 97,125 [148 y ss.]; 97, 391 [403]).

La pertenencia a determinados grupos o asociaciones tiene, por lo general, relevancia para la personalidad. Si alguien pertenece a ellos por nacimiento o socialización, éstos tendrán influencia en la formación de la identidad de la persona. Pero si la persona se adhiere a ellos mediante la libre decisión, esto señalará un mayor grado de identificación con ellas, con sus metas y formas de comportamiento, y puede adoptar un carácter determinante de la personalidad. El individuo puede estar más o menos iden-

tificado con los grupos y organizaciones existentes en su medio, y que él mismo reconoce. Su reputación no depende solamente de sus particularidades y logros individuales, sino también de la valoración de los grupos a los cuales pertenece (cf. BVerfGE 93, 266 [299]). Esto es válido especialmente para grupos o asociaciones que se definen como religiosas o ideológicas, y ciertamente en creciente medida cuando éstas no se cuentan dentro de los grupos o religiones tradicionales, sino que representan una posición minoritaria y son criticadas o rechazadas por la sociedad.

2. La decisión recurrida viola el derecho del promovente contenido en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La protección que confieren los derechos fundamentales frente a las afirmaciones perjudiciales no opera en forma directa frente a terceros. El derecho general de la personalidad despliega efectos directos únicamente frente al Estado. Pero se encuentra obligado constitucionalmente a proteger a los individuos frente a los daños a la personalidad que puedan ser infligidos por terceros (cf. BVerfGE 73, 118 [201]; 97, 125 [146]). En la medida que los tribunales apliquen normas tendientes a garantizar esta protección, deben acatar los criterios establecidos por los derechos fundamentales. Si esto falta, entonces, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal, se configuraría no sólo una violación del derecho constitucional objetivo, sino también una contravención de los derechos fundamentales subjetivos del afectado (cf. BVerfGE 7, 198 [206 y ss.]).

Las decisiones jurisdiccionales que admiten declaraciones relevantes para la personalidad, a las que el interesado se ha opuesto por considerarlas falsas, menoscaban, por la misma razón, el derecho general de la personalidad. Esto se da en el presente caso al rechazarse la demanda del recurrente por la que pretendía hacer cesar las aseveraciones que lo señalaban como un miembro del grupo de la cienciaología, que aseguraban que él mismo se había señalado como guía espiritual de esa comunidad, y que además lo era. La estrecha relación con la cienciaología que se le imputaba puede influir negativamente en la imagen que el público se haga de él. Esto tiene tanto más validez, cuanto que dicha organización ha sido criticada por la sociedad, y que ha sido usualmente objeto de advertencias por parte del Estado y de informes periodísticos críticos. No se debe excluir la posibilidad de que las aseveraciones en el sentido de que el recurrente sea un cientólogo y detente una posición de liderazgo, puedan dificultar su actividad artística, pues el daño a su reputación puede repercutir negativamente a la hora de vender sus obras o recibir pedidos.

II.

La sentencia recurrida viola el derecho general de la personalidad.

1. Este derecho, sin embargo, no se garantiza sin reserva alguna. De acuerdo con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el referido derecho, al igual que otros derechos, se encuentra limitado por el orden constitucional. Dentro de estos derechos se encuentra también la libertad a expresar opiniones, que el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental garantiza a toda persona. Al igual que el derecho general de la personali-

dad, la libertad de expresión no se garantiza sin reserva alguna. Ésta encuentra sus límites, de conformidad con el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, entre otros, en las leyes generales y en el derecho a la honra personal. En el derecho civil, una petición dirigida a que el emisor se abstenga de realizar afirmaciones se fundamenta en los §§ 1004, párrafo 1, 823, párrafo 2 BGB, en relación con el §186 StGB, en los cuales basó el Tribunal Superior del Estado su sentencia. El interés legítimo de la libertad de opinión, por el contrario, encuentra expresión especialmente en el §193 StGB (cf. BVerfGE 12, 113 [125 y ss.]; 93, 266 [290 y ss.]), que justifica, para la salvaguardia de los intereses a los que se tiene derecho, una condena por afirmaciones que atenten contra la honra y –cuyo concepto jurídico, a través del §823, párrafo 2 BGB– también es aplicable al derecho civil.

La interpretación y aplicación de esas disposiciones son asunto de los tribunales competentes para tales efectos. No obstante, éstos deben atender a las directrices para la interpretación de los respectivos derechos fundamentales, en forma tal que en el plano de aplicación legal se garanticen los valores allí contenidos (cf. BVerfGE 7, 198 [205 y ss.]). Esto exige, por regla general, una valoración entre la gravedad del daño que la afirmación pueda causar a la personalidad, de una parte, y las restricciones a la libertad de opinión mediante la prohibición de la afirmación, de la otra, las cuales se examinan en el marco de las características de los elementos de hecho a la luz del derecho ordinario, las cuales son susceptibles de ser interpretadas, y han de tener en cuenta las especiales circunstancias del caso.

El resultado de esa ponderación no se puede predeterminar en forma general y abstracta debido a que las circunstancias dependen del caso individual. En la jurisprudencia, sin embargo, se han constituido con el paso del tiempo algunos precedentes legales. En este sentido, en los casos en que se valora la protección de la personalidad, ésta prevalece regularmente sobre la libertad de opinión, cuando la afirmación se presenta como una agresión a la dignidad humana, como una crítica vergonzante o como una injuria de carácter formal (cf. BVerfGE 93, 266 [293 y ss.]). En el caso de aseveraciones sobre hechos, la ponderación depende del contenido de verdad. Las afirmaciones verdaderas, por regla general, deben ser aceptadas, aun cuando sean desventajosas para el implicado; no ocurre lo mismo con las que no son ciertas (cf. BVerfGE 97, 391 [403]).

Esta fórmula, sin embargo, requiere de una diferenciación. En el caso de afirmaciones ciertas, los intereses de la personalidad pueden excepcionalmente tener primacía sobre la libertad de opinión, la cual pasaría a un segundo plano. Este caso se presenta de manera especial cuando las afirmaciones se relacionan con la esfera íntima, privada o de la confidencialidad, y no se pueden justificar con base en el interés de información pública (cf. BVerfGE 34, 269 [281 y ss.]; 66, 116 [139]), o cuando amenazan con ocasionar perjuicios a la personalidad, que no se encuentran relacionados con el interés de dar a conocer la verdad (cf. BVerfGE 35, 202 [232]; 97, 391 [403 y ss.]).

Por el contrario, para la difusión de falsas afirmaciones sobre hechos, no existe, por lo general, un motivo que lo justifique. Pero esto no significa que de antemano las afirmaciones sobre hechos falsos queden fuera del ámbito de protección de la libertad de opinión. Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que la información incorrecta no constituye un bien jurídico digno de protección que caiga bajo la garantía de la libertad de opinión (cf. BVerfGE 54, 208 [219]). Únicamente las afirmaciones falsas sobre hechos realizadas a sabiendas de que son falsas, así como aquéllas cuya falsedad –al momento de realizarse la afirmación– no sea objeto de duda, se encuentran fuera del ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, num. 1 de la Ley Fundamental. Las restantes afirmaciones sobre hechos, relacionadas con la opinión, gozan de protección como derecho fundamental, aun cuando posteriormente resulte que son falsas (cf. BVerfGE 61, 1 [8]; 90, 1 [15]; 90, 241 [254]).

En principio, el contenido de verdad, sin embargo, es de peso para la ponderación (cf. BVerfGE 94, 1 [8]) en caso de afirmaciones sobre hechos falsos. Aquí, la libertad de opinión retrocede frente al derecho a la personalidad. Sin embargo, se debe pensar al respecto que la verdad, al momento de la afirmación, ordinariamente se desconoce y que ella se obtiene, por lo general, como resultado de un proceso de discusión o también de una aclaración judicial (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Si en todos los casos en que una afirmación que con posterioridad se demuestra ser falsa, pudiera estar siempre amenazada con una sanción, entonces habría que temer un deterioro del proceso de comunicación, pues ello tendría por consecuencia que únicamente pudieran ser expresadas sin riesgo verdades irrefutables. Con ello se vincularía un efecto disuasorio al ejercicio de un derecho fundamental, lo cual debe ser evitado en aras de la libertad de opinión (cf. BVerfGE 43, 130 [136]).

La jurisprudencia de los tribunales civiles ha intentado lograr un equilibrio entre los requisitos de la libertad de opinión y el interés de la protección de la personalidad; esto se logra imponiendo a la persona que realiza una afirmación perjudicial a otra un deber de diligencia y cuidado, los cuales se dirigen específicamente a las posibilidades que tiene el emisor de conocer la verdad de sus afirmaciones; estos deberes son más estrictos para los medios de comunicación que para los particulares (véase BGH, NJW 1966, p. 2010 [2011]; NJW 1987, p. 2225 [2226]). Desde el punto de vista constitucional, no existe ninguna objeción en contra de la imposición de esta clase de deberes (cf. BVerfGE 12, 113 [130]). Por el contrario, tales deberes pueden ser considerados como una manifestación del deber de protección derivado del derecho general de la personalidad. De la Constitución se deriva que el deber de verdad no se exagere de manera tal que restrinja el libre proceso de comunicación, en el sentido que tiene el Art. 5 inc. 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 54, 208 [219 y ss.]; 61, 1 [8]; 85, 1 [15, 17]).

La ponderación depende del acatamiento de este deber de diligencia. En caso de una aseveración completamente inconsistente o infundada, la libertad de opinión no podrá en ningún caso suplantar el derecho a la personalidad. Por lo demás, habrá que atender al alcance de los deberes de cuidado desarrollados en consonancia con las exi-

gencias impuestas por la Constitución. Si el emisor cumple con dichos deberes y posteriormente se descubre la falsedad de la afirmación, se considerará que ésta fue legal en el momento de su exteriorización, de modo que no se considerará la posibilidad de una penalización ni de una retractación o de una compensación por daños. En cambio, no existe ningún interés legítimo para sostener una afirmación una vez que se haya comprobado la falsedad de la misma (cf. BVerfGE 97, 125 [149]). Si a pesar de ello existe el peligro de que la persona se sostenga en su afirmación (el llamado “peligro de que la conducta antijurídica se cometa por primera vez”, véase BGH, NJW 1986, p. 2503 [2505]), puede condenarse al emisor a abstenerse de seguir emitiendo dicha afirmación. Si la injerencia causada por el emisor persiste, la parte afectada podrá exigir una rectificación (cf. BVerfGE 97, 125 [149]).

Debido a las extraordinarias dificultades para investigar si las afirmaciones sobre hechos son verdaderas, los tribunales civiles obligan a justificar su afirmación a quienes a través de una expresión han causado daños a un tercero, imponiéndoles una carga de la prueba más amplia (véase BGH, NJW 1974, p. 1710 [1711]). Esta carga de la prueba constituye, desde el punto de vista procesal, el correlativo a la regla sustantiva según la cual, en caso de afirmaciones inconsistentes, el derecho a la libertad de opinión ha de retroceder frente a la protección de la personalidad. Si la persona que hizo las afirmaciones no está en condiciones de demostrar fehacientemente la veracidad de sus afirmaciones, éstas se tendrán como si no fueran ciertas.

Lo anterior no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional, siempre y cuando el cumplimiento de los requisitos de la carga de la prueba no afecte la libertad de opinión. Una afectación de este tipo fue objetada por el Tribunal Constitucional Federal en el caso de los accionistas de Bayer (BVerfGE 85, 1), asunto que fue invocado por el Tribunal Superior Estatal en la sentencia aquí recurrida. Si los particulares profieren afirmaciones sobre hechos que no provienen de su experiencia personal bastará, por lo general, para cumplir con la carga de la prueba, se basen sobre informes de prensa que no hayan sido refutados y que sean idóneos para apoyar sus afirmaciones, pues de lo contrario, los informes de prensa que contengan aseveraciones negativas sobre personas, a pesar de su carácter formador de opinión, apenas podrían ser valorados en los intercambios de opinión individuales (cf. BVerfGE 85, 1 [22]).

La satisfacción de la carga de la prueba, sin embargo, no permite prescindir de la investigación de la verdad. Además, se debe diferenciar entre los niveles de evidencia y los de prueba. Una afirmación apoyada en hechos que la justifican, también puede ser falsa. De ahí que el derecho general de la personalidad exija que el perjudicado con una afirmación sobre unos hechos, tenga la posibilidad de demostrar en el proceso la falsedad de la aseveración, la cual no podrá ser recortada invocando el cumplimiento de la carga de la prueba. Sólo cuando no hay objeciones de su parte en contra de los hechos que la justifican, se podrá sostener la verdad de la afirmación. En lo restante, el contenido de la verdad se habrá aclarado, en la medida que los presupuestos procesales que se requieran para esto, existan.

Lo anterior se aplica también a los casos en que los hechos afirmados han sido tomados de un informe de prensa. De la “sentencia Bayer” no se deduce otra cosa. La sentencia allí recurrida fue revocada por el Tribunal Constitucional Federal debido a que el Juzgado exageró el cumplimiento de los requisitos de la carga de la prueba, violando el Art. 5, párrafo 1, num. 1, y equiparando, entonces, sin más, los hechos afirmados con hechos falsos. Pero de esto no se deduce que la verdad o la falsedad carezcan de importancia, o que el actor –en un juicio encaminado a que el emisor deje de emitir determinadas afirmaciones– deje de estar obligado a exponer en forma más concreta la falsedad de un informe de prensa de una parte, y eventualmente a probar la falsedad del mismo.

2. Estos requisitos del derecho general de la personalidad no fueron considerados adecuadamente por el Tribunal Superior [...]

Especialmente, en lo que respecta al distanciamiento del actor respecto de la ciencia, el Tribunal Superior debió haber reconocido que el cambiar de opinión y orientarse en otra forma es también expresión de la personalidad del individuo. En este caso, el actor puede exigir que los terceros respeten el nuevo concepto de sí mismo, después de haberse distanciado seriamente y de manera pública de una organización con la cual estuvo en contacto; asimismo, puede exigir que su pertenencia a dicha organización se afirme exclusivamente como algo del pasado.

Nota: El recurrente se desistió de su demanda civil.

15. Sentencia BVerfGE 96, 56 [Investigación de la paternidad]

1. *Ni mediante el derecho del niño a conocer su origen, protegido en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ni tampoco a través del Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental, se ha dado una respuesta precisa a la pregunta de si un hijo nacido fuera del matrimonio tiene derecho a que su madre le revele el nombre de su padre.*
2. *Los tribunales disponen de amplia libertad para la ponderación entre los derechos irrefutables de la madre y del hijo en el marco de la aplicación de las cláusulas generales del derecho civil –como la del §1618 a BGB, invocada en este proceso.*

Sentencia de la Primera Sala, del 6 de mayo, 1997

–1 BvR 409/90–

A.

El recurso de amparo se relaciona con la pregunta de si –y, en dado caso, bajo qué circunstancias– la madre se encuentra obligada a comunicar a su hijo (nacido fuera del matrimonio y mayor de edad) la identidad de su padre biológico.

B.

El recurso de amparo admitido se encuentra fundado.

I.

La condena de la recurrente a dar el nombre de la persona con la cual ella tuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción, afecta la esfera de su vida privada, protegida en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. El derecho general de la personalidad, que se deriva del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, protege el estrecho ámbito de la vida personal y la conservación de sus condiciones fundamentales (cf. BVerfGE 54, 148 [153 y ss.]; 79, 256 [268]). Éste abarca, entre otros, el derecho al respeto de la esfera íntima y privada (cf. BVerfGE 89, 69 [82 y ss.]). A esto pertenecen el ámbito familiar y las relaciones personales y de pareja (cf. BVerfGE 27, 344 [350 y ss.]). Adicionalmente, el derecho general de la personalidad protege la competencia del individuo para decidir, en principio, en qué medida y frente a quién hará públicos los asuntos de su vida personal (cf. BVerfGE 65, 1 [43 y ss.]).

2. El derecho general de la personalidad, sin embargo, no se garantiza sin reserva alguna. Siempre y cuando no se intervenga en el núcleo inviolable de la estructura de la vida privada, el individuo debe admitir restricciones que se efectúen en relación con los intereses de terceros, protegidos por los derechos fundamentales, o con base en la prevalencia del interés general, respetando estrictamente el principio de proporcionalidad (cf. BVerfGE 65, 1 [44]).

Por consiguiente, aquí no existe una transgresión del ámbito inviolable de la vida privada, porque de la relación, sobre la cual se exige información, nació la hija demandante, como tercera persona, y cuya esfera de la personalidad se ve afectada considerablemente.

II.

El Tribunal Estatal apoyó su decisión en el §1618 a BGB en relación con el Art. 6, párrafo 5, Art. 2, párrafo 1 y Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Se trata de una integración del derecho admisible (1.). El Tribunal Estatal, sin embargo, ha desconocido el margen de libertad que se les ha atribuido a los órganos estatales competentes, tanto para salvaguardar los deberes de protección consagrados en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, como para cumplir con el mandato contemplado en el Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental (2.).

1. [...] Al derivar del §1618 a BGB un derecho de información a costas de la madre, el Tribunal Estatal no ha transgredido los límites de la integración del derecho admisible. El tribunal ha considerado tanto la jurisprudencia previa de los más altos tribunales –que negó a la Oficina de Jóvenes y otras instituciones estatales el derecho de información–, como los orígenes del §1618 a BGB para la interpretación de esa disposición. Sus consideraciones son comprensibles y no permiten concluir que el tribunal objetivamente no haya estado dispuesto a *someterse a la ley y el derecho*; más bien, del papel del *aplicador del derecho* ha pasado al rol de instancia creadora del derecho (cf. BVerfGE 87, 273 [280]).

2. En la sentencia recurrida, sin embargo, se ha violado el derecho de la personalidad (a la recurrente), porque el Tribunal Estatal ha olvidado que dispone de un amplio espacio para la ponderación.

a) Ni mediante el derecho del niño a conocer su origen, protegido en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ni tampoco a través del Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental, puede darse una respuesta determinada a la pregunta de si un hijo nacido fuera del matrimonio tiene derecho a que su madre le revele el nombre de su padre. Determinar la existencia de un derecho tal deberá ser decidido más bien por el legislador o por los tribunales al cumplir con el deber de protección derivado de los derechos fundamentales.

El derecho general de la personalidad comprende también el derecho a conocer los propios orígenes. El Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, sin embargo, no otorga ningún derecho a obtener ese conocimiento, limitándose tan sólo a brindar protección respecto de las informaciones que sean susceptibles de obtener a través de los órganos estatales (cf. BVerfGE 79, 256 [269]).

El Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental tampoco se puede tomar para establecer una equiparación de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales, en lo que respecta al conocimiento del padre natural, frente al cual se tienen derechos de manutención y herencia. La total equiparación con los hijos matrimoniales, por tanto, se encuentra excluida aquí, debido a que los niños nacidos en un matrimonio tienen un padre legal, con base en las disposiciones legales, quien no necesariamente tiene que ser su padre natural.

b) Del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se deduce, sin embargo, un deber de protección para los órganos del Estado, que vincula también el cumplimiento de la garantía de las condiciones constitutivas del desarrollo de la personalidad (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 79, 256 [268]):

Los derechos subjetivos de defensa frente a las intervenciones del Estado –que derivan directamente de los derechos fundamentales– se diferencian sustancialmente de los deberes de protección que derivan del significado objetivo de los derechos fundamentales, en que el derecho de defensa tiene como finalidad y contenido exigir un determinado comportamiento por parte del Estado, mientras que el deber de protección es, por principio, indeterminado. La manera como los órganos estatales cumplen con su deber de protección es una decisión que cae dentro su propia responsabilidad (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Esto es válido, en principio, no sólo para los casos en los cuales existen diferentes posibilidades de brindar la protección que exige la Ley Fundamental. Más aún, también es función de los respectivos órganos estatales competentes ponderar entre los diferentes derechos fundamentales que se contraponen entre sí y atender a las consecuencias negativas que determinada forma de cumplir con el deber de protección pudiera tener.

El Tribunal Federal Constitucional ha resaltado, por tanto, en jurisprudencia reiterada, que el establecimiento y la modificación normativa de un concepto de pro-

tección es asunto del legislador, al cual se le atribuye también un espacio de evaluación, valoración y configuración, cuando se encuentre obligado a tomar medidas para la protección de un bien jurídico (cf. BVerfGE 88, 203 [262]).

Lo mismo se aplica cuando los tribunales civiles, ante una omisión por parte del legislador, hacen valer la protección por medio de la integración del derecho o de la interpretación de conceptos legales indeterminados (véase al respecto BVerfGE 84, 212 [226 y ss.]), o cuando ese deber tiene que ser cumplido por un órgano del Ejecutivo (cf. BVerfGE 46, 160 [164]). Sólo en forma excepcional se pueden derivar de los derechos fundamentales deberes de reglamentación concretos. Existen espacios de configuración especialmente en aquellos casos en que diversos derechos fundamentales se contraponen entre sí. Se aplica lo mismo cuando –como aquí– la protección de un derecho fundamental tiene como consecuencia obligada el detrimento del derecho fundamental de otra persona, porque la ponderación se le atribuye en primer lugar al respectivo órgano estatal competente.

Lo mismo ocurre en el caso de la función que se le atribuye en primer lugar al legislador con base en el Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental, que debe ser tenida en cuenta por los tribunales para la aplicación del derecho vigente. Del Art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental se infiere que los hijos nacidos fuera del matrimonio no pueden ser tratados peor que los hijos legítimos, en la medida que de su especial situación no se deriva un fundamento que justifique un trato desigual. Sin embargo, aquí no se da una igualdad plena, porque las disposiciones legales para el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio no hacen referencia al padre natural, sino que toman como punto de referencia el matrimonio de la madre. Por otro lado, en tales casos no se presentan conflictos de intereses para la madre, como los que aparecen en el presente caso.

c) El Tribunal Estatal no ha sabido valorar adecuadamente el espacio que se le atribuye para una ponderación. Ciertamente, el tribunal derivó la pretensión de información que tiene el hijo nacido fuera del matrimonio respecto de su madre, no de la Ley Fundamental, sino de una disposición civil. Sin embargo, para la aplicación del §1618a del Código Civil ha considerado que el interés del hijo nacido fuera del matrimonio se encuentra protegido por un derecho fundamental, el cual admite una ponderación con los intereses de la madre sólo dentro de un estrecho margen. En especial, la cuestión acerca de “quién debe ser considerado como responsable de la contraposición entre los diferentes intereses”, considerada por el Tribunal Estatal como decisiva, excluye la posibilidad de darle suficiente atención a los intereses contrapuestos, porque un hijo nunca es responsable de la colisión que pudiera originarse a causa de su concepción por parte de los padres.

También para la ponderación de los intereses concretos, el Tribunal Estatal ha considerado sólo un espacio muy reducido. Así, ha reconocido que la recurrente tenía un fuerte interés para no revelar la identidad de los hombres con los que había convivido durante la época de la concepción. Sin embargo, al final no ha concedido un peso decisivo a ese punto de vista, porque –sin una ponderación concreta– otorgó prevalen-

cia a los intereses del hijo nacido fuera del matrimonio sobre los intereses de la madre y de los hombres involucrados.

No puede excluirse que el Tribunal Estatal, agotando su espacio de ponderación, llegue a otro resultado.

Nota complementaria: el Tribunal Estatal llegó al mismo resultado; un nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional Federal tuvo éxito. Sin embargo, la sentencia no es ejecutable, se quedó en el papel y el proceso fue inútil: LG Münster, NJW 1999, 3787 (sin fuerza de cosa juzgada).

16. Sentencia BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco]

1. *La esfera privada, protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico. El individuo debe tener la posibilidad de moverse libremente en otros lugares –distinguidos de manera clara y separados–, sin ser molestado con fotografías de carácter periodístico.*
2. *El derecho de la personalidad no se garantiza en interés de una comercialización de la propia persona. La protección de la esfera privada frente a las fotografías retrocede a un segundo plano, en la medida en que la misma persona se muestre de acuerdo en que se hagan públicos determinados asuntos que habitualmente son considerados como pertenecientes a la esfera privada.*
3. *El contenido de la protección del derecho de la personalidad de los padres, o de uno de los padres, se ve fortalecido en el Art. 6, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, en tanto que se trata de la exhibición o de la publicación de fotografías que tienen por objeto de manera específica la dedicación de los padres hacia los hijos.*
4. *La garantía contemplada en el Art. 5, párrafo 1, num. 2 de la Ley Fundamental, de la libertad de prensa comprende también publicaciones e informes de esparcimiento, así como sus ilustraciones. Esto es válido también para la publicación de imágenes que muestran a personas de la vida pública en situaciones cotidianas o en el ámbito privado.*

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1999

–1 BvR 653/96–

Fundamentos:

A.

El recurso de amparo se refiere a la publicación de fotografías sobre la vida privada y cotidiana de un personaje de la vida pública.

I.

1. La demandada en el proceso que da origen a la presente resolución es la Editorial Burda GmbH, la cual edita las revistas *Freizeit Revue* y *Bunte*. En estas revistas fueron publicadas –en el marco de diversos artículos– algunas fotografías en las cuales aparece la promovente del recurso de amparo, la princesa Carolina de Mónaco. Ésta presentó una demanda exigiendo la suspensión de las publicaciones [...]

a) El Tribunal Estatal de primera instancia admitió la demanda en lo referente a la publicación de fotografías en revistas que son distribuidas en Francia; por lo demás, desechó la demanda. A diferencia de lo que sucede en el derecho francés, en Alemania no existe un derecho a exigir la suspensión de una publicación [...]

[...] El recurso de revisión ante el Tribunal Superior Federal Alemán fue rechazado [...]

Antecedentes:

[...] la demandada publicó en la revista ilustrada *Bunte* número 32 de 5 de agosto de 1993, el artículo “Caroline: no creo, que pueda ser la mujer ideal para un hombre”, en el que, principalmente, en tercera persona, se reprodujo parte de un libro publicado en España sobre la recurrente. El informe fue ilustrado con varias fotografías. Una foto en la página 68 muestra a la recurrente en una pradera montando a caballo. En la foto no aparecen otras personas. Esta foto se tituló con el texto “Caroline y la melancolía. Su vida es una novela con numerosas desdichas, dice el autor Roig”. La página contiene una foto de la recurrente con sus hijos Pierre y Andrea, con el subtítulo “Caroline con Pierre y Andrea, sus hijos”. En la fotografía se ven en el frente tres personas; en el trasfondo hay unos automóviles. La recurrente lleva gafas para sol.

En el número 34 de la revista ilustrada *Bunte* de 19 de agosto de 1993 aparece en las páginas 44 a la 52 un artículo con el título “De la simple felicidad” con más fotos. En la página inicial del artículo hay una fotografía grande donde se ve a la recurrente con su hija en un bote de remos. El texto que lo acompaña en la página dice: “En un caluroso día de este verano, la princesa Caroline rema con su hija Charlotte en el Sorgues. Este es un pequeño río lejos de St-Rémy, el pueblo en la Provence, donde vive Caroline. De Nueva York a Londres susurran los bellos y ricos, acerca de Le Style de Caroline, canoas en lugar de yates, sándwich en lugar de caviar”. Otra fotografía la muestra con una canasta camino al mercado. Ésta tiene un texto impreso en letras pequeñas, que dice: “El ama de casa Caroline Casiraghi. Así vive, y va ella misma de compras”. El texto que acompaña la página, impreso en letras más grandes, dice: “El miércoles es el día de mercado. Le Style de Caroline será copiado en el mundo entero. Las sandalias de correas, con las cuales va al mercado de flores, su pareo, que lleva como falda”. En otras fotos –por las que no se presentó demanda– se encuentran en el marco de ese mismo artículo dos tiendas en las cuales la recurrente hace siempre las compras, el Bistro donde toma café y su casa de campo.

La siguiente foto demandada muestra a la recurrente y al actor Vincent Lindon en una casa de huéspedes, sentados juntos, y rodeados de otros huéspedes. Un texto impreso en letra pequeña, colocado en la esquina derecha, dice: “Todos los sábados en la tarde Caroline reserva aquí la mesa número 3, a la derecha de la entrada”. El texto anexo, impreso en letras más grandes dice: “En las tardes se sienta en la ‘Sous le Micoouliers’ y toma el suave vino rojo del verano. Caroline y Vincent Lindon son huéspedes como el panadero, el cultivador de aceitunas o el párroco de la iglesia de St. Martín, Philippe”.

Posteriormente aparece una foto de la recurrente, sola en un camino, montando en bicicleta. El pequeño texto de esa foto dice: “Carolina pedalea camino a su casa. Su ‘mansión’ queda al final del sinuoso camino ‘Chemin de Pilou’“. Lo complementa un texto grande que dice: “El fin de la soledad se acerca. Le Style de Caroline seduce a los bellos y ricos. Lady Di encargó a un agente inmobiliario que le buscara una propiedad. Julio Iglesias busca también”.

La foto en la página 51 muestra a la recurrente junto a Vincent Lindon, su hijo Pierre y otro niño. Se trata de una fotografía grande, que muestra a las personas citadas, prestando atención al niño. El texto, impreso en letras pequeñas dice: “El hijo menor de Caroline, Pierre de seis años, se ha caído: Vincent y Caroline lo consuelan”.

En la última foto se ve a la recurrente llevando unas gafas para sol, con una acompañante en el mercado, frente a un quiosco de flores. El texto que acompaña la foto dice: “El guardaespaldas de Caroline es una mujer. Ésta se parece bastante a la princesa. La mayor parte de las veces van juntas al mercado”.

2. Para la evaluación de esas fotos los tribunales civiles han partido básicamente de los §§ 22 y 23 de la Ley de Derechos de Autor sobre los trabajos del arte pictórico y fotografías, del 9 de enero de 1907 (RGrB1 pág. 7; en adelante, Ley de Propiedad Artística –KUG–). Estas disposiciones tienen el siguiente tenor:

§22

Las fotografías pueden ser divulgadas o puestas a disposición del público sólo con la aprobación del fotografiado. En caso de duda, la aprobación se tendrá como impartida, si el fotografiado ha cobrado para dejarse tomar la fotografía. Después de la muerte del fotografiado se requerirá la aprobación de sus familiares por un periodo de hasta 10 años [...].

§23

(1) Se pueden difundir y publicar, sin necesidad de la aprobación prevista en el §22: 1. Las fotografías en el ámbito de la historia contemporánea; 2. Las fotografías, en las que aparecen las personas de manera accesoria en un paisaje o en alguna localidad; 3. Las fotografías de reuniones, procesiones y acontecimientos similares, en los que tomen parte las personas fotografiadas; 4. Las fotografías que no son tomadas por solicitud del fotografiado, sino que sirven para ser difundidas o expuestas en interés del arte.

(2) La autorización no se extiende, sin embargo, a la difusión y publicación, mediante la cual se viole un interés legítimo del fotografiado, y en caso de que hubiere fallecido, de sus parientes. En forma diferente a como ocurre en el derecho francés, el derecho a solicitar una suspensión no existe en Alemania. La revisión fue denegada por el Tribunal Federal.

B.

El recurso de amparo se encuentra fundado en parte.

I. La sentencia impugnada hace referencia al derecho de la personalidad de la recurrente, consagrado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental.

1. La protección del derecho a la personalidad se extiende a las fotografías que terceros tomen de una persona.

a) Al derecho fundamental se le atribuye la función de proteger los elementos de la personalidad, que no son objeto de las especiales garantías de la libertad consagradas en la Ley Fundamental, pero que tienen igual importancia para el desarrollo y constitución de la personalidad del individuo (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 99, 185 [193]). La necesidad de una protección plena deriva principalmente de nuevas amenazas que pongan en peligro el desarrollo de la personalidad y que surgen –la mayoría de las veces– a la par del avance técnico-científico (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 65,1 [41]). La subordinación de una solicitud concreta de protección jurídica a los diversos aspectos del derecho de la personalidad debe hacerse en vistas de los peligros que amenazan la personalidad y tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso que motiva el conflicto.

b) La autorización para publicar fotografías que muestren a las personas en su vida privada o cotidiana debe medirse de acuerdo con el derecho a la propia imagen y a la garantía de la esfera privada, que concretizan el derecho general de la personalidad.

aa) En contra de lo que afirma la recurrente, el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no contempla un derecho de los particulares –amplio y de carácter general– para disponer absolutamente sobre la representación de la propia persona.

Como lo ha subrayado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional Federal, el derecho general de la personalidad no le da al particular el derecho a ser presentado ante los otros sólo de la manera como él se ve a sí mismo o como quisiera ser visto por los demás (cf. BVerfGE 82,236 [269]; 97,125 [149]; 97,391 [403]; 99,185 [194]). Una protección de este tipo no sólo iría más allá del objetivo de la protección, perseguido por la Ley Fundamental de evitar los peligros que amenazan el desarrollo de la personalidad, sino que también constituiría una injerencia considerable en la esfera de libertad de terceros.

La recurrente ni siquiera critica la manera en que su persona ha sido representada en las fotografías en cuestión –que los tribunales civiles han considerado bastante favorables. Ella se ocupa más bien de la cuestión sobre si se pueden tomar y publicar fotos de ella, cuando no se encuentra desempeñando funciones oficiales, sino en asuntos privados o cuando se mueve abiertamente en un marco cotidiano. La respuesta a esa pregunta se desprende de aquellas manifestaciones del derecho general de la personalidad que protegen el derecho a la imagen propia y la esfera de la vida privada.

bb) El derecho a la propia imagen (cf. BVerfGE 34, 238 [246]; 35, 202 [220]; 87, 334 [340]; 97, 228 [268 y ss.]) le garantiza al particular la posibilidad de influir y decidir, en lo que respecta a la toma y empleo de fotografías o dibujos de su persona por parte de otras personas. Si éstas muestran a la persona en un contexto público o privado, en principio no tiene ninguna importancia: la necesidad de protección se deriva –en forma similar a lo que ocurre con el derecho a la palabra hablada, que sirvió de punto de partida para que el derecho a la propia imagen tuviera entrada en la jurisprudencia constitucional (cf. BVerfGE 34, 238 [246])– principalmente de la posibilidad de que la imagen en la que aparece una persona en una determinada situación sea sacada del contexto, sea fijado en un sistema de transferencia de datos y pueda ser reproducido en cualquier momento ante un círculo indeterminado de personas. Esta posibilidad ha aumentado gracias al progreso de las tecnologías para captar imágenes, las cuales permiten tomar fotografías a grandes distancias, inclusive desde satélite y en malas condiciones de iluminación...

Dentro de los diferentes aspectos de la protección del derecho a la propia personalidad, el único que tiene importancia en el presente caso es el que se refiere a la realización de ciertas fotografías y su exposición ante el gran público. Aquí no se trata de fotografías manipuladas o de falsificaciones que derivan de un cambio de contexto, casos a los que esta protección se refiere de manera principal.

La recurrente considera más bien que las fotografías objeto de la presente controversia y el artículo que las acompaña, relevante en todo caso para el contenido de su denuncia, reflejan correctamente situaciones de su vida privada, de tal modo que también algún espectador que estuviera presente las habría percibido de esa misma manera; lo único que desea es que estas situaciones no sean captadas en fotografías y que sean presentadas al gran público, porque en su opinión éstas pertenecen a su esfera privada.

cc) A diferencia del derecho a la propia imagen, la protección de la esfera privada –cuyas raíces se encuentran también el derecho general de la personalidad– no se refiere específicamente a imágenes, sino que se encuentra delimitada espacial y temáticamente. Esta protección de la esfera privada abarca, por un lado, situaciones que por la información que contienen se clasifican típicamente como “privadas”, debido a que su ventilación pública se considera indecorosa, su exhibición resulta penosa o puede suscitar reacciones adversas por parte del entorno. A este grupo pertenecen, por ejemplo, la exposición que uno hace de sí mismo en un diario privado (BVerfGE 80, 367), las comunicaciones confidenciales entre esposos (BVerfGE 27, 344), el ámbito de la sexualidad (BVerfGE 47, 46; 49, 286), los comportamientos sociales anormales (BVerfGE 44, 353) o las enfermedades (BVerfGE 32, 373). Si no existiera una protección que impidiera que los otros obtuvieran conocimiento de dichas conductas o situaciones, la exposición que uno hace de sí mismo en un diario privado, la comunicación despreocupada entre personas cercanas, el desarrollo de la sexualidad o solicitar ayuda médica se verían lastimados o se harían imposibles, aun cuando se trate de conductas protegidas por los derechos fundamentales.

De otra parte, la protección se extiende a un ámbito en el que los individuos pueden expresarse, distenderse o abandonarse (cf. BVerfGE 27, 1 [6]). Ciertamente, ese ámbito ofrece también la oportunidad de comportarse en una forma diferente a como se haría en público, y cuya observación o exhibición ante extraños sería vergonzosa o perjudicial para los implicados. En esencia se trata, sin embargo, de un espacio en que el particular tiene la posibilidad de liberarse de la observación del público y —con ello— del autocontrol a que ésta obliga, a pesar de que el comportamiento sea el mismo al que se tiene públicamente. Si dejaran de existir estos ámbitos, a los cuales el particular puede retirarse, el individuo podría sobrecargarse psicológicamente, porque debería atender constantemente a la forma como actúa frente a los demás, y si está actuando en forma correcta. Le faltaría las fases de la soledad y del equilibrio, que son necesarios para el desarrollo de la personalidad y sin las cuales se podría ver perjudicado.

Una necesidad de protección de esta clase existe también para aquellas personas que debido a su rango, prestigio, cargo o su influencia, a sus capacidades, sus actividades o sus logros tienen una importancia pública especial. Quien, voluntaria o involuntariamente, se convierte en una persona de la vida pública, no pierde por esta razón su derecho a una esfera privada que deba quedar fuera de la mirada del público. Esto se aplica también a los funcionarios públicos elegidos democráticamente, que en razón de su cargo se encuentran obligados a rendir cuentas públicamente, y que en ese ámbito son objeto de la atención del público, aunque no en su vida privada, en la medida que ésta no afecte el ejercicio de sus funciones.

El ámbito doméstico representa en forma reconocida una esfera de protección de este tipo. Debido a la relación con el desarrollo de la personalidad, el ámbito de retiro no puede limitarse de antemano al ámbito del hogar. Lo dicho anteriormente tiene validez por el mero hecho de que las funciones que tal ámbito desempeña sólo pueden cumplirse cuando éste no se agota en los muros de la casa o en los límites de la propiedad. El libre desarrollo de la personalidad se vería obstaculizado en forma considerable, si el individuo únicamente pudiera sustraerse de la curiosidad del público estando en su propia casa. La vida pública de ciertas personas está caracterizada por presiones del cargo y por una constante presencia de los medios de comunicación; frecuentemente el descanso necesario se puede lograr únicamente retirándose a un ambiente natural, por ejemplo, un lugar vacacional. Por consiguiente, el individuo debe contar con la posibilidad de moverse libremente en la naturaleza o en un lugar separado, libre del público. Esto se aplica particularmente respecto de aquellas tecnologías para captar imágenes que permiten superar las distancias sin que el afectado lo pueda notar.

No se puede determinar de manera general y abstracta cuándo los límites de la esfera privada pueden extenderse más allá de la casa habitación. Esto se puede establecer simplemente tomando en consideración las condiciones del lugar que la respectiva persona hubiere buscado. Así, resulta determinante que una persona busque —o ella misma genere— situaciones o espacios en los que justificadamente pueda suponer que no estará sometida a las miradas del público y que los terceros estarán en condiciones de reconocer [este deseo de privacidad].

El cumplimiento de los presupuestos para el retiro se puede determinar sólo en cada situación particular. Puede ser que, en un mismo lugar, la persona en ocasiones –y fundadamente– se sienta libre de miradas ajenas y en otras no. Así mismo, la estancia en un lugar cerrado no debe equipararse forzosamente con privacidad o retiro. La cuestión fundamental consiste en determinar si la persona puede válidamente esperar que no estará sujeta a las miradas del público, o si –por el contrario– ha acudido a lugares en donde se encontrará expuesta a los ojos del público; por tanto, también en espacios cerrados puede faltar el aislamiento requerido, el cual constituye el presupuesto para la protección de la esfera privada fuera del ámbito doméstico.

Los lugares en los cuales el individuo se encuentra entre muchas personas, carecen de antemano de los presupuestos para la protección de la esfera privada en el sentido del Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Tales lugares no pueden satisfacer la necesidad de aislamiento y, por consiguiente, tampoco justifican que se les aplique la protección otorgada por los derechos fundamentales a los espacios necesarios para lograr el libre desarrollo de la personalidad. Tales lugares no pueden estar adscritos a la esfera privada de la persona, por ejemplo, mediante un comportamiento que típicamente no se encuentra dispuesto para ser observado por el público. Su comportamiento, ya sea en soledad o en compañía de otros, no es lo que constituye la esfera privada, sino los hechos objetivos de la localidad en un momento en cuestión. Si la persona se comporta –en lugares que no ofrezcan las características de aislamiento– como si no fuese observada, estará renunciando –por ese solo hecho– a la necesidad de protección respecto de aquellos comportamientos que, de suyo, no serían de la incumbencia del público.

La protección de la esfera privada respecto del conocimiento público desaparece también cuando alguien se muestra de acuerdo con que se hagan públicos determinados asuntos que, por lo general, tienen el carácter de privados; tal es el caso, por ejemplo, cuando la persona celebra un contrato de exclusividad para que se hagan informes o reportajes sobre su vida privada. La protección constitucional de la esfera privada, consagrada en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se garantiza en interés de la comercialización de la propia persona. En realidad, a nadie se le impide abrir su vida privada de esta forma. Pero, en tales casos, la persona no puede invocar simultáneamente la protección de la esfera privada que se encuentra apartada del público. La expectativa de que el público no conozca –o no en su totalidad– asuntos o conductas pertenecientes al ámbito privado, debe por tanto ser expresada consistentemente y de forma tal que se extienda a cada situación. Esto es válido también cuando se hubiere dado aprobación para informar sobre determinados acontecimientos de la propia esfera privada y posteriormente se quiera revocar dicha determinación.

dd) El Tribunal Constitucional Federal no se ha expresado todavía sobre el alcance de la protección de la esfera privada para el trato familiar entre padres e hijos. Sin embargo, es un hecho comprobado que los niños requieren de una protección especial,

puesto que antes tienen que desarrollarse como personas responsables de sí mismas (cf. BVerfGE 24, 119 [144]; 57, 361 [383]). Esa necesidad de protección subsiste particularmente a causa de los peligros derivados del interés que los medios de comunicación y sus consumidores tienen en ver fotografías de niños. Mostrar fotografías de niños puede afectar el desarrollo de su personalidad de manera más sensible que el de los adultos. El ámbito en el que los niños se sienten libres de la observación del público y donde pueden desarrollarse debe, por tanto, ser protegido más ampliamente que el de los adultos.

Los padres son ante todo los responsables del desarrollo de la personalidad de los niños. En la medida que la educación dependa de las relaciones tranquilas que se tenga con los niños, la especial protección de los derechos fundamentales de ellos repercutirá en forma refleja a favor del padre y de la madre (véase también BVerfGE 76, 1 [44 y ss.]; 80, 81 [91 y ss.]). Más aún, también en el trato específico que los padres den a los hijos cae fundamentalmente dentro del ámbito de protección del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El contenido de la protección del derecho general de la personalidad experimenta, por tanto, un fortalecimiento a través del Art. 6, párrafo 1 y el Art. 2 de la Ley Fundamental, que obligan al Estado a asegurar las condiciones de vida de los niños necesarias para su crecimiento saludable, dentro de las cuales se encuentra de manera especial la asistencia paterna (cf. BVerfGE 56, 363 [384]; 57, 361 [382 y ss.]; 80, 81 [90 y ss.]).

No puede determinarse de manera general y abstracta el modo en que el fortalecimiento de la protección de la personalidad –derivado del Art. 6 de la Ley Fundamental– repercute en los casos particulares. Ciertamente no se requiere por lo general de una protección, cuando los padres conscientemente se presentan al público en compañía de sus hijos, como sucede cuando participan en actividades públicas y, más aún, cuando ellos forman parte central de éstas. De este modo, ellos mismos propician las condiciones para la entrada del público. Por lo demás, la protección del derecho a la personalidad a favor de las relaciones específicas entre padres e hijos puede intervenir también en otras situaciones, aun cuando las características del lugar no cumplan con los requisitos de privacidad.

2. Con las sentencias impugnadas, la recurrente se vio perjudicada en su derecho general de la personalidad. Las fotografías gozan de la protección de ese derecho fundamental; por tanto, la determinación del tribunal –indicando que tales fotografías podían ser publicadas en contra de la voluntad de la recurrente– limitan la protección de la recurrente; tal protección debe ser acatada por los tribunales aun en controversias de derecho privado (cf. BVerfGE 7, 198 [207]).

II.

Las sentencias impugnadas no cumplen plenamente con los requisitos contemplados en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

1. Las disposiciones de los §§ 22 y 23 KUG, en las que los tribunales civiles fundamentaron sus decisiones, son sin embargo, compatibles con la Ley Fundamental.

2. La interpretación y la aplicación de las disposiciones, por el contrario, no satisfacen los requisitos exigidos por los derechos fundamentales.

a) La interpretación y aplicación de las disposiciones del derecho civil, de conformidad con la Constitución, es asunto de los tribunales civiles. Éstos, sin embargo, deben tener en cuenta el significado y la envergadura de los derechos fundamentales que aplican en sus decisiones, de manera tal que se mantenga su significado también en el plano de la aplicación (cf. BVerfGE 7, 198 [205 y ss.] jurisprudencia reiterada). Para esto se requiere una ponderación entre la protección de los derechos fundamentales controvertidos –que se debe llevar a cabo en el marco de las características de las disposiciones del derecho civil susceptibles de interpretación– y las especiales circunstancias del caso (cf. BVerfGE 99, 185 [196]; jurisprudencia reiterada). Como quiera que la controversia jurídica, a pesar de la influencia de los derechos fundamentales, sigue siendo de derecho privado, y su solución –con fundamento en la interpretación de los derechos fundamentales– se encuentra en el derecho privado, el Tribunal Constitucional Federal se limita a examinar si el tribunal civil ha tenido en cuenta suficientemente la influencia de los derechos fundamentales (cf. BVerfGE 18, 85 [92 y ss.]). Tampoco es de su competencia establecer cómo ha debido decidir el tribunal civil la controversia (cf. BVerfGE 94, 1 [9 y ss.]).

La violación de un derecho fundamental, que lleva a la impugnación de las decisiones atacadas, se da no sólo en el hecho de haber omitido los derechos fundamentales que se deben tener en cuenta para la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales del derecho privado, sino también cuando el ámbito de protección del derecho fundamental a tener en cuenta se determina de manera errada o incompleta, o su importancia se valora de manera incorrecta, de modo tal, que la ponderación de las posiciones de ambas partes en el marco de la reglamentación del derecho privado se ve afectada por tal motivo (cf. BVerfGE 95, 28 [37]; 97, 391 [401]), y la decisión cae en ese error.

b) En el presente caso, para la interpretación y aplicación de los §§ 22, 23 KUG, se debe tener en cuenta no sólo el derecho de la personalidad, sino también la libertad de prensa garantizada en el Art. 5, párrafo 1, num. 2 de la Ley Fundamental, que en todo caso se ve afectada por esas disposiciones.

En el centro de la protección del derecho fundamental de la libertad de prensa se encuentra el derecho a determinar libremente la clase y la orientación, la forma y el contenido de una publicación (cf. BVerfGE 20, 162 [174 y ss.]; 52, 283 [296]; 66, 116 [133]; 80, 124 [133 y ss.]; 95, 28 [35]); dentro de esto se cuentan también la decisión sobre si –y cómo– se debe ilustrar un producto periodístico. La protección no se restringe a determinados objetos ilustrativos. Ésta comprende también las fotografías de personas. La protección no depende de las características o el nivel del producto periodístico o de la información en particular (cf. BVerfGE 34, 269 [283]; 50, 234 [240]).

Toda diferenciación de este tipo acaba en últimas en una valoración y direccionamiento por parte de las entidades estatales, que contravendría la esencia de ese derecho fundamental (BVerfGE 35, 202 [222]).

La libertad de prensa sirve a la libre formación de la opinión pública y privada (cf. BVerfGE 57, 295 [319]). Esto sólo puede darse en condiciones que garanticen una libre información, que no predetermine o sustraiga determinados materiales o presentaciones. La formación de la opinión, en especial, no se limita al ámbito político (véase BVerfGE 57, 295 [319]). Ciertamente se le atribuye allí especial significado en interés de una democracia efectiva. Sin embargo, la formación de la opinión política se encuentra incrustada en un amplio proceso de comunicación, entrelazado de múltiples formas, que no puede dividirse en zonas relevantes e irrelevantes para el predominio de la democracia (véase BVerfGE 97, 228 [257]). La prensa debe poder decidir con base en criterios periodísticos, lo que ella considere de valor para el interés público.

El que la prensa tenga que cumplir una función en materia de formación de la opinión pública no excluye la función constitucional de la recreación. La formación de la opinión y la recreación no se contraponen. También en los artículos recreativos, se lleva a cabo una formación de la opinión. Éstos inclusive pueden insinuar constantemente o influir en ciertas circunstancias, sin que se trate de informaciones especializadas. Además, no se observa en los medios de comunicación una tendencia creciente a anular la separación de la información y la recreación tanto respecto de la producción periodística en su totalidad, como también en los artículos en particular, y a difundir informaciones en forma recreativa, o a mezclarlas con la recreación (*Infotainment*). Muchos lectores, en consecuencia, toman las informaciones que consideran importantes o interesantes en los artículos recreativos (véase Berg/Kieler (comps.), *Massenkommunikation*, t. V, 1996).

Pero la simple recreación tampoco se puede separar de antemano de su contribución a la formación de opinión. Sería como aceptar unilateralmente, que la recreación satisface solamente los deseos de dispersión y distensión, huida y evasión de la realidad. Ella también puede transmitir imágenes de la realidad, y poner a disposición temas de discusión que se pueden incorporar a los procesos de discusión e integración, y que se relacionan con la forma de vida, valores y conductas, y cumplen de este modo importantes funciones sociales (véase BVerfGE 97, 228 [257], además Pürer/Raabe, *Medien in Deutschland*, t. 1, 2a ed., 1996, pp. 309 y ss.). Por este motivo, la recreación en la prensa se encuentra reservada a los objetivos que se persiguen con la protección de la libertad de prensa, sin que se pueda omitir o dejar sin valor, y por consiguiente, vinculada en todo caso a la protección que brinda el derecho fundamental (véase BVerfGE 35, 202 [222]).

Esto es válido también para los artículos sobre personas. La personalización constituye instrumento periodístico importante para llamar la atención. Despierta en diversas formas el interés sobre problemas y genera el deseo de informaciones especializadas. La participación en sucesos y situaciones se difunde también la mayor parte de

las veces a través de la personalización. Las personas importantes tienen además determinados valores y un nivel de vida. Muchos de ellos ofrecen orientación con sus propios proyectos de vida. Se convierten en puntos de cristalización para la aprobación o el rechazo y cumplen funciones de imagen o contraste. Esto fundamenta el interés público en las diferentes formas de vida de tales personas.

Para las personas de la vida política, un interés de esta clase por parte del público se reconoce como legítimo desde el punto de vista de la transparencia democrática y el control. Esto tampoco se puede controvertir, en principio, respecto de otras personas de la vida pública. En esta medida, las representaciones, que no se limitan a determinadas personas o acontecimientos, corresponden a las funciones de la prensa y caen por consiguiente, en todo caso, en el ámbito de protección de la libertad de prensa. En principio, para la ponderación de los derechos de la personalidad que coliden, se puede llegar al extremo de preguntar si el público solicita análisis serios y especializados, o simplemente que se difundan asuntos privados, que sólo satisfacen a los curiosos (cf. BVerfGE 34, 269 [283]).

c) Como resultado, la sentencia del Tribunal Superior Federal resistió el examen de constitucionalidad.

aa) No existe objeción alguna desde el punto de vista constitucional que el Tribunal Superior Federal haya determinado los presupuestos de hecho del §23, párrafo 1 KUG con base en el criterio del interés informativo de la comunidad, y, con base en éste, haya considerado admisible la publicación de fotos de la recurrente, aun por fuera de sus funciones en el principado de Mónaco.

El §23, párrafo 1 KUG deja la publicación de imágenes de personajes de la historia contemporánea, libre de los requisitos de autorización contemplados en el §22 KUG. La disposición toma en consideración la intención del legislador (véase *Verhandlungen des Reichstages, op. cit.*, pp. 1540 y ss.) así como el sentido y la finalidad de la reglamentación en interés del público por la información y en la libertad de prensa. Por tanto, se deben tener en cuenta los intereses del público para la interpretación de las características de las circunstancias de hecho. Por consiguiente, las fotografías de las personas, a las cuales se les niega un significado histórico, no pueden hacerse asequibles al público, a menos que exista la autorización del implicado. Las características adicionales de las circunstancias de hecho del “interés legítimo” del §23, párrafo 2 KUG, que quedan abiertas a la influencia del derecho fundamental, se refieren de antemano sólo a las personas que tienen un significado histórico y, en consecuencia, los intereses de la libertad de prensa dejan de ser suficientes, cuando éstos no se han tenido en cuenta para la delimitación del círculo de personas que comprende.

Se tiene en cuenta el significado y envergadura de la libertad de prensa, sin cercenar de manera desproporcionada la protección de la personalidad, ya que el concepto de la historia contemporánea del §23, párrafo 1 KUG, de conformidad con el criterio para la determinación del contenido por vía jurisdiccional, por ejemplo, no comprende no sólo sucesos significativos desde el punto de vista político o histórico, sino que se determina

con base en el interés por la información que tiene el público (véase, ya en RGZ 125, 80 [82]). Al núcleo de la prensa y de la libre formación de la opinión pública pertenece el que la prensa, al interior de los límites legales, posee un espacio suficiente en el que puede decidir con base en sus criterios periodísticos, lo que el interés público requiere, y hacer evidente en el proceso de formación de la opinión, lo que es un asunto de interés público. Los informes recreativos, como ya se analizó, tampoco se sustraen de esto.

Tampoco se puede objetar el que el Tribunal Federal incluyera dentro del “ámbito de la historia contemporánea”, de conformidad con el §23, párrafo 1 KUG, no sólo las imágenes de personas, que se encuentran por sí vinculadas en forma puntual a un determinado acontecimiento de la historia contemporánea, sino que independientemente de los acontecimientos en particular, son centro de atención del público por su *status* y significado. De ahí que sea necesario tener en cuenta también la creciente importancia, que en la actualidad se le atribuye a la publicación de imágenes en comparación con la época en que se establecieron los derechos de propiedad intelectual. El concepto de una “persona de la historia contemporánea”, del que se habla en ese contexto en la literatura y la jurisprudencia, no se origina necesariamente, en realidad, ni en la ley ni en la Constitución. Con la interpretación del Tribunal Superior del Estado y del Tribunal Federal, que reduce el concepto de persona, a aquellas en cuya imagen el público desea encontrar un valor alrededor de la persona representada, no se presenta ninguna duda constitucional, hasta tanto no se verifique la ponderación del caso en particular, entre el interés del público en la información y los intereses legítimos de los fotografiados.

El derecho de la personalidad no exige que la publicación de fotos, que no requiere autorización, se restrinja a aquellas personas que en el ejercicio de sus funciones tengan un significado histórico, reconocido por la sociedad. Respecto del interés público es característico, que se reclame de tales personas, no sólo aquello que en sentido estricto hace parte del ejercicio de sus funciones. Más aún, debido a la relevancia de su función y a los efectos a ella vinculados, también se extienden al comportamiento general de éstas, aun fuera del ejercicio de sus respectivas funciones. Esto implica la existencia de un interés legítimo en determinar si tales personas, que se consideran ordinariamente como ídolos o modelos, tienen un comportamiento en su vida privada que sea acorde con las funciones que desempeñan.

La limitación de la publicación de fotografías al ejercicio de las funciones que desempeña una persona, que cuenta con una importancia histórica, y que invocan tales personas en forma legítima, sería insuficiente desde el punto de vista del interés público, y estarían favoreciendo una presentación selectiva, que privaría al público de la posibilidad de evaluar a las personas de la vida política y social, debido a su función directriz e influencias. El alcance ilimitado de las fotografías de las personas de la historia contemporánea, por consiguiente, no le sería posible a la prensa. Más aún, el §23 KUG le otorga de manera suficiente a los tribunales la posibilidad de hacer valer los requisitos de protección del Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 35, 202 [225]).

bb) En principio, tampoco son objetables desde el punto de vista constitucional los criterios que desarrolló el Tribunal Federal para la interpretación de las circunstancias de hecho del “interés legítimo” en el §23, párrafo 2 KUG.

De conformidad con la sentencia impugnada, la esfera privada objeto de protección, que se le atribuye también a las personas de la historia contemporánea, presupone la posibilidad de aislarse en un determinado lugar, en el cual la persona se recoge, y que le permite estar sola, con la confianza de poder comportarse de una manera diferente a como lo haría en público. El Tribunal Federal reconoce la violación de los §§22, 23 KUG, cuando se publican fotografías que le han sido tomadas al implicado en secreto en una situación tal, o abusando de su falta de prevención.

El criterio del aislamiento local tiene en cuenta, de una parte, el sentido del derecho de la personalidad, que le asegura a la persona una esfera aun fuera de su propia cotidianeidad doméstica, donde sabe que no se encuentra permanentemente ante la observación del público y donde, por consiguiente, no tiene que controlar su comportamiento, sino que tiene la posibilidad de distenderse y de encontrarse consigo misma. Por otra parte, la libertad de prensa no se ve de este modo reducida en forma desmesurada, pues subsiste la posibilidad de informar sobre la vida cotidiana y privada de las personas de la historia contemporánea, cuando se desenvuelve en público, y la toma de fotografías sigue siendo posible. En caso de la prevalencia del interés por la información, la libertad de prensa puede tener preferencia sobre la protección de la esfera privada (véase BGH, JZ, 1965, p. 411 [413]; OLG Hamburg, UFITA 1977, p. 252 [257]; OLG München, UFITA 1964, 322 [324]).

El Tribunal Federal puede considerar el comportamiento de una persona en una determinada situación como un indicio de que cree que se encuentra aislada. La protección de la imagen en esa esfera presupone efectivamente, que el implicado tenga allí un comportamiento que no tendría ante los ojos del público. El aislamiento local cumple su función protectora del libre desarrollo de la personalidad sólo cuando le asegura a las personas, sin consideración a su respectivo comportamiento, un espacio de distensión, en el que no tenga que estar pendiente permanentemente de la presencia de fotógrafos o camarógrafos. Éste, sin embargo, no es el caso, como ha podido determinarse, y de este hecho ha partido el Tribunal, por lo que falta la primera condición para la protección de la esfera privada.

Finalmente, no se puede objetar constitucionalmente que para la ponderación entre el interés público por la información y la protección de la esfera privada, se deba dar importancia al método empleado para obtener la información (cf. BVerfGE 66, 116 [136]). Si se considera que la esfera privada externa sólo se puede violar cuando las fotos se toman de manera secreta o desprevenida, se estaría cometiendo un error. En vista de la función constitucional que tiene esta esfera, y teniendo en cuenta las circunstancias, por lo general no se puede determinar si una foto ha sido tomada de manera secreta o desprevenida, no se puede establecer una intervención en la esfera privada sólo porque se dan estos hechos. Dado que el Tribunal Federal, en el caso de las foto-

grafías en discusión, ha negado la existencia de una esfera de aislamiento, el resultado de su decisión no se pone en duda.

cc) Los requisitos constitucionales, por el contrario, no se cumplen, en tanto que las decisiones atacadas no le han dado importancia a la circunstancia de que la protección del derecho de la personalidad de la recurrente, en el caso de las relaciones familiares con sus hijos, se fortalecen con el Art. 6 de la Ley Fundamental.

dd) Para las diferentes fotografías, resulta en particular lo siguiente: No existe fundamento para objetar constitucionalmente la decisión del Tribunal Federal respecto de aquellas fotografías que muestran a la recurrente camino al mercado, con una guardaespaldas en el mercado y con un acompañante en un local bastante concurrido. En los dos primeros casos se trata de lugares abiertos, visitados por bastante público. En el tercer caso se trata ciertamente de un espacio restringido, en el que, sin embargo, la recurrente se encuentra ante el público presente. Por ese motivo el Tribunal Federal no se opuso a prohibir la difusión de fotos en el jardín, que son objeto de la decisión impugnada, pero no del recurso de amparo. El lugar donde fue fotografiada la recurrente con su acompañante, presenta todas las características del aislamiento. La circunstancia de que las fotografías fueron evidentemente tomadas desde lejos, señala adicionalmente que la recurrente podía partir de que no se encontraba ante los ojos del público.

La decisión tampoco es objetable en lo que respecta a las fotos en las que se muestra a la recurrente sola, montando a caballo o en bicicleta. El Tribunal Federal basa en todo caso sus consideraciones no en la esfera del aislamiento local, sino en la esfera de lo público, lo cual no ofrece objeción desde el punto de vista constitucional. La recurrente misma considera que las fotos pertenecen a su aislamiento debido a que expresó su voluntad de estar sola. Sin embargo, los criterios analizados no se dan por la simple expresión de la voluntad.

Las tres fotos en las que la recurrente fue fotografiada junto a sus hijos exigen, por el contrario, un nuevo examen desde el ámbito constitucional señalado anteriormente. No se puede excluir que el examen con base en esos criterios, en lo concerniente a una o todas las fotografías, pueda conducir a un resultado distinto. Por tanto, se revoca la sentencia del Tribunal Federal y se reenvía el caso para nueva decisión.

17. Sentencia BVerfGE 106, 28 [Grabación de conversaciones telefónicas]

1. *La inviolabilidad de las comunicaciones a distancia (Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental) se extiende también a los aparatos de telecomunicaciones operados por particulares.*
2. *El Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental fundamenta un derecho de defensa, que impide que el Estado tome conocimiento del contenido y las demás circunstancias de una comunicación a distancia; al mismo tiempo, impone al Estado la tarea de contemplar medidas de protección a las telecomunicaciones,*

toda vez que también terceros particulares procuran tener acceso a las comunicaciones.

3. *La garantía del derecho a la protección de la palabra hablada forma parte del derecho general de la personalidad, previsto en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental; este derecho protege a los involucrados en una conversación, e impide que una de las partes, por ejemplo mediante el uso de un micrófono, ponga el contenido de la conversación a disposición de un tercero no involucrado en la misma. El Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental no abarca esta protección.*
4. *También las personas morales de derecho privado pueden invocar este derecho a la palabra hablada.*
5. *Sobre la utilización de declaraciones de testigos en un proceso civil basadas en la intervención ilegal de conversaciones telefónicas entre terceros.*

**Resolución de la Primera Sala, del 9 de Octubre, 2002
- 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 -**

Fundamentos de la resolución:

A.

Los dos recursos de amparo (acumulados a fin de emitir una resolución conjunta) se refieren a la cuestión de la utilización por parte de tribunales civiles de declaraciones de testigos, acerca del contenido de conversaciones telefónicas que los testigos escucharon a través de dispositivos para intervenir la conversación, con conocimiento exclusivamente de uno de los involucrados en la conversación [...]

C.

Los recursos de amparo son procedentes y fundados. Las resoluciones atacadas lesionan a los quejosos; si bien no existe violación del derecho fundamental sobre “inviolabilidad de las comunicaciones a distancia”, contemplado en el Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental, los tribunales no respetaron en su debida extensión el derecho general de la personalidad de los quejosos, en la forma del “derecho a la palabra hablada”.

I.

Las informaciones aportadas por los testigos en el proceso no fueron obtenidas con violación al secreto de las comunicaciones a distancia. Por tanto, con miras a la norma de derecho fundamental contenida en el Art. 10 de la Ley Fundamental, no se encuentran bajo la prohibición de recabación de pruebas y utilización de las mismas en un juicio [...]

2. El Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental no protege a una persona contra el empleo de un micrófono que uno de los interlocutores ponga a disposición de un tercero [...]

Toda vez que el Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege únicamente la confidencialidad del medio de comunicación empleado para transmitir una noticia, no se vulnera el ámbito de protección cuando uno de los interlocutores –dentro de su ámbito de influencia y responsabilidad– posibilita a un tercero (otro particular) el acceso al dispositivo empleado para la comunicación a distancia. Ciertamente, en tal caso el medio de transmisión es utilizado para intervenir la comunicación. Sin embargo, no se actualiza la situación especial de peligro exigida por el Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El asunto relevante aquí no consiste en la violación de la confianza puesta en la seguridad del medio de telecomunicación para la transmisión de una información, sino más bien, de una defraudación de la confianza inherente a la persona del interlocutor.

c) En el presente caso, los actores (en los procesos de origen) admitieron frente a las personas que posteriormente fueron llamadas a declarar en calidad de testigos, haber escuchado las conversaciones mediante el empleo de aparatos que estaban unidos en el extremo final del teléfono, cuya operación se encontraba exclusivamente en su ámbito de influencia y responsabilidad. Si bien dicha conducta pudiera haber lesionado la confianza depositada en ellos (en el sentido del deber de proteger el contenido de la conversación ante terceros), tal conducta no lesionó el ámbito de protección del Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

II.

Mediante el interrogatorio de los testigos y la valoración y utilización de sus declaraciones, los tribunales lesionaron el derecho constitucionalmente garantizado a la palabra hablada, como parte del derecho general de la personalidad...

a) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha reconocido que la Ley Fundamental protege –junto con el derecho a la propia imagen– el derecho a la palabra hablada (cf. BVerfGE 34, 238 [246s.]; 54, 148 [154]). Con ello se garantiza la autodeterminación sobre la manera en que la persona se presenta a sí misma en la comunicación con otros (cf. BVerfGE 54, 148 [155]). Esta protección abarca la posibilidad de comportarse –en el proceso de comunicación– en forma adecuada a las circunstancias (tomando como referencia la propia valoración), y de adaptarse según los interlocutores presentes. También forma parte del derecho fundamental el que cada quien pueda determinar por sí mismo si el contenido de la comunicación debe ser accesible únicamente al interlocutor, a un determinado grupo de personas o al público en general (cf. BVerfGE 54, 148 [155] haciendo referencia a BGHZ 27, 284 [286]; cf. también BAGE 41,37 [42], así como –adhiriéndose a dicha resolución– BGH, *NJW* 1991, p. 1180). El derecho de autodeterminación se extiende, pues, a la elección de las personas que puedan tener acceso al contenido de una conversación.

Este derecho de autodeterminación encuentra un modelo de expresarse en la potestad de la persona de decidir por sí misma si su voz puede ser almacenada en una grabadora, de modo que posiblemente pueda hacerse accesible a terceros. De este modo, la voz y la palabra hablada se separan de las personas que participaron en la comunica-

ción y adoptan una forma independiente que puede ser accesible a terceros (cf. los fundamentos establecidos en BVerfGE 34, 238 [246 s.]; BGHZ 27, 284). Por el contrario, la comunicación humana debe ser protegida por el derecho fundamental para evitar que las palabras –quizá una expresión poco ponderada o espontánea, una postura meramente transitoria adoptada en el marco de una conversación en desarrollo, una formulación que sólo pueda ser comprendida cabalmente dentro de una determinada situación–, sacadas de su contexto o empleadas en una ocasión distinta puedan ser utilizadas –atendiendo a su contenido, a la forma de expresarlas o al tono en que fueron dichas– en contra del emisor. Por tanto, la Ley Fundamental protege al individuo de que sus conversaciones se sean grabadas secretamente y sean utilizadas sin el consentimiento o incluso contra la voluntad declarada del emisor [...]

El derecho fundamental no protege sólo contra una “cosificación” de la palabra, sino también contra otras posibles formas de lesión del derecho de autodeterminación, por ejemplo, en relación con el derecho de determinar qué personas deben tener acceso al contenido de la comunicación. También existe una protección frente al hecho de que uno de los participantes en el proceso de comunicación, sin conocimiento de la otra persona, involucre a una tercera persona en calidad de oyente, o que permita en forma directa la participación en la comunicación por parte del tercero. Si un hablante se comporta de modo tal que sus palabras puedan ser escuchadas sin especial dificultad por un número indeterminado de personas, entonces a él mismo debe imputarse que terceros puedan escuchar dicha conversación. No hay protección que impida que dichos terceros participen en la comunicación, por ejemplo, cuando el emisor pasa por alto la presencia de “oyentes no deseados”, o cuando no mide adecuadamente el volumen de su voz. Resulta decisivo que el hablante, con base en las condiciones marco, pueda confiar fundadamente en no ser escuchado por terceros (cf. acerca de la protección *espacial* de la esfera privada: BVerfGE 101, 361 [384 s.]).

b) el derecho a la palabra hablada no se confunde con la protección de la esfera privada, la cual tiene también sus raíces en el derecho general de la personalidad (cf. BVerfGE 101, 361 [382 s.]...)

... La protección del derecho a la palabra hablada no se circunscribe a determinados contenidos o espacios, sino que se refiere exclusivamente a la autodeterminación sobre la accesibilidad inmediata de la comunicación, como por ejemplo: decidir sobre la realización de una grabación de sonido o la participación de una tercera persona en la comunicación. La protección del derecho a la palabra hablada no depende de que en el intercambio de información se trate de comunicar contenidos de carácter personal o incluso de informaciones especialmente sensibles (íntimas) de la personalidad; como tampoco depende de que los participantes hayan pactado una especial confidencialidad de la conversación.

Con frecuencia resulta difícil prever qué rumbo tomará una conversación. Así, una plática que inicialmente se limitaba a tratar asuntos de negocios que no requerían especial confidencialidad, puede transformarse en una conversación personal, del

mismo modo que una conversación personal puede transformarse en una conversación de negocios con contenidos delicados. La posibilidad de dar a una conversación un rumbo distinto, sin necesidad de perder la propia espontaneidad en la comunicación, se encuentra contenida en el derecho de autodeterminación de los involucrados en la comunicación. Este derecho de autodeterminación debe además permitir que el hablante se prepare para afrontar las posibles consecuencias de la comunicación. Si por ejemplo fuera consciente de que un tercero escucha la conversación, de modo que, en caso de presentarse posteriormente alguna controversia de carácter jurídico existiría un medio de prueba a disposición de este tercero (cf. BGH, NJW 1970, p. 1848; NJW 1991, p. 1180; BAGE 41, 37), el hablante podría –en vistas a que de otro modo no existiría medio de prueba alguno–, decidir omitir cualquier expresión con contenido jurídicamente relevante. También podría esforzarse por cuidar mejor el modo de formular ciertas expresiones que en determinadas circunstancias pudieran tener un valor probatorio. O bien, podría procurar por su parte conseguir un medio de prueba propio. Estas posibilidades de ajustarse al interlocutor en cuestión y de comportarse en forma adecuada según la situación particular considerando los propios intereses comunicativos, le serían arrebatadas si el hablante no pudiera decidir qué personas pueden acceder directamente a los contenidos de la comunicación [...]

3. La recabación y utilización de las declaraciones de testigos por los tribunales en los procesos de origen constituyen una violación en el ámbito de protección del derecho a la palabra hablada.

a) Tanto el quejoso en el juicio de amparo 1611/96 (en lo sucesivo “Quejoso 1”) como el representante de la quejosa en el amparo acumulado 805/98 (en lo sucesivo “Quejoso 2”), habían hecho valer su derecho de autodeterminación en relación con el direccionamiento y los destinatarios de la conversación. Su comunicación no estaba dirigida a un círculo de personas indeterminado. Más bien querían hablar con su correspondiente contraparte en un contrato, a fin de discutir con ella aspectos esenciales relacionados con el cumplimiento del contrato; por parte del “Quejoso 1” se trataba de hacer valer derechos derivados de un incumplimiento defectuoso; por parte del “Quejoso 2” se trataba de un convenio indemnizatorio. Los interlocutores violaron el derecho de autodeterminación ejercido por los quejosos al permitir que terceros escucharan secretamente la conversación.

aa) En contra de lo que opina el Tribunal Estatal, la necesidad de protección del proceso de comunicación no depende de que la conversación tenga contenido confidencial o de que la persona que llama declare tener especial interés en la confidencialidad de la conversación (*vid. supra* C II 1) [...]

bb) El ámbito de protección del derecho a la palabra hablada no habría sufrido violación alguna, si el quejoso hubiese dado su consentimiento para que el testigo escuchara la conversación [...]

Los tribunales en los juicios de origen asumieron que en ambos casos el consentimiento no resultaba necesario, o que éste podía inferirse tácitamente de las circunstancias; lo anterior no resiste el examen jurídico-constitucional [...]

Del solo hecho que una determinada conducta esté ampliamente extendida en la práctica y que el quejoso no haya manifestado precautoriamente su oposición a que se grabara la conversación, no puede inferirse el consentimiento tácito de las personas afectadas [...]

(b) La situación meramente fáctica de la difusión de aparatos para intervenir conversaciones no justifica siquiera concluir que terceros puedan hacer uso general de las mismas para escuchar conversaciones. Los aparatos incorporados a los teléfonos y que permiten a terceros o seguir una conversación (altavoces, un segundo auricular) sirven para diversos fines. Así, constituyen una opción técnica de los participantes en una conversación para ampliar el círculo de los interlocutores. Junto a esto, la función de altavoz puede servir también para permitir que una persona tenga ambas manos libres durante la conversación, de modo que pueda tomar notas u hojear documentos sin necesidad de interrumpir para ello la conversación.

Los tribunales en los procesos de origen fueron omisos en determinar que tales aparatos sean utilizados en forma habitual para que terceros escuchen las conversaciones de otros sin conocimiento de alguno de los interlocutores. Pero incluso, si en determinados ámbitos –por ejemplo en el tráfico comercial– la práctica de escuchar secretamente las conversaciones fuera de hecho frecuente o, se tratara incluso de una conducta ampliamente difundida, ello no sería suficiente para considerar que la falta de consentimiento del interlocutor (para que un tercero escuche la conversación) se vuelva irrelevante en atención a que el interlocutor no manifestó su oposición. De la mera circunstancia de saber que existe la posibilidad abstracta de ser escuchado no se sigue necesariamente que la persona cuente con que la conversación de hecho será escuchada y a la vez otorgue tácitamente su consentimiento...

4. La intervención en el derecho general de la personalidad de los quejosos no se encuentra justificada desde el punto de vista jurídico-constitucional.

a) El derecho general de la personalidad no está garantizado sin excepción alguna. Según el Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental, este derecho se encuentra limitado, entre otros, por el orden constitucional, en el que se incluyen las disposiciones del derecho procesal civil sobre la interrogación de testigos (§§ 373 y ss. ZPO) así como aquéllas normas referentes a la valoración de las pruebas por parte del juez (especialmente § 286 ZPO). Estas disposiciones se encuentran en la base del comportamiento de los tribunales (recabación y utilización de pruebas en el proceso) reclamado por los quejosos.

Para determinar si la intervención en el derecho fundamental está justificada, debe atenderse al resultado de la ponderación entre dos extremos; por un lado, el derecho general de la personalidad, que se opone al empleo de las pruebas; por otro, los intereses jurídicamente protegidos, que hablan a favor de la utilización de las mismas (cf. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [373 y ss.]).

aa) La Ley Fundamental –especialmente el principio del estado de derecho anclado entre otros en el Art. 20, párrafo 3, de la Ley Fundamental– atribuye especial relevancia a la necesidad de contar con una administración de justicia eficaz. De este modo, el Tribunal Constitucional ha enfatizado repetidamente las exigencias ineludibles de contar con una persecución de los delitos y un combate al crimen eficaces, así como el interés público de contar –en el proceso penal– con una investigación de la verdad lo más completa posible, especialmente en relación con el esclarecimiento eficaz de crímenes graves (cf. BVerfGE 34, 238 [248 s.] con más referencias; 80, 367 [375]). También en el proceso civil –en el que existe controversia sobre derechos y situaciones jurídicas de las partes en el marco de relaciones jurídicas de derecho privado– la conservación de una administración de justicia funcional y el afán por alcanzar resoluciones materialmente justas, constituyen asuntos importantes para el bien común. Para investigar la verdad, los tribunales, en principio, se encuentran obligados a tomar en cuenta los medios de prueba ofrecidos por las partes, cuando –y en la medida que– los hechos afirmados sean relevantes y requieran ser probados. Así lo ordena también el principio de libre valoración de las pruebas recogido en el § 286 ZPO y el derecho –equiparable a un derecho fundamental– a ser escuchado en juicio, de conformidad con el Art. 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental.

bb) El mero interés general por contar con una administración de justicia funcional, tanto en materia civil como penal, no es suficiente –en el marco de la ponderación– para considerar que este interés deba tener en todo caso el mismo peso o incluso mayor que el correspondiente al derecho general de la personalidad. Más bien, deben tomarse en consideración otros aspectos que den por resultado, que el interés por recabar material probatorio deba ser protegido a pesar de la violación al derecho de la personalidad. En el proceso penal, el esclarecimiento de crímenes especialmente graves puede ser un ejemplo de ello (cf. BVerfGE 34, 238 [248 y ss.]; 80, 367 [380]). También en el proceso civil pueden darse situaciones en que el interés por recabar material probatorio pueda alcanzar especial relevancia para la consecución del derecho de una de las partes, muy por encima del “simple” interés probatorio existente.

En la jurisprudencia de los tribunales especializados se ha aceptado esto, por ejemplo, en casos en que la persona que aporta las pruebas se encuentra en una situación de legítima defensa o en casos equiparables a ella (cf. BGHZ 27, 284 [289 s.]). Un ejemplo de esto lo constituye la realización oculta de grabaciones con el fin de descubrir la identidad del autor de una llamada anónima o de quien se ha hecho pasar por otra persona para –encubierto de este modo– poder difundir difamaciones sin correr algún riesgo (cf. BGH, NJW 1982, p. 277). Otro ejemplo lo constituyen las medidas adoptadas para descubrir amenazas y chantajes (cf. BGHZ 27, 284 [290]). En la jurisprudencia se considera también una justificación de la injerencia en el derecho general de la personalidad, cuando el oferente de la prueba pretendía –mediante la obtención de la misma– hacer frente a un ataque criminal que pusiera en riesgo su existencia profesional y que de otro modo probablemente no hubiera podido ser rechazado (cf. BGH, NJW

1994, p. 2289 [2292 s.] para un caso de piratería de productos). Frente a esto, el mero interés por asegurar un medio de prueba para hacer valer pretensiones de carácter civil resulta insuficiente [...]

18. Sentencia BVerfGE 27, 1 [Microcenso]

Sobre la constitucionalidad de una estadística representativa (microcenso).

Sentencia de la Primera Sala, del 16 de julio, 1969

–1 BvL 19/63–

Parte resolutive:

Los §1 y §2 (párrafo 3) de la “Ley sobre la Realización de una Estadística Representativa de la Población y de la Vida Económicamente Activa (microcenso)” del 16 de marzo de 1957 (BGBl I, p. 213), en la versión de la ley de 5 de diciembre de 1960 (BGBl I p. 873), eran compatibles con la Constitución, en tanto que determinaban que, para la realización de la estadística ordenada en el §1 de la ley, los viajes de descanso y las vacaciones se contemplaban con carácter representativo.

La persona implicada en el proceso que da origen a la presente resolución vive en una región seleccionada con base en un proceso matemático-estadístico, y cuyos habitantes –en su totalidad– fueron encuestados de acuerdo con la ley de microcenso. La ocurrente se negó a recibir a los representantes de la Oficina Estatal de Estadísticas de Baviera y a contestar todas las 60 preguntas que se encontraban consignadas en un cuestionario de color blanco y en un cuestionario complementario de color amarillo.

1.

a) De conformidad con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental la dignidad del ser humano es inviolable, y debe ser respetada y protegida por todos los poderes estatales.

En el orden de valores de la Ley Fundamental la dignidad humana es el valor supremo (BVerfGE 6, 32 [41]). Como todas las disposiciones de la Ley Fundamental, esa declaración de la dignidad del ser humano predomina también sobre el Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental. El Estado no puede mediante medida alguna, ni tampoco mediante una ley, contravenir la dignidad del ser humano o, con base en las restricciones contempladas en el Art. 2, párrafo 1, violar la libertad de la persona en su contenido esencial. De este modo, la Ley Fundamental garantiza al ciudadano, en forma individual, un ámbito inviolable para la configuración de su vida privada, el cual se encuentra fuera del radio de acción del poder público (BVerfGE 6, 32 [41], 389 [433]).

b) A la luz de esa imagen se le atribuye al ser humano en la sociedad un derecho a ser respetado y valorado. Hacer del ser humano un simple objeto en el Estado contra-

viene la dignidad humana (cf. BVerfGE 5, 85 [204]; 7, 198 [205]). Sería incompatible con la dignidad humana que el Estado pudiera apelar al derecho de registrar y catalogar en forma coercitiva la totalidad de la personalidad de los seres humanos, incluso en el anonimato de una encuesta estadística, y de esta manera tratarlos como una cosa, que sea accesible a una encuesta respecto a todas sus relaciones.

Al Estado se le ha negado la posibilidad de ejercer, a través de una inspección total, una intromisión de este tipo en la esfera de la personalidad, porque los individuos, para desarrollar su personalidad libre y responsablemente, deben conservar un “espacio interior”, en el que “se posean a sí mismos” y “al que se puedan retirar, sin que el entorno tenga acceso, en el que se pueda permanecer en paz, y gozar de su derecho a la soledad” (Wintrich, *Die Problematik der Grundrechte*, 1957, pp. 15 y ss.; véase también Dürig, en Maunz-Dürig, *GG*, 2ª ed., núm. 37 sobre el Art. 1). En ciertos casos, el Estado puede intervenir en ese ámbito a través de una inspección –aun cuando sea una valoración neutral–, la cual puede obstaculizar el libre desarrollo de la personalidad mediante la presión psicológica de la participación pública.

c) Sin embargo, no toda encuesta estadística sobre datos de la personalidad y la vida viola la personalidad del ser humano en su dignidad o afecta el derecho de autodeterminación en la esfera más íntima de la vida. Como ciudadano relacionado y vinculado con la comunidad (cf. BVerfGE 4, 7 [15,16]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]), toda persona debe aceptar la necesidad de encuestas estadísticas sobre su persona hasta cierto punto, como por ejemplo, en el caso de un censo de población, como condición previa para la planeación del gasto público.

Una encuesta, de la persona, realizada con fines estadísticos, puede ser vista, por consiguiente, como contraria a la dignidad y como una amenaza al derecho de autodeterminación cuando abarca la esfera de la vida propia del ser humano, que por naturaleza tiene el carácter de secreta, y convierte ese núcleo íntimo en material accesible y susceptible de ser valorado estadísticamente. En esta medida también para el Estado de la sociedad industrial moderna existen límites frente a la “despersonalización” técnico-administrativa. Donde, por el contrario, la encuesta estadística vincule sólo el comportamiento del ser humano en el mundo externo, ésta no abarca la personalidad humana en su ámbito inviolable de la conformación de la vida privada. Esto es válido en todo caso siempre y cuando esas informaciones pierdan la relación con la persona mediante el anonimato de su valoración. El presupuesto para esto es que el anonimato se encuentre suficientemente asegurado [...].

d) De ahí que la encuesta sobre viajes de descanso y vacaciones no viole los Art. 1, párrafo 1, Art. 2, párrafo 2, de la Ley Fundamental. Si bien es cierto que dicha encuesta tiene que ver con la esfera de la vida privada, no obliga, sin embargo, a los encuestados a exponer su esfera íntima, ni le concede al Estado información sobre las relaciones individuales, que no son accesibles en el mundo externo, y que por su naturaleza son de “carácter secreto”.

19. Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]

1. *Dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad, contemplado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza en esta medida la capacidad de los individuos, para determinar, en principio, la divulgación y empleo de sus datos personales.*
2. *Los límites a ese derecho a la “autodeterminación informativa” se admiten sólo con base en la prevalencia del interés general, requieren de un fundamento legal y constitucional, acorde con el mandato del Estado que exige una claridad normativa. Para su reglamentación el legislador debe tener en cuenta además el principio de proporcionalidad. También está obligado a acatar las disposiciones procedimentales y organizatorias, que evitan el peligro de una violación del derecho a la personalidad.*
3. *Para el caso de los requisitos constitucionales de una restricción de esta clase se debe diferenciar entre los datos vinculados a la persona, que son recaudados y analizados en forma individualizada, no anónima, y aquellos que se encuentran destinados a fines estadísticos.
Para el caso de la recolección de datos con fines estadísticos no se puede exigir de forma estrecha y concreta que los datos estén vinculados a un fin determinado. Para la recolección, procesamiento y la comparación de la información al interior del sistema de información deben existir las correspondientes limitaciones.*
4. *El programa de recolección de la Ley de Censos de 1983 (§2, párrafos 1 a 7, §§ 3 a 5) no lleva a un registro y categorización de la personalidad incompatible con la dignidad humana; cumple también con los mandatos de claridad y proporcionalidad de la norma. No obstante, para la seguridad del derecho a la autodeterminación de la información, se requiere para el desarrollo y organización de la recolección de datos de disposiciones complementarias, en consonancia con la Constitución.*
5. *Las reglas para el sondeo consagradas en el §9, párrafo 1 de la Ley de Censos de 1983 (dentro de las cuales se encuentra la comparación de los registros de residentes), contravienen el derecho general de la personalidad. La retransmisión con fines científicos (§9, párrafo 4 VZG 1983) es compatible con la Ley Fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1983
–1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83–

Fórmula de la Resolución:

1. El §2, párrafos 1 a 7, así como los §§ 3 a 5 de la “Ley sobre un censo de población, profesión, vivienda y lugares de trabajo” (Ley de Censos de 1983) del 25 de marzo de 1982 (Gaceta Legislativa, I, p. 369) son compatibles con la Ley Fundamental; sin embargo, el legislador debe ocuparse, de acuerdo con los fundamentos [de esta resolución], de complementar la reglamentación de la organización y el procedimiento del censo.

2. El § 9, párrafos 1 a 3 de la Ley de Censos de 1983 es incompatible con el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y por tanto son nulos.

3. Con la Ley de Censos de 1983 se han violado a los recurrentes sus derechos consagrados en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en el alcance especificado en los párrafos 1 y 2. En lo restante se rechaza el recurso de amparo.

4. La República Federal Alemana reembolsará a los recurrentes los gastos necesarios en que hubieren incurrido.

Fundamentos de la Resolución:

A.

Los recursos de amparo se dirigen directamente contra la ley sobre censo de población, profesión y lugares de trabajo (Ley de Censos de 1983) del 25 de marzo de 1982 (BGBl, I, p. 369)–VZG 1983–.

II.

Como criterio para el examen está, en primer lugar, el derecho general de la personalidad, protegido en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. a) En el centro del ordenamiento constitucional están el valor y dignidad de la persona, que se autodetermina libremente como miembro de una sociedad libre. Su protección sirve –junto con la garantía de libertades especiales– para garantizar el derecho general de la personalidad, consagrado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que ha ganado gran significado debido a los modernos desarrollos y a los peligros para la personalidad humana vinculados a ellos (cf. BVerfGE 54, 148 [153]). Hasta ahora, la concreción que se ha hecho en la jurisprudencia describe el contenido del derecho de la personalidad en forma no concluyente. Se comprende también –como se señaló expresamente en la sentencia BVerfGE 54, 148 [155] siguiendo anteriores decisiones (BVerfGE 27,1 [6] microcenso; 24, 344 [354 y

ss.] actas de divorcio; 32, 373 [379] archivos médicos; 35, 202 [220] Lebach; 44, 353 [372 y ss.]; 44, 353 [372 y ss.] oficinas de consejería de drogadictos)— la capacidad de los individuos, que se deriva del concepto de autodeterminación, principalmente el derecho de decidir por sí mismos, cuándo y dentro de qué límites los asuntos de la vida personal habrán de ser públicos (véase además BVerfGE 56, 37 [41 y ss.] —autoincriminación—; 63, 131 [142 y ss.] —contradeclaración—).

Esa facultad requiere de especiales medidas de protección, debido a las condiciones actuales y futuras del procesamiento automático de datos. Ella se encuentra en peligro debido especialmente a que en los procesos de decisión no se acude como antes a las actas y archivos elaborados en forma manual, sino que con la ayuda del procesamiento automático de datos se puede consultar información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable (datos vinculados a la persona [véase § 2, párrafo 1 BDSG]), que ha sido archivada en forma ilimitada desde el punto de vista técnico, y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias. Además —especialmente en el caso de la estructuración de sistemas de información integrados con otras bases de datos— pueden generar una imagen más o menos completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y la utilización de la misma. Con ello, las posibilidades de inspeccionar e injerir en la vida de los individuos se han ampliado en una forma hasta antes desconocida; así, la presión psicológica que ejerce el escrutinio público puede influir de manera determinante en el comportamiento de los individuos.

La autodeterminación individual presupone —también bajo las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de información— que a los individuos se les dé libertad para decidir sobre qué actividades emprender y cuáles omitir, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión. Quien no pueda estimar con suficiente seguridad, qué informaciones sobre sí mismo son conocidas en determinadas esferas de su medio social, y quien no pueda de algún modo valorar el conocimiento previo que los posibles interlocutores tienen de uno mismo, puede verse restringido esencialmente en su libertad para planear o decidir con base en su propia autodeterminación. Un ordenamiento social y un orden legal en el que los ciudadanos no pudieran conocer *quiénes, cuándo y en qué circunstancias* saben *qué* sobre ellos, serían incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información. Quien piense que los comportamientos atípicos pueden en todo momento pueden ser registrados y archivados como información, utilizados o retransmitidos, intentará no llamar la atención incurriendo en ese tipo de comportamientos. Quien crea que, por ejemplo, la participación en una asamblea o una iniciativa ciudadana será registrada por las autoridades y que ello pueda generarle algún riesgo, posiblemente renunciará al ejercicio de su derecho fundamental (Arts. 8, 9 de la Ley Fundamental). Esto no sólo iría en detrimento de las posibilidades de desarrollo individual de los individuos, sino también de la comunidad, porque la autodeterminación es una condición funcional elemental de una nación democrática libre, fundada en la capacidad de sus ciudadanos para cooperar y actuar.

De esto se deduce lo siguiente: el libre desarrollo de la personalidad presupone en las modernas condiciones para el procesamiento de datos, la protección de los individuos frente a la ilimitada recolección, archivo, empleo y retransmisión de sus datos personales. Esa protección se contempla en los derechos fundamentales previstos en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El derecho fundamental garantiza de esta manera la capacidad del individuo principalmente para determinar la transmisión y empleo de sus datos personales.

b) Este derecho a la “autodeterminación de la información” no se garantiza ilimitadamente. El individuo no tiene un derecho en el sentido de un señorío ilimitado, absoluto, sobre “sus” datos; el individuo es ante todo una personalidad que se desarrolla en el interior de una comunidad social y que está obligada a la comunicación. La información, en la medida que también está vinculada a la persona, representa una imagen de la realidad social, la cual no puede atribuirse de manera exclusiva sólo a los implicados. Como se ha subrayado reiteradamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la Ley Fundamental ha decidido la tensión que existe entre el “individuo” y la comunidad destacando la referencia y vinculación de la persona con la comunidad (BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 y ss.]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]). El individuo debe admitir ciertas restricciones a su derecho a la autodeterminación de la información, principalmente en aras del interés general preponderante.

Esas restricciones requieren, de acuerdo con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, –como acertadamente lo ha reconocido el §6, párrafo 1 de la Ley Federal de Estadística–, de un fundamento legal (constitucional), con base en el cual los presupuestos y la extensión de las restricciones se den con claridad y sean reconocibles para los ciudadanos, y que, además, cumplan con el mandato de la claridad normativa, inherente al Estado de Derecho (BVerfGE 45, 400 [420], con más referencias). Para su reglamentación, el legislador debe tener en cuenta además el principio de proporcionalidad. Este principio, dotado de rango constitucional, se deriva directamente de la esencia de los derechos fundamentales mismos que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo pueden ser restringidos por el poder público en la medida que sea indispensable para la protección del interés público (BVerfGE 19, 342 [348]; jurisprudencia reiterada). En vista de los peligros que representa la automatización de los datos, el legislador también debe, ahora más que nunca, establecer disposiciones en materia de organización y procedimientos que eviten el peligro de una violación de los derechos de la personalidad (cf. BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]).

2. Los recursos de amparo no dan lugar a considerar exhaustivamente el derecho a la autodeterminación de la información. En el presente caso, deberán decidirse únicamente los alcances de ese derecho respecto a intervenciones mediante las cuales el Estado exige a los ciudadanos que aporten información sobre datos relacionados con su persona. Para ello, no basta atender únicamente al tipo de datos exigidos; lo decisivo

es su utilidad y la posibilidad de emplearlos. Esto depende, de una parte, de la finalidad a la que sirve la encuesta, y de la otra, de las posibilidades de procesamiento y vinculación propias de la tecnología de la información. De ese modo, un dato que por sí mismo puede ser visto como insignificante puede adquirir valor; es así como bajo las condiciones del procesamiento automático de datos deja de haber datos “insignificantes”.

Qué tan sensibles son las informaciones, no dependerá sólo del hecho de que toquen asuntos íntimos. Para determinar el significado de un dato respecto del derecho de la personalidad se requiere conocer el contexto en que va a ser utilizado: sólo cuando existe claridad sobre la finalidad para la que se recauda la información y sobre las posibilidades que existen de utilizarla y relacionarla, podrá responderse si una restricción al derecho a la autodeterminación de la información es admisible. Al respecto, se tiene que diferenciar entre los datos vinculados a la persona, que son recolectados y procesados en forma individual, no anónima (al respecto, *vid. infra*, inciso “a”), y aquellos que se han determinado con fines estadísticos (al respecto, *vid. infra*, inciso “b”).

a) Hasta ahora se ha reconocido que la recolección coercitiva de datos sobre la persona no es procedente en forma ilimitada, principalmente cuando se trata de datos que van a ser utilizados por la administración (por ejemplo, para asuntos fiscales o para el otorgamiento de prestaciones sociales). En esta medida, el legislador ha previsto diferentes tipos de medidas para la protección de los implicados, las cuales apuntan en el sentido establecido por el mandato constitucional (véase por ejemplo, las reglamentaciones en las leyes para la protección de datos de la Federación y de los Estados: §§30-31 de la Ley Tributaria; §35 del primer libro del Código Social –SGB I– en relación con los §§ 67 a 86 del libro décimo, SGB X).

Señalar hasta dónde el derecho a la autodeterminación de la información y, en relación con éste, el principio de proporcionalidad y la obligación de adoptar medidas de carácter procesal obligan al legislador –desde el punto de vista constitucional– a reglamentar este tipo de medidas, depende del tipo, extensión y posible utilización de los datos recolectados, así como del peligro de que se haga abuso de ellos (cf. BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61]). Por lo general podrá considerarse la existencia de un interés general preponderante únicamente tratándose de datos con un contenido social, con exclusión de aquellas informaciones de carácter íntimo o que impliquen una autoincriminación, las cuales no pueden ser exigidas. Con base en el conocimiento y experiencia con que se cuenta hasta ahora, cobran particular relevancia.

Para obligar a una persona a proporcionar datos personales es necesario que el legislador haya determinado en forma precisa y específica su finalidad y que las informaciones sean necesarias y adecuadas para el logro de dicha finalidad. De ahí que la recolección de datos en forma no anónima, copiados con finalidades indeterminadas o no determinables, sea inadmisibles. Todas las dependencias, que para el cumplimiento de sus funciones recojan datos personales, deberán también restringirse al mínimo requerido para alcanzar los fines que persiguen.

La utilización de los datos está limitada a los fines determinados por la ley. En vista de los peligros que presenta el procesamiento automático de datos, se requiere de una protección (frente a las posibles desviaciones de los fines) que prohíba la retransmisión y el reciclaje de los datos –incluso frente a la posibilidad de que una autoridad pretenda obligar a otra a proporcionar determinada información. Adicionalmente, es esencial regular disposiciones de carácter procedimental que contemplen el deber de aclaración, de información y de eliminación de información de las bases de datos.

Debido a la poca claridad que existe para el ciudadano sobre el archivo y empleo de los datos bajo las condiciones del procesamiento automático de los mismos, y también en aras de una protección jurídica anticipada a través de medidas adoptadas oportunamente, resulta bastante significativa la participación de un funcionario independiente, encargado de la protección de la información para la protección efectiva del derecho a la autodeterminación de la información.

b) La recolección y procesamiento de datos con fines estadísticos muestran particularidades que no pueden quedar exentas de una valoración constitucional.

aa) Las estadísticas tienen un significado considerable para [la planeación de] la política estatal, que está obligada al cumplimiento de los principios y directrices de la Ley Fundamental. Si el desarrollo económico y social no se toma como un destino inmodificable, sino que se entiende como una tarea que debe desarrollarse permanentemente, se requiere de una información integral, continua y en constante actualización sobre las relaciones económicas, sociales y ecológicas. Sólo el conocimiento de los datos relevantes y la posibilidad de utilizar con fines estadísticos las informaciones de que se dispone, con ayuda de las oportunidades que ofrece el procesamiento automático de los datos, puede dar a la política estatal –orientada con fundamento en el principio del Estado Social– las bases imprescindibles para su actuación (cf. BVerfGE 27, 1 [9]).

En el caso de la recolección de datos con fines estadísticos no se puede exigir una vinculación estricta y concreta de los datos a los fines. Pertenece a la esencia de las estadísticas que los datos, una vez que han sido preparados para su empleo estadístico, puedan ser utilizados para los fines más diversos, mismos que no pueden ser determinados *a priori*; por consiguiente, existe también una necesidad de archivarlos. El mandato de una determinación concreta de la finalidad y la estricta prohibición de la recolección de datos personales, son válidos sólo para la recaudación de datos con fines no estadísticos, pero no para el caso de un censo de población, el cual debe constituir una base de datos segura para posteriores investigaciones estadísticas, así como para el proceso de planeación política que aporte datos confiables sobre el número y estructura social de la población. El censo debe comprender la recolección y procesamiento con varios fines, así como la compilación y archivo de los datos, si el Estado quiere estar preparado para afrontar el desarrollo de la sociedad industrializada. Prohibir la retransmisión y el empleo de los datos procesados con fines estadísticos, sería también contrario a los fines del censo.

bb) Por la naturaleza misma de una estadística, la diversidad de las posibilidades de empleo y combinación no es determinable previamente; para compensar dicha situación, la recolección y procesamiento de la información al interior del sistema de información debe contar con las correspondientes restricciones. Deben existir presupuestos claramente definidos para el procesamiento, que aseguren que, bajo las condiciones de una recolección y procesamiento automático de los datos relacionados con su persona, al individuo no se le convierta en un simple “objeto” de información. La falta de un vínculo a un fin determinado, reconocible en todo momento y realizable, así como el empleo multifuncional de los datos, fortalecen las tendencias a que esto se regule y restrinja mediante leyes para la protección de datos personales, que concreten el derecho garantizado constitucionalmente a la autodeterminación de la información. Debido a que desde un principio faltan límites que derivan de la sujeción a un fin determinado, los censos de población llevan consigo tendencialmente el peligro ya subrayado en la sentencia sobre el microcenso (BVerfGE 27,1 [6]), de un registro en contra de la personalidad y de una categorización del individuo. Por consiguiente, la recolección y procesamiento de datos con fines estadísticos deben sujetarse a requisitos especiales para la protección del derecho a la personalidad de los ciudadanos que se encuentran sujetos al deber de informar.

Sin perjuicio del carácter multifuncional de la recolección y procesamiento de datos con fines estadísticos, se debe partir del presupuesto de que éstos deben tener el carácter de un apoyo para el cumplimiento de las funciones públicas. Por lo tanto, tampoco se puede exigir [a los ciudadanos] que aporten cualquier tipo de información. Incluso para la recolección de datos individuales que serán utilizados con fines estadísticos, el legislador debe examinar –al establecer un deber de informar– si para los implicados se puede generar el peligro de un etiquetamiento (por ejemplo, como “adicto a las drogas”, “persona con antecedentes criminales”, “enfermo mental”, “persona asocial”, etc.) y si el objetivo de la encuesta no puede lograrse mediante una investigación anónima.

Este sería, por ejemplo, el caso de la encuesta reglamentada en el §2, párrafo 8 VZG 1983, referente al censo de población y profesiones en el ámbito de las instituciones públicas,² dicha encuesta debe informar acerca del carácter de las personas pertenecientes a la institución, debiendo señalarse si se trata de internos, de personas que laboran en la institución o de los familiares del personal. Así, el estudio debe aportar datos sobre la población que ocupa las instituciones (BT 9/451, p. 9). Tal objetivo puede alcanzarse también sin necesidad de aportar información personalizada (lo anterior, sin considerar el peligro de un etiquetamiento social). Por ello, es suficiente con obligar al director de la institución a que, a la fecha del censo, detalle las características del número de ocupantes, de conformidad con el §2, párrafo 8, VZG 1983, sin necesidad de aportar información que pueda vincular directamente a las personas en forma individual.

² Hospitales, prisiones, escuelas. [N. del t.]

Por consiguiente, una encuesta sobre los elementos previstos en el §2, párrafo 8 VG de 1983, por la que se recabe información de manera personalizada, sería de entrada violatoria del derecho de la personalidad, protegido en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Para asegurar el derecho a la autodeterminación de la información se requieren, además, disposiciones especiales para el desarrollo y organización de la recolección y procesamiento de los datos, ya que durante la fase de su recolección –y en parte también durante su procesamiento–, las informaciones se encuentran todavía individualizadas; asimismo se requiere de una reglamentación para eliminar los datos que fueron requeridos como apoyo (características identificatorias) y que posibilitan fácilmente eliminar el anonimato, como el nombre, la firma, el número de identificación y la lista de los encuestadores (véase también 11 párrafo 7, num. 1 BStatG). De especial significado para las encuestas estadísticas es la existencia de reglas efectivas que protejan frente a intromisiones externas. Para la protección del derecho a la autodeterminación de la información es irrenunciable –y ciertamente también para el proceso de la encuesta– el que los datos individuales recogidos con fines estadísticos se mantengan en estricto secreto, mientras exista o se pueda producir una relación con las personas (secreto estadístico); lo mismo se aplica al mandato de lograr el anonimato (real, fáctico) lo más pronto posible, lo cual debe ir acompañado de medidas que impidan levantar el anonimato.

Esta segregación entre la estadística y los datos personales –tal como lo exige el derecho a la autodeterminación de la información y que debe ser garantizada por la ley– se logra volviendo anónimos los datos y manteniéndolos en secreto; ello no impide a los órganos estatales acceder a las informaciones necesarias para cumplir con sus funciones de planeación, y que temporalmente conserven sus referencias de carácter personal. Sólo bajo estos requisitos se permite –y puede esperarse– que los ciudadanos aporten la información que les ha sido solicitada en forma obligatoria. Si los datos relacionados con las personas, y que han sido recolectados con fines estadísticos, pudieran ser retransmitidos posteriormente contra la voluntad del implicado o sin su conocimiento, se estaría limitando en forma inadmisiblemente el derecho a la autodeterminación de la información –garantizado constitucionalmente– y se pondría en peligro [la eficacia de] las estadísticas oficiales, contempladas en el Art. 73, párrafo 11 de la misma Ley Fundamental y, por tanto, merecedoras de protección.

Para que las estadísticas oficiales sean funcionales es necesario el más alto grado posible de exactitud y certeza de los datos recolectados. Este objetivo se puede alcanzar sólo cuando se logra dar a los ciudadanos, obligados a entregar información, la confianza necesaria en la protección de los datos recolectados con fines estadísticos, sin la cual no se logrará su disponibilidad para suministrar datos confiables (en este sentido, la acertada fundamentación expuesta por el gobierno federal en el proyecto de Ley de Censo de 1950; véase BT-Drucks I/982, p. 20 sobre el §10). Una práctica estatal que no se ocupe de configurar una confianza tal, mediante la publicidad de los desarrollos para el procesamiento de datos y de la estricta protección, llevaría en el futuro a una dismi-

nución de la disponibilidad para cooperar, porque generaría la desconfianza. Debido a que la coerción estatal sólo puede ser válida en forma limitada, una actuación estatal que no tenga en cuenta los intereses de los ciudadanos mostraría su conveniencia únicamente en el corto plazo; a largo plazo conduciría a una reducción del contenido y de la certeza de las informaciones (BT-Drucks I/982, *loc. cit.*). Si una sociedad altamente industrializada —caracterizada por el permanente aumento de la complejidad de su entorno— puede informarse de manera adecuada únicamente con la ayuda de estadísticas confiables y realizadas con el fin de establecer medidas estatales, poner en peligro la confiabilidad de las estadísticas oficiales, poniendo en tela de juicio uno de los principales presupuestos de la política social del Estado. Por consiguiente, si el cumplimiento de las funciones de “planeación” encargadas al Estado únicamente puede ser garantizado mediante la protección de las estadísticas, el principio del secreto y el deber de lograr el anonimato de los datos lo más pronto posible, resultan no sólo una exigencia de la Ley Fundamental para la protección del derecho del individuo a la autodeterminación de la información, sino que también se vuelven fundamentales para la estadística misma.

cc) Si las exigencias analizadas son garantizadas en forma efectiva, no cabe duda que la recolección de datos exclusivamente con fines estadísticos es, desde el punto de vista constitucional, perfectamente admisible, atendiendo a las actuales circunstancias de conocimiento y experiencia. No existen evidencias de que el derecho de la personalidad del ciudadano pueda verse afectado cuando los datos recogidos son puestos a disposición de otros órganos estatales o instituciones especiales, luego de que se han convertido en anónimos o han sido procesados estadísticamente (véase § 11, párrafos 5 y 6 BStatG).

Especiales problemas genera el posible traslado (retransmisión) de datos que no han sido convertidos en anónimos ni han sido sometidos a procedimientos estadísticos y que, por tanto, conservan aún relación con las personas que los emitieron. Las encuestas con fines estadísticos abarcan también datos individuales sobre ciudadanos particulares, que no son necesarios para los fines estadísticos y sirven sencillamente como apoyo para el proceso de la encuesta —circunstancia que los ciudadanos encuestados deben poder presumir. Todos esos datos, gracias a la expresa autorización legal, pueden ciertamente ser retransmitidos, siempre y cuando —y en la medida en que— esto ocurra para la elaboración de estadísticas por parte de otras autoridades, y se asegure en forma fiable el cumplimiento de las disposiciones sobre protección del derecho a la personalidad, especialmente el secreto estadístico y el mandato de convertir los datos en anónimos lo más pronto posible, así como la organización y el procedimiento, tanto en las oficinas de estadística federales como en las de los Estados. La retransmisión de los datos recaudados para fines estadísticos, que no hayan sido procesados estadísticamente o no hayan sido convertidos en anónimos, para fines administrativos, puede por el contrario convertirse en una intromisión indebida en el derecho a la autodeterminación de la información [...]

20. Sentencia BVerfGE 38, 281 [Gremios de trabajadores]

Las leyes de los estados de Bremen y Saarland sobre el establecimiento de gremios de trabajadores y corporaciones de derecho público, que obligan a todos los trabajadores a pertenecer a ellas, son compatibles con la Ley Fundamental.

Sentencia de la Sala Primera, del 18 de diciembre, 1974

Las recurrentes se sienten agraviadas por la obligación –impuesta legalmente– de pertenecer a una corporación de derecho público, cuya necesidad discuten. La pregunta sobre cuál es el derecho fundamental que puede ser invocado para sustentar esta postura ha sido respondida por el Tribunal Constitucional Federal en su jurisprudencia reiterada, en el sentido de que las restricciones constitucionales de la pertenencia obligatoria a una asociación de derecho público no se derivan del Art. 9, sino únicamente del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. En la sentencia de 29 de julio de 1959 (BVerfGE 10, 89) se dijo al respecto:

la pregunta acerca de las restricciones constitucionales sobre la pertenencia obligatoria a una asociación de derecho público [...] no se puede responder con base en el Art. 9 de la Ley Fundamental, ya que esa disposición garantiza simplemente la libertad de establecer asociaciones de derecho privado, y de entrar y permanecer en ellas. Más bien, el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental señala que una pertenencia obligatoria tal es posible sólo en el marco de un ordenamiento que se encuentre de conformidad con la Constitución. De ahí que las asociaciones de derecho público sólo pueden ser creadas para cumplir con una función pública *legítima*. Es por tanto un asunto reservado a la discrecionalidad del legislador el decidir cuáles de esas funciones públicas deberán ser cumplidas directamente a través de los órganos estatales y cuáles por medio de instituciones o corporaciones de derecho público creadas para tal efecto. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal sólo puede examinar si el legislador ha tenido en cuenta los límites de su poder discrecional. El Tribunal Constitucional Federal no debe examinar si la elección de la forma de organización fue adecuada a los fines o era necesaria.

La opinión sostenida en esa primera decisión, fue reiterada en las decisiones posteriores (BVerfGE 10, 354 [361 y ss.]; 12, 319 [323]; 15, 235 [239]), y también ha encontrado bastante aprobación en la doctrina (Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2ª ed., nota III/6 [p. 320] sobre el Art. 9; Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz*, nota al margen 41, 44 sobre el Art. 9; Münch, en *Bonner Kommentar*, segunda revisión, nota 52 sobre el Art. 9 con otros datos; Friauf en *Festschrift für R. Reinhardt*, 1972, pp. 389 y ss., especialmente la sección III).

Al individuo se le garantiza en el Art. 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental la libertad –restringible únicamente con base en el num. 2– de conformar asociaciones de cualquier tipo con otras personas por iniciativa privada, como también de permanecer en o retirarse de ellas. Algo distinto sucede cuando el Estado –con fundamento en el interés general– decide establecer mediante ley una corporación de derecho público, como asociación de personas, a la cual debe pertenecer un determinado círculo de ciudadanos para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Ciertamente el Estado no puede hacer esto en forma ilimitada. Una ley así debe pertenecer al “ordenamiento constitucional”, esto es, debe ser plenamente compatible con la Ley Fundamental, tanto en sentido formal como material (BVerfGE 6, 32 [36 y ss., especialmente 41]). A esto pertenece también el que deba satisfacer los requerimientos del Estado de Derecho, que conlleva el principio de proporcionalidad de las intervenciones estatales. En el contexto que aquí se analiza esto significa que el legislador, en vista de la presunción de una libertad básica consagrada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental y de la prevalencia de la libertad de asociación que se origina en el Art. 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental, debe examinar cuidadosamente la necesidad de establecer una corporación de derecho público de este tipo. El individuo tiene, con base en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el derecho a no ser obligado a pertenecer a corporaciones “innecesarias” (BVerfGE 10, 89 [99]).

21. Sentencia BVerfGE 90, 145 [Cannabis]

1. a) *Para el comercio y el trato con drogas son válidas las restricciones del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. No existe un “derecho a drogarse” que pudiera escapar a estas restricciones.*
b) *Las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes (Betäubungsmittelgesetz, en lo sucesivo BtMG), que penalizan el comercio ilegal de productos de cannabis, deben examinarse a la luz del Art. 2, párrafo 2, frase 1 –para el caso de la prohibición penal–, mientras que la amenaza de castigo (en la forma de una pena privativa de libertad) debe analizarse a la luz del Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental.*
2. a) *Para la valoración de la aptitud y necesidad de los medios elegidos para alcanzar los fines deseados, exigidos por el principio de proporcionalidad, así como para la valoración y pronóstico de la existencia de amenazas en contra de los individuos o de la comunidad que se dan en este contexto, se ha dado al legislador un margen de decisión, el cual puede ser revisado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada.*
b) *Para una evaluación plena entre la gravedad de la intervención y el peso y profundidad de los fundamentos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (prohibición*

de exceso en la reglamentación o principio de proporcionalidad en sentido estricto, Übermaßverbot). El examen con base en esos criterios puede llevar a la conclusión de que un medio –en sí mismo adecuado y necesario para la protección del bien jurídico– no se pueda aplicar, porque los perjuicios para los derechos fundamentales de los implicados que de allí se derivan sean mayores que los bienes jurídicos a proteger; de manera tal que los medios empleados para la protección aparezcan como desproporcionados.

3. *Las disposiciones penales de la Ley sobre Estupeficientes amenazan con castigar determinados comportamientos, relacionados exclusivamente con la utilización ocasional y en pequeñas cantidades de productos de cannabis para el consumo personal y cuando ello no implique riesgo alguno para los extraños; tales disposiciones no contravienen la “prohibición de exceso en la reglamentación”, pues el legislador, en ciertos casos, autoriza a los órganos encargados de la persecución del delito a prescindir de la imposición de una sanción (véase §29, párrafo 5, BtMG) o de perseguir el delito (véase §§153 y ss. StPO, §31 a BtMG), pudiendo así valorar en cada caso concreto la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad. En casos como éstos, los órganos encargados de la persecución del delito –con base en la prohibición de exceso en la reglamentación– por lo general se abstendrán de perseguir las conductas tipificadas en el §31a BtMG.*
4. *El principio de igualdad no obliga a prohibir o autorizar de la misma manera toda droga que potencialmente sea igual de dañina. El legislador puede, sin violar la Constitución, regular de manera diferente el comercio de productos de cannabis de una parte, y de alcohol o nicotina de la otra.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 9 de marzo, 1994
–2BVL 43, 51,63,64, 70,80/92, 2 BvR 3021/92–

A.

Los procesos que dan origen a la presente resolución y que aquí se deciden en forma conjunta, se relacionan con la pregunta de si las disposiciones penales de la Ley sobre Estupeficientes, en tanto que penalizan diferentes formas del comercio ilegal de productos de cannabis, son compatibles con la Ley Fundamental [...]

C.

Las disposiciones de carácter penal de la Ley sobre Estupeficientes, sometidas al examen de constitucionalidad, en la medida que son objeto de un texto admisible, son compatibles con la Ley Fundamental.

La penalización del comercio ilegal de productos de cannabis, especialmente el hachís, no viola por tanto ni el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental ni el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ni, principalmente, el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental.

El recurso de amparo no se encuentra fundado.

I.

1. Las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes, que tipifican el comercio ilegal de productos de cannabis, deben examinarse a la luz del Art. 2, párrafo 2, frase 1 –para el caso de la prohibición penal–, mientras que la amenaza de castigo (en la forma de una pena privativa de libertad) debe analizarse a la luz del Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental.

El Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege toda forma de actuación humana, sea cual fuere lo que conlleve la respectiva actividad para el desarrollo de la personalidad (cf. BVerfGE 80, 137 [152]). La protección absoluta, y por tanto la actividad del poder público, se encuentra restringida sólo a la esfera de la configuración de la vida privada (cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 54, 143 [146]; 80, 137 [153]). De ahí que no se pueda contar dentro de ésta el comercio de drogas, y de manera especial el consumo personal, atendiendo sus múltiples efectos e interacciones sociales. Por lo demás, la libertad general de actuación se encuentra garantizada –salvedad hecha de las restricciones contempladas en la segunda mitad de la segunda frase del párrafo 1 del Art. 2 de la Ley Fundamental que la obligan, por consiguiente, a respetar el *orden constitucional* (cf. BVerfGE 80, 137 [153]).

Dentro de éste se deben entender todas las normas legales que se encuentren, formal y materialmente, en consonancia con la Constitución (BVerfGE 6, 32 y ss.). Las limitaciones a la libertad general de actuación, con base en tales disposiciones legales, no violan el Art 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 34, 369 [378 y ss.]; 55, 144 [148]). Por tanto, no existe un “derecho a drogarse” que pudiera escapar a esas restricciones.

En sentido material –a reserva de que la Constitución establezca disposiciones especiales al respecto–, el principio de proporcionalidad ofrece los criterios constitucionales mediante los cuales se puede limitar la libertad de actuación (cf. BVerfGE 75, 108 [154 y ss.]; 80, 137 [153]). A este principio corresponde un papel bastante significativo para el examen de las normas penales, las cuales constituyen la sanción más fuerte a disposición del Estado, misma que implica la posibilidad de expresar un juicio ético social negativo sobre una determinada actuación del ciudadano (cf. BVerfGE 25, 269 [286]; 88, 203 [258]).

La amenaza de una pena privativa de la libertad implica la posibilidad una intervención en el derecho fundamental de la libertad de la persona, el cual se encuentra protegido en el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental. La libertad de la persona, que la Ley Fundamental señala como “inviolable”, es un bien jurídico de alto rango, que con base en la reserva legal del Art. 2, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental, sólo puede ser intervenido con fundamentos especiales de gran peso. Tales injerencias en la libertad personal sólo son admisibles, en general, en el evento en que así lo requiera la protección de terceros o el interés común, atendiendo al principio de proporcionalidad, sin perjuicio de que tales intervenciones puedan ser consideradas también (bajo deter-

minados presupuestos), a fin de evitar que la persona en cuestión se inflija a sí misma un grave perjuicio personal (cf. BVerfGE 22, 180 [219]; 58, 208 [224 y ss.]; 59, 275 [278]; 60, 123 [132]).

De acuerdo con ese principio, la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada cuando, con su ayuda, se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que implicara una restricción o limitación menor del derecho fundamental (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173, 176]). Para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada, dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y del bien jurídico que esté en juego, de modo que el Tribunal pueda dictar una sentencia suficientemente segura (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).

Adicionalmente, para realizar una ponderación integral entre la gravedad de la intervención y, por otro lado, el peso y la urgencia de los motivos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 67, 157 [178]; 81, 70 [92]). Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de exceso en la reglamentación [*Übermaßverbot*] o deber de proporcionalidad en sentido estricto; véase BVerfGE 48, 396 [402]; 83, 1 [19]). En la esfera de las sanciones penales se sigue del principio de culpabilidad—el cual encuentra su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental—, y del principio de proporcionalidad que se deriva del principio del Estado de Derecho y de los derechos de libertad, que la gravedad de un delito y la culpa del actor deben estar en una relación justa con la pena. El tipo y medida de la sanción penal no pueden ser inadecuados a los comportamientos que se encuentran sujetos a la pena. Debe existir concordancia material entre los elementos de hecho [supuesto normativo] y la consecuencia jurídica (cf. BVerfGE 54, 100 [108] jurisprudencia reiterada).

Fundamentalmente corresponde al legislador determinar en forma vinculante el ámbito de las actividades susceptibles de ser penalizadas, teniendo en cuenta las respectivas circunstancias de los individuos. El Tribunal Constitucional Federal no puede examinar si la decisión del legislador constituye la solución más idónea para alcanzar los fines que se persiguen, o si aquélla es la más justa o razonable; tiene que limitarse simplemente a vigilar que las normas penales se encuentren materialmente en consonancia con las disposiciones de la Constitución y que cumplan con los principios constitucionales no escritos, así como con las decisiones fundamentales en las que se basa la Constitución (cf. BVerfGE 80, 244 [255] con más referencias).

2.

a) Con la Ley sobre Estupefacientes actualmente vigente, al igual que con las leyes precedentes, el legislador persigue el objetivo de proteger la salud humana –tanto del individuo como de la población en general– de los peligros que implican los estupefacientes, así como resguardar a la población y especialmente a la juventud, de la dependencia de estupefacientes.

A esa finalidad contribuyen también las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes. Para lograr ese objetivo, el legislador no se limita a penalizar determinados comportamientos que representan un peligro directo para la salud del individuo, sino que abarca la estructuración de la vida en comunidad con miras a mantenerla libre de los efectos sociales dañinos del comercio de las drogas, inclusive de las llamadas “drogas blandas” como el cannabis. Con ella especialmente los jóvenes son inducidos al consumo de drogas, y se promueve su acostumbamiento a las sustancias psicotrópicas. Con ello, la consolidación de la personalidad de los jóvenes y mayores puede ser obstaculizada [...]

El objetivo de la Ley sobre Estupefacientes es el de realizar los intereses de la comunidad, que se encuentran en la Constitución.

b) De acuerdo con la valoración del legislador, los peligros para la salud derivados de la utilización de los productos de la cannabis son considerables [...]

c) En la actualidad se discute la valoración inicial realizada por el legislador sobre los peligros para la salud. Sin embargo, tampoco se ha demostrado la baja peligrosidad de los productos de cannabis, como llegó a afirmarse en los dictámenes previos a la ley [...]

Existe un amplio consenso respecto del hecho que los productos de cannabis no generan una dependencia física [...].

También los daños directos a la salud por el consumo moderado han sido catalogados como bajos [...]

A esto se debe el alto número de consumidores ocasionales así como regulares, que se limitan al consumo de hachís. No obstante, se expresa también que el consumo permanente de productos de cannabis puede llevar a trastornos del comportamiento, letargia, indiferencia, sentimientos de angustia, pérdida de la realidad y depresiones [...]

Finalmente, es indiscutible que el estado de embriaguez aguda producido por cannabis va en detrimento de la capacidad para conducir (véase al respecto Kreuzer, *NStZ* 1993, pp. 209 y ss.; Maatz/Mille, *DRiZ* 1993, pp. 15 y ss.; BVerfGE 89, 69 [77 y ss.]).

3. A pesar de que los peligros que se derivan de los productos de cannabis se consideran en la actualidad como menores, y así lo ha aceptado el legislador al expedir la ley, persisten aún, de acuerdo con el estado actual de conocimientos, peligros y riesgos considerables, de manera que el concepto general de la ley respecto de los productos de cannabis sigue teniendo validez frente a la Constitución. Esto se desprende de las opi-

niones especializadas del Ministerio Federal de Salud y del Ministerio Federal Criminal, solicitadas por la Sala, así como de la literatura científica analizada por la Sala –más allá de los resúmenes citados–. El concepto adoptado por el legislador, está encaminado a someter la totalidad del comercio con productos de cannabis –con excepción del consumo mismo– a un control pleno por parte del Estado, debido a los peligros que se derivan de las drogas y de su comercio, tanto para los individuos como para la comunidad. Para implementar dicho control, se penaliza cualquier tipo de empleo y comercio de productos de cannabis. Con este contenido, las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes resultan idóneas para contener la expansión de la droga en la sociedad y, por tanto, para reducir los peligros que se derivan de ella. Las disposiciones penales son por consiguiente adecuadas en forma general para promover los objetivos de la ley.

4. La valoración del legislador, sostenida y revisada en repetidas ocasiones con motivo de las diversas modificaciones de la Ley sobre Estupefacientes y de la aprobación del Acuerdo sobre Precursores de 1988, de que la prohibición penal del comercio ilegal con productos de cannabis sería también necesaria para alcanzar los objetivos de la ley, no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional. Sobre la base del estado actual de los conocimientos, como se desprende de las fuentes citadas anteriormente (párrafo 3), es aceptable la opinión del legislador de que para alcanzar los objetivos de la ley no se dispone de ningún otro medio tan efectivo, ni menos intervencionista, que el de la sanción penal. Por el contrario, no se puede argumentar que la prohibición existente de la cannabis no haya logrado alcanzar plenamente los fines de la ley, y que la liberalización de la cannabis al ser una medida menos rígida, pudiera lograr esa finalidad.

La discusión de política criminal en el sentido de que el mejor modo de lograr una disminución del consumo de cannabis sea a través de los efectos preventivos que ejerce la sanción penal, o más bien, mediante la liberación de la cannabis y la escisión del mercado de las drogas que se espera con esta medida, no se ha concluido. No se dispone de conocimientos fundados científicamente que se pronuncien a favor de una u otra vía. Los acuerdos internacionales a los cuales se ha adherido la República Federal Alemana tienden cada vez más al empleo de sanciones penales en la lucha contra el consumo de drogas y el tráfico ilegal de drogas. Si dentro de ese desarrollo legal internacional se pudiera lograr la escisión del mercado de las drogas en el contexto nacional por medio de la liberalización de los productos de cannabis, o si ello más bien conduciría a que la República Federal Alemana se convirtiera en un nuevo centro del comercio internacional de las drogas, es un asunto que queda por lo menos abierto. Tampoco se sabe si mediante la supresión del “estímulo de la prohibición” o mediante medidas ilustrativas sobre los peligros del consumo de cannabis se pueda lograr una disminución de la utilización de la cannabis. Si el legislador, tomando en cuenta estas consideraciones, se sostiene en la opinión de que la prohibición general de la cannabis y su penalización conducen a una mayor abstención en los consumidores potenciales que la derogación de la pena, y que, por tanto, es más adecuada para la protección del bien jurídico, tal decisión es aceptable constitucionalmente. En este sentido, el legislador posee una

prerrogativa de evaluación y decisión para elegir entre las medidas potenciales más idóneas para alcanzar los objetivos de la ley (cf. BVerfGE 77, 84 [106]). Ciertamente, bajo presupuestos especiales es posible imaginar situaciones en las que los conocimientos criminológicos comprobados deban ser tenidos en cuenta en el marco del control constitucional de una norma, en la medida en que sean adecuados para forzar al legislador a tratar de determinada manera un asunto que por mandato constitucional debe ser reglamentado; o bien para descartar determinada reglamentación como posible solución (cf. BVerfGE 50, 205 [212 y ss.]). Los resultados derivados de las diversas opiniones sobre la prohibición y penalización de todo el comercio de productos de cannabis no cuentan con tal grado de certeza.

5. Para determinar si las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes que se someten a revisión constitucional, violan la prohibición de exceso en la reglamentación (el principio de proporcionalidad en sentido estricto), en la medida que se refieren al comercio y trato de productos de cannabis, se debe diferenciar entre la prohibición básica de comerciar con productos de cannabis y la amenaza de una sanción penal en caso que se viole en diferentes formas esta prohibición. El concepto general del legislador de prohibir—sin perjuicio de las estrictas excepciones—en forma plena el comercio de productos de cannabis, no es violatorio en sí de la prohibición de exceso en la reglamentación (*Übermaßverbot*). Se justifica mediante los fines que se quieren lograr, como son la protección de la población—y en especial la juventud—frente a los peligros para la salud derivados de la droga, así como del peligro de una dependencia física, y el de combatir las organizaciones criminales que dominan los mercados de las drogas, y sus efectos negativos para la sociedad. Estos importantes intereses comunes no se contraponen a los intereses, igualmente valiosos, de una liberación del comercio de las drogas.

Esto también es válido, en principio, cuando el legislador introduce una sanción penal como medio para lograr el cumplimiento de la prohibición. En el caso de las violaciones a la prohibición del comercio de productos de cannabis se trata no sólo de una desobediencia a unas disposiciones administrativas o de derecho administrativo típico, sino que tal conducta, más bien, pone en peligro importantes intereses de la comunidad, mismos que el legislador quiso proteger. Por tanto, la decisión del legislador—por la que considera que dichas transgresiones merecen y necesitan ser penalizadas—descansa sobre consideraciones razonables y justificadas [...]

c) Las sanciones penales contempladas en el §29, párrafo 1, frase 1 num. 1 BtMG para la adquisición ilegal de productos de cannabis así como la sanción penal normada en el § 29, párrafo 1, frase 1 num. 3, para la posesión ilegal de esas drogas, tampoco violan el principio constitucional de la prohibición de exceso en la reglamentación (*Übermaßverbot*).

c1) No sólo el tráfico con productos de cannabis y su entrega gratuita—en atención a la posibilidad de que sean a su vez distribuidos posteriormente—constituyen un peligro abstracto para terceros; también la adquisición y la posesión ilegal ponen en peligro

bienes jurídicos de terceros, pues abren la posibilidad de la distribución a terceros sin control alguno. El peligro de tal distribución se presenta incluso cuando la adquisición y posesión de la droga está destinada, de acuerdo con la intención de quien realiza la conducta punible, a satisfacer el consumo propio. A esto se añade el que con la adquisición para el propio consumo, se desarrolla la demanda por la droga, lo que constituye el mercado ilegal de las drogas desde la perspectiva de la demanda. En vista de las estimaciones sobre el número actual de consumidores, que oscila entre 800 000 y 4 millones de personas, donde prevalecen los consumidores ocasionales (véase en los numerales 2, c), c2), esto no se puede pasar sin consideración alguna. Desde la perspectiva de la prevención general también se encuentra justificado con base en la prohibición constitucional de un exceso en la reglamentación (*Übermaßverbot*), sancionar penalmente la adquisición y posesión ilegal de productos de cannabis para el consumo personal, como conductas dignas de ser sancionadas penalmente.

En estos casos, ciertamente, la magnitud del peligro para el bien jurídico, que se deriva del hecho individual, así como la culpa individual, pueden ser menores. Esto es especialmente cierto cuando los productos de cannabis son adquiridos y poseídos en pequeñas cantidades simplemente para el consumo personal ocasional. Estos casos ascienden a una porción no pequeña de las actuaciones sancionables penalmente de conformidad con la Ley sobre Estupefacientes [...]

Si se restringe la adquisición o la posesión de productos de cannabis a pequeñas cantidades para el consumo personal ocasional, el peligro concreto de una distribución posterior de las drogas a terceros –en general– no será demasiado alto. Igualmente bajo será el interés público en una penalización. La imposición de sanciones penales en contra de quienes sólo desean probar y de quienes ocasionalmente consumen pequeñas cantidades de productos de cannabis, puede implicar efectos desproporcionados sobre los autores individuales; incluso desde el punto de vista preventivo, resultaría perjudicial, pues podría orillar al sujeto a refugiarse en la escena de las drogas y a solidarizarse con ella.

c2) Aun teniendo en cuenta estos casos, la amenaza de una sanción penal –con fundamentos preventivos– para la adquisición y posesión ilegal de productos de cannabis tampoco viola la prohibición de exceso en la reglamentación consagrada constitucionalmente. Para ésta es suficiente con que el legislador posibilite a los órganos encargados de la persecución penal que puedan tener en cuenta en los casos individuales la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad pudiendo prescindir de la sanción penal y de la persecución del delito [...]

c3) La decisión del legislador de tomar en consideración la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad al momento de regular la sanción de ciertas conductas, reduciendo la obligación de los órganos penales de perseguir el delito, no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional. Al momento de regular las conductas punibles –tratándose de casos leves o en los que el grado de culpabilidad del sujeto es reducido– el legislador cuenta con dos caminos para cumplir con el principio de pro-

porcionalidad (es decir, con la prohibición de exceso en la reglamentación): por un lado, el legislador puede –por ejemplo, privilegiando determinadas circunstancias de hecho– limitar el ámbito de aplicación de la disposición penal general o posibilitar la imposición de sanciones especiales para el caso de delitos menores (solución legal-material). Por otro lado, puede también limitar y flexibilizar la obligación de la persecución penal (solución procesal). En principio, la prohibición constitucional de exceso en la reglamentación autoriza ambas soluciones (cf. BVerfGE 50, 205 [213 y ss.]) [...]

II.

La penalización del comercio ilegal con productos de cannabis no viola el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental.

Los argumentos con los que en el libelo se pretendió fundamentar la violación de la norma constitucional, ignoran –desde su origen– el ámbito de protección del derecho fundamental. El Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental protege a los individuos contra intervenciones estatales en su vida e integridad física. Adicionalmente el artículo, en relación con el Art. 1, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, obliga al Estado a adoptar una postura promotora y protectora de esos bienes jurídicos. Esto significa que, ante todo, debe protegerlos frente a las intervenciones ilegales que otros puedan cometer (cf. BVerfGE 39,1 [42]; 88, 203 [251] jurisprudencia reiterada).

Como la prohibición de traficar con productos de cannabis no obliga a nadie a recurrir a otro tipo de narcóticos –como por ejemplo, el alcohol– que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Estupefacientes, no existe una injerencia estatal en el bien jurídico protegido mediante el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental. La decisión de abusar de otros estupefacientes –de libre acceso en el mercado– y causarse de ese modo un daño a la propia salud, se encuentra más bien dentro de la esfera de responsabilidad del mismo consumidor.

El deber de protección atribuido al Estado se trastornaría si se exigiera al legislador que prescindiera de penalizar el comercio ilegal con productos de cannabis sólo porque otros narcóticos, que no se encuentran contemplados en la Ley sobre Estupefacientes, pueden ser más dañinos para la salud.

III.

La inclusión de los productos de cannabis en el Anexo 1, [señalado en el §1] párrafo 1, núm. 1 de la Ley sobre Estupefacientes, con la consecuencia de que el tráfico ilegal con esas sustancias cae dentro de las disposiciones penales de la citada ley, no viola el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, por el hecho de que para el alcohol y la nicotina rija otra reglamentación.

1. El principio de igualdad prohíbe tratar en forma desigual lo esencialmente igual y ordena tratar desigualmente lo esencialmente desigual de acuerdo con sus particularidades. De ahí que, en principio, sea asunto del legislador elegir aquellos casos a los que aplique las mismas consecuencias jurídicas que, por lo mismo, considere jurídicamente iguales. El legislador debe, efectivamente, llegar a una elección adecuada (cf. BVerfGE 53, 313 [329]). Si, por tanto, lo que es admisible o insostenible materialmen-

te para la aplicación del principio de igualdad, no se puede establecer en forma abstracta y general, sino vinculándolo a las características del asunto en concreto, entonces deberá estar reglamentado (cf. BVerfGE 17, 122 [130]; 75, 108 [157] jurisprudencia reiterada).

Para el asunto de la penalización de estupefacientes que aquí se discute, el legislador puede responder afirmativamente, sin violar la Constitución, a la pregunta de si para las diferentes reglamentaciones del comercio con productos de cannabis de una parte, y de alcohol y nicotina de la otra, existen fundamentos de peso, que puedan justificar las diferentes consecuencias jurídicas para los implicados.

2. El principio de igualdad no ordena admitir o prohibir en forma igual todas las drogas, que potencialmente sean igual de dañinas. La Ley sobre Estupefacientes sigue, por motivos de seguridad jurídica, el conocido principio de la lista positiva, esto es, que se tendrán como incluidas en la ley todas las materias primas y preparados contenidos en el anexo, que de conformidad con la Ley sobre Estupefacientes se encuentran prohibidas. La Ley sobre Estupefacientes prevé en el §1, párrafos 2 y 3 un procedimiento para complementar posteriormente la lista positiva con base en los presupuestos legales señalados, o también para incluir excepciones a la prohibición general. Esto, sin embargo, no significa que la magnitud del peligro para la salud sea el único criterio para la inclusión en la lista positiva. Además de los diferentes efectos que producen estas sustancias, el legislador puede tener en cuenta, por ejemplo, las posibles formas de su uso (piénsese en el abuso en la utilización de diferentes químicos, tales como pegamentos, solventes y gasolina como “inhalantes”), la importancia de las diferentes formas de utilizar una sustancia en la vida común y social, las posibilidades legales y fácticas de combatir el abuso con una perspectiva de éxito, así como la posibilidad y requisitos de una cooperación internacional para el control y la lucha en contra de los estupefacientes y las organizaciones criminales que comercian con ellos. De lo expuesto resulta que el principio de igualdad no obliga a dejar libre el tráfico de todos los estupefacientes en igual forma, por el mero hecho de que otras sustancias narcóticas que pueden poner en peligro la salud sean admitidas.

Haciendo una comparación entre productos de cannabis y la nicotina, se desprende que existen motivos suficientes para la diferencia de trato, simplemente debido a que la nicotina no es un estupefaciente.

Para la diferencia de trato entre los productos de cannabis y el alcohol existen a su vez motivos de peso. Ciertamente se reconoce que el abuso del alcohol trae consigo peligros tanto para el individuo como para la comunidad, que son casi iguales, o incluso peores, a los del consumo de cannabis. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que el alcohol tiene numerosas posibilidades de uso y que no son comparables a las de los componentes y productos de la cannabis que producen efectos narcóticos. Algunos productos que contienen alcohol sirven como alimentos y condimentos; en forma de vino, son utilizados también en el culto religioso. En todos los casos predomina una utilización del alcohol que no lleva a un estado de intoxicación; su efecto embriagante

es conocido ampliamente y, en general, puede ser evitado mediante el control social. En el consumo de productos de cannabis, por el contrario, está en primer plano en forma típica, la obtención de un efecto embriagante.

Adicionalmente, el legislador también se ve enfrentado a la situación de no poder prohibir en forma efectiva el disfrute del alcohol debido a las arraigadas costumbres de consumo en Alemania y en el círculo de la cultura europea. No por ello obliga el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental al legislador a renunciar a la prohibición del cannabis.

§ 8. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD CORPORAL - ART. 2 (2)

Artículo 2

[...]

2. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona será inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.

22. Sentencia BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I]

1. *La vida que se desarrolla en el vientre materno está, como un bien jurídico autónomo, bajo la protección de la Constitución (Art. 2, párrafo 2, frase 1,³ y Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental).⁴ La obligación del Estado de protegerla no sólo prohíbe las injerencias estatales directas sobre la vida en desarrollo, sino que también le ordena al Estado adoptar una actitud promotora y protectora de esta vida.*
2. *La obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo subsiste también frente a la madre.*
3. *Durante todo el tiempo que dura el embarazo, la protección de la vida del embrión tiene fundamentalmente preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada, y no puede ser puesta en entredicho por un plazo determinado.*
4. *La Constitución misma ordena rechazar jurídicamente la interrupción del embarazo; este rechazo puede manifestarlo el legislador por medios distintos al de la imposición de una pena. Para ello, es determinante que la totalidad de las medidas que se tomen para la protección de la vida del no nacido se correspondan con la importancia del bien jurídico a proteger y le otorguen una*

³ LF Art. 2, párrafo 2, frase 1: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”.

⁴ LF Art. 1, párrafo 1: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado”.

protección verdaderamente eficaz. En última instancia, cuando la protección que la Constitución ordena no puede ser alcanzada por otros medios, el legislador está obligado a utilizar los medios que le ofrece el derecho penal, a fin de proteger la vida en desarrollo.

5. *No se puede exigir a la mujer que continúe con un embarazo cuando la interrupción es indispensable para rechazar un peligro para la vida de la madre, así como para evitar el peligro de un severo detrimento a su estado de salud. En adición a ello, el legislador se encuentra en libertad de valorar otras cargas extraordinarias, cuando éstas agraven la situación de la madre de manera similar a la mencionada anteriormente y, de considerarlas insostenibles, declarar en dichos casos la impunidad del aborto.*
6. *La “Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal” de fecha 18 de junio de 1974 (BGBl. I p. 1297) incumple con la obligación constitucional de proteger satisfactoriamente la vida en desarrollo.*

Sentencia de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1975

– 1BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 –

Parte Resolutiva:

El § 218a del Código Penal en la versión de la Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal (5. StrRG) de 18 de junio de 1974 (BGBl I, p. 1297) es incompatible con el Art. 2, párrafo 2, frase 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y por tanto nula, al despenalizar la interrupción del embarazo, cuando no existe motivo –en el sentido de los fundamentos de la decisión– que sea consistente con el orden de valores de la Ley Fundamental.

Fundamentos de la Resolución:

I.

1. El Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental (en lo sucesivo de la Ley Fundamental) también protege la vida que se encuentra en desarrollo dentro del seno materno, la cual constituye un bien jurídico autónomo.

a) La incorporación explícita del derecho a la vida (un derecho de suyo evidente) al texto de la Ley Fundamental –a diferencia de la Constitución de Weimar, que no lo contemplaba– se explica principalmente como una reacción a la “eliminación de vidas sin valor”, de la “solución final” y la “liquidación” llevadas a cabo por el régimen nacionalsocialista como medidas de carácter estatal. El Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, al igual que la abolición de la pena de muerte en el Art. 102 de la Ley Fundamental, contiene el “reconocimiento del valor fundamental de la vida humana y de una determinada concepción sobre el Estado, en marcada oposición a las ideas de un régimen

político para el cual la vida de los individuos carecía de importancia y por tanto, arrojándose el derecho a decidir sobre la vida y la muerte de los ciudadanos, incurrió en ilimitados abusos” (BVerfGE 18, 112 [117]).

b) En la interpretación del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental ha de partirse de la literalidad del texto: “Todos tienen derecho a la vida...”. Puede afirmarse que la vida, en el sentido de la existencia histórica de un individuo de la especie humana, existe—según conocimientos biológico-fisiológicos comprobados— por lo menos desde el 14º día posterior a la fecundación (nidación, individuación); cf. la exposición hecha por Hinrichsen ante el comité especial para la reforma del derecho penal (6. Wp., 74ª sesión, StenBer. pp. 2142 ss.). El proceso de desarrollo ahí comenzado constituye un proceso continuo, el cual no presenta cortes marcados y no admite delimitar en forma precisa las diversas etapas de desarrollo de la vida humana. Dicho proceso tampoco termina con el nacimiento; por ejemplo, los fenómenos de la conciencia—específicos de la personalidad humana— aparecen bastante tiempo después del nacimiento. Por tanto, la protección garantizada por el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental no puede limitarse al ser humano “consumado” (*i.e.* después del nacimiento), como tampoco al *nasciturus* viable en forma independiente. El derecho a la vida está garantizado a todo aquel que “vive”; aquí no cabe hacer ningún tipo de distinción entre los diversos estadios de la vida en desarrollo (antes del nacimiento), como tampoco cabe distinguir entre nacidos y no nacidos. “Todos”, en el sentido del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, debe entenderse como “todo viviente” o, dicho en otros términos: todo individuo de la especie humana que tenga vida; “todos”, por tanto, abarca también al ser humano que aún no ha nacido.

c) Se ha llegado a objetar que “todos”—tanto en el lenguaje jurídico como en el coloquial— por lo general designa a una persona humana “consumada”, por lo que una simple interpretación literal hablaría en contra de incluir a los no nacidos dentro del ámbito de protección del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental; frente a esto, se debe destacar que al menos el sentido y el propósito de esta norma constitucional exigen incluir a la vida en desarrollo dentro del ámbito de protección jurídica del derecho a la vida. La garantía de proteger la existencia humana frente a injerencias por parte del Estado quedaría incompleta, si ella no abarcara, a su vez, la vida del no nacido, es decir, la etapa previa a la vida “consumada”.

Esta interpretación extensiva corresponde también con el principio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según el cual “en casos dudosos ha de optarse por aquella interpretación capaz de desarrollar con mayor fuerza el efecto jurídico de las normas que garantizan derechos fundamentales” (BVerfGE 32,54 [71]; BVerfGE 6,55 [72]) ...

2. La obligación del Estado de proteger cada vida humana se deriva directamente del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental. Se desprende además de manera explícita del Art. 1, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental; la vida en desarrollo también goza de la protección a la dignidad humana garantizada en el Art. 1, párrafo 1

de la Ley Fundamental. Donde existe vida humana, ahí corresponde también dignidad humana; no es determinante el hecho de que el portador sea consciente de esta dignidad y que esté en condiciones de hacerla valer por sí mismo. Aquellas facultades potenciales que desde un principio se encuentran en el ser humano son suficientes para fundamentar la garantía de la dignidad humana.

3. En cambio, en el presente asunto no hace falta resolver la cuestión –controversada tanto en la jurisprudencia como en la literatura científica– de determinar si el *nasciturus* como tal es portador de derechos fundamentales o si, por falta de capacidad jurídica su derecho a la vida resulta protegido “únicamente” por las normas constitucionales objetivas. Según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, las normas que garantizan derechos fundamentales contienen no sólo derechos subjetivos del individuo de defensa frente al Estado, sino que al mismo tiempo, dan cuerpo a un orden de valores objetivo que, como decisión constitucional fundamental, tiene validez para todos los ámbitos del derecho e impone directivas e impulsos para la legislación, la administración y la judicatura (cf. BVerfGE 7, 198 ss [Lüth]; y 35, 79 ss [Hochschulurteil] - con más referencias). Por tanto, determinar si –y en qué medida– el Estado se encuentra obligado por la Constitución a proteger la vida en gestación, puede derivarse simplemente del contenido jurídico-objetivo de las normas garantes de los derechos fundamentales.

II.

1. La obligación del Estado de proteger es amplia. Ella prohíbe no sólo las injerencias estatales directas en la vida que se está desarrollando, sino también impone al Estado la obligación de adoptar una postura promotora y protectora de esta vida. Esto significa, principalmente, que también debe protegerla de injerencias antijurídicas por parte de otros. A esta obligación deben sujetarse cada uno de los ámbitos concretos del orden jurídico, según el alcance de sus competencias y atribuciones. La obligación del Estado debe ser tomada de manera más seria, según el rango del bien jurídico en cuestión, protegido dentro del orden de valores de la Ley Fundamental. La vida humana constituye uno de los máximos valores dentro del orden establecido por la Ley Fundamental, lo cual no requiere mayor fundamentación, pues constituye la base vital de la dignidad humana y es la condición de todos los demás derechos fundamentales.

2. La obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo subsiste también de cara a la madre. Sin lugar a dudas, la unión natural que existe entre la vida del no nacido y la madre constituye una relación de carácter muy especial; no existen paralelismos dentro de las demás relaciones vitales. Ciertamente, el embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer y por tanto se encuentra protegido por el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Si el embrión fuera una simple parte del organismo materno, la interrupción del embarazo quedaría dentro del ámbito privado de determinación, en el cual el legislador carecería de facultades para intervenir (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Sin embargo, el *nasciturus* es un ser humano independiente, el cual se encuen-

tra bajo la protección de la Constitución. La interrupción del embarazo tiene, pues, una dimensión social; de ahí que no sea sólo susceptible de regulación por parte del Estado, sino que exista verdadera necesidad de ello. El derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad –que tiene por contenido la libertad de acción en sentido amplio y abarca, por tanto, la responsabilidad particular de la mujer de decidirse en contra de la maternidad y de las obligaciones que de ella deriven– puede ciertamente exigir reconocimiento y protección. Sin embargo, este derecho no se encuentra concedido de manera ilimitada: los derechos de otros, el orden constitucional y las buenas costumbres lo restringen. De entrada, este derecho no puede en ningún momento abarcar la facultad de interferir en la esfera jurídica de otro sin un motivo proporcional que lo justifique, y mucho menos destruir la vida misma, y menos aún cuando por la naturaleza misma de las cosas existe una responsabilidad especial en relación con esta vida en cuestión.

Es imposible encontrar un equilibrio que proteja la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada la libertad de interrumpir el embarazo, ya que la interrupción del embarazo constituye siempre la destrucción de la vida del no nacido. Por tanto, en la ponderación que debe realizarse “deben considerarse ambos valores en su relación con la dignidad humana, la cual constituye el punto central del sistema de valores de la Constitución” (BVerfGE 35, 202 [225]). Tomando el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental como referente, la decisión debe conceder preferencia a la protección del derecho a la vida del embrión, frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada. Ciertamente, algunas de las posibilidades de desarrollo personal pueden verse afectadas por el embarazo, el parto y la educación de los hijos. En cambio, mediante la interrupción del embarazo la vida del no nacido es destruida. Siguiendo el principio del más moderado equilibrio, cuando concurren posiciones protegidas constitucionalmente, considerando el principio del Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental⁵ debe concederse a la protección del *nasciturus* la preeminencia. Esta preferencia perdura fundamentalmente durante todo el tiempo del embarazo, y no puede ser puesta en entredicho durante un periodo determinado.

3. De lo anterior se desprende la postura de fondo que la Constitución exige al orden jurídico adoptar frente a la interrupción del embarazo: el orden jurídico no puede hacer del derecho de autodeterminación de la madre la única pauta para la legislación. El Estado debe partir de una obligación fundamental de llevar el embarazo a término [alumbramiento] y debe, por tanto, considerar la interrupción del mismo como una conducta fundamentalmente antijurídica. El orden jurídico debe mostrar con claridad la desaprobación a la interrupción del embarazo [...] El Estado no puede evadir su responsabilidad, por ejemplo, declarando la existencia de un “ámbito no regulado por el

⁵ LF Art. 19, párrafo 2: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

derecho” y absteniéndose de realizar valoración alguna, dejando la decisión al arbitrio de la decisión de cada individuo.

III.

De qué modo el Estado debe cumplir su obligación de proteger de manera efectiva la vida en desarrollo, es una cuestión que debe ser determinada en primera línea por el legislador. Éste debe determinar las medidas de protección que considere eficaces y adecuadas, a fin de garantizar la protección de la vida en forma efectiva ...

2. Uno puede preguntarse en qué medida el Estado se encuentra obligado por la Constitución a echar mano del derecho penal –considerado como el medio más incisivo a su disposición– para proteger la vida en gestación; para responder a dicha cuestión, no puede partirse de la pregunta simplista de determinar si el Estado se encuentra obligado a castigar ciertas conductas. Más bien, resulta indispensable realizar un análisis global, que considere por un lado el valor del bien jurídico protegido y el daño social causado por la conducta ofensiva –también en comparación con otras conductas de valoración equivalente (desde el punto de vista ético-social) que sean castigadas penalmente; y por otro, debe atenderse también a la regulación jurídica que esta materia ha recibido tradicionalmente, así como al desarrollo de la idea del papel del derecho penal en la sociedad moderna, a la eficacia práctica de la amenaza de castigo, así como a la posibilidad de encontrar sanciones jurídicas sustitutas ...

Desde siempre, el derecho penal ha tenido como función proteger los valores elementales de la vida comunitaria. La vida de cada individuo, de cada ser humano, constituye uno de los bienes jurídicos más importantes, como se demostró anteriormente. La interrupción del embarazo destruye de manera irrevocable una vida humana ya surgida. La interrupción del embarazo es una acción que produce la muerte de otro; la manifestación más clara de ello es que la tipificación de esta conducta se encuentra en el capítulo de “Crímenes y Delitos contra la Vida” (incluso en la “Quinta Ley para la Reforma del Derecho Penal”); en el derecho penal vigente hasta ahora se le había denominado como “provocar la muerte al producto de la concepción”. La expresión –habitual hoy día– “interrupción del embarazo” no puede ocultar esta situación. Ninguna regulación jurídica puede ignorar el hecho de que, con dicha acción, se transgreden la inviolabilidad y la inajenabilidad de la vida humana garantizadas por el Art. 2, párrafo 2, 1ª frase de la Ley Fundamental. Desde esta perspectiva, el empleo del derecho penal para castigar los actos abortistas resulta sin duda legítimo [...] De lo anterior resulta también que esta conducta en todo momento debe ser calificada –desde el punto de vista jurídico– claramente como una injusticia [...]

En última instancia, cuando la protección que la Constitución ordena no puede ser alcanzada de otro modo, el legislador puede estar obligado a echar mano de los medios del derecho penal a fin de proteger la vida que se encuentra en desarrollo. La norma penal constituye ciertamente *ultima ratio* dentro del instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad (constitutivo del Estado de Derecho), el cual impera en todo el derecho público, inclusive en el derecho constitucional, el legislador

debe hacer uso de este medio con cautela y moderación. Sin embargo, este “último recurso” tiene que ser empleado cuando de otra manera no sea posible conseguir una protección eficaz de la vida. Esto es necesario debido al valor e importancia del bien jurídico protegido. No quiere esto decir que el Estado tenga un deber ‘absoluto’ de castigar, sino que tomando en cuenta la insuficiencia de los otros medios, surge de aquí un deber “relativo” de acudir a la sanción penal.

Frente a esto se ha objetado que de una norma fundamental que confiera una libertad en ningún caso se puede derivar una obligación del Estado de castigar determinada conducta. Esta objeción carece de validez: cuando el Estado se encuentra obligado –mediante una norma axiológica fundamental– a proteger eficazmente un bien jurídico de especial importancia frente a injerencias de terceros, las medidas que el Estado tome para proteger este bien inevitablemente podrán conculcar los ámbitos de libertad de otros portadores de derechos fundamentales [...]

3. [...] El derecho a la vida del no nacido puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva. Si en tales casos el legislador considera que la conducta de la mujer no merece ser castigada y prescinde de los medios de una sanción penal, ello será en todo caso el resultado de una ponderación que cae dentro de la competencia del legislador y puede ser aceptada constitucionalmente [...]

D. [...]

Una ponderación global de “vida contra vida”, mediante la cual se pretende autorizar la destrucción del supuestamente menor número, en interés de la conservación de la vida de una cifra supuestamente mayor, es incompatible con la obligación de brindar protección individual a cada vida particular y concreta.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio según el cual la inconstitucionalidad de una disposición legal –que por su estructura y sus efectos prácticos resulte perjudicial para un determinado grupo de personas– no puede ser refutada bajo el pretexto de que con ésta u otras disposiciones de la ley se beneficie a otro grupo de personas, y menos aún, enfatizando el hecho de que la tendencia de la ley en su conjunto sea favorable a la protección de los derechos. Este principio debe valer de manera especialísima para el bien jurídico personalísimo de la “vida” (cf. BVerfGE 12, 151 [168]; 15, 328 [333]; 18, 97 [108]; 32, 260 [269]). No puede abandonarse la protección de cada vida en particular por atender la finalidad –en sí loable– de salvar las vidas de otros. Cada vida humana –también la vida que se encuentra apenas

desarrollándose— tiene, como tal, el mismo valor; por tanto, bajo ningún aspecto puede ser sometida a una valoración distinta y mucho menos, ser sometida a una ponderación desde el punto de vista numérico [...]

Se ha dicho ya que una “cuenta global” no puede ser aceptada, y aun cuando se aceptara, hace falta un fundamento real. No existen datos suficientes que demuestren que —con la entrada en vigor de la nueva disposición— el número de abortos vaya a disminuir considerablemente, en relación con las normas hasta ahora vigentes. El representante del Ejecutivo, con base en consideraciones extensas y comparaciones detalladas [...] ha llegado más bien a la conclusión de que, de introducirse la ley de plazos en la República Federal Alemana, habría que contar con un aumento de 40% en el número global de abortos, tanto legales como ilegales [...] En esta materia, en atención a la elevada importancia del bien jurídico a proteger, no cabe hacer experimentos [...]

Nota: Siguen 27 páginas con el voto particular de dos jueces.

23. Sentencia BVerfGE 88, 203 [Interrupción del embarazo II]

1. *La Ley Fundamental obliga al Estado a proteger la vida humana, incluso la del que está por nacer. Este deber de protección encuentra su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental; su objeto y—como consecuencia de este— su magnitud se encuentran regulados de manera aún más concreta por el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La vida humana en gestación goza ya de dignidad humana. El orden jurídico debe garantizar los presupuestos jurídicos de su desarrollo, es decir, debe garantizar al ser humano en gestación un derecho a la vida propio. La fundamentación de este derecho a la vida no depende de su aceptación por parte de la madre.*
2. *El deber de protección para la vida del que está por nacer se refiere a cada vida individual y concreta, y no sólo a la vida humana en general.*
3. *El que está por nacer merece protección jurídica también frente a su madre. Dicha protección únicamente es posible si el legislador le prohíbe a ella fundamentalmente la interrupción del embarazo y le impone con ello la obligación jurídica básica de traer al mundo a su hijo. La prohibición fundamental de la interrupción del embarazo y el deber fundamental de gestar y dar a luz al niño constituyen dos elementos inseparablemente unidos de la protección jurídico-constitucional ordenada.*
4. *La interrupción del embarazo debe ser considerada—durante la duración de todo el embarazo— como antijurídica, y por consiguiente, debe estar prohibida jurídicamente (confirmación de la BVerfGE 39, I [44]). El derecho a la vida del que está por nacer no puede, ni siquiera por tiempo restringido, quedar sometido a la decisión libre y no vinculada jurídicamente de un tercero, así sea la propia madre.*

5. *La extensión del deber de protección para la vida humana del que está por nacer, se debe determinar a la luz de la importancia y la necesidad de protección del bien jurídico en cuestión, de una parte y, por otra parte, de los bienes jurídicos con que colide. Como bienes jurídicos en los que incide el derecho a la vida del que está por nacer han de considerarse –partiendo del derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental)– ante todo, su derecho a la vida y a la integridad corporal (Art. 2, párrafo, 2 de la Ley Fundamental) así como el derecho a la personalidad (Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Por el contrario, no cabe invocar el Art. 4 párrafo 1 de la Ley Fundamental⁶ como “posición jurídica constitucionalmente protegida” para dar muerte al que está por nacer; como consecuencia de la interrupción del embarazo.*
6. *A fin de cumplir con su deber de protección, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de carácter normativo y fáctico suficientes, que conduzcan –atendiendo a los bienes jurídicos contrapuestos– a una protección adecuada y, como tal, efectiva (al respecto, cf. la prohibición de brindar una protección insuficiente). Para ello se requiere de un concepto de protección que vincule entre sí diversos elementos de protección, tanto preventivos como represivos.*
7. *Los derechos fundamentales de la mujer no llegan al punto de derogar –aunque fuera por un lapso determinado– el deber jurídico de gestar y dar a luz al hijo. La posición de los derechos fundamentales de la mujer lleva, no obstante, a aceptar que en ciertas situaciones excepcionales, pueda prescindirse de la imposición de este deber jurídico. Es asunto del legislador determinar individualmente los elementos de hecho de tales casos excepcionales, de acuerdo con el criterio de la insostenibilidad. Para tal efecto, deben presentarse cargas que representen para la madre un sacrificio de los valores vitales propios en tal magnitud, que no se le pueda exigir (confirmación de la BVerfGE 39,1 [48 y ss.]).*
8. *La prohibición de “brindar una protección insuficiente” (Untermaßverbot) prohíbe al legislador prescindir a su arbitrio del empleo del derecho penal; igualmente prohíbe prescindir del efecto protector para la vida humana derivada del derecho penal.*
9. *El deber estatal de protección comprende también la obligación de proteger al nasciturus frente a los peligros que para su vida derivan de las influencias del entorno familiar y social de la mujer embarazada o de las condiciones reales de vida de la mujer –actuales y previsibles– y de la familia, que afecten su disponibilidad de gestar y dar a luz a su hijo.*

⁶ Libertad de conciencia. [N. del t.]

10. *La tarea de protección encomendada al Estado le obliga, además, a conservar y reavivar en la conciencia general de la población que la vida del que está por nacer tiene derecho a la protección jurídica.*
11. *Al legislador no le está prohibido constitucionalmente, en principio, transitar hacia un concepto de protección de la vida del que está por nacer que, en la fase temprana del embarazo y en casos de situaciones de conflicto, ponga énfasis en el asesoramiento a la mujer embarazada, con la finalidad de convencerla para que continúe con la gestación del niño hasta el alumbramiento, renunciando a una amenaza de castigo determinada mediante indicaciones, así como a la determinación por parte de terceros de los elementos de hecho por los que se configuran dichas indicaciones.*
12. *Este concepto de asesoramiento exige, además, el establecimiento de condiciones marco que generen condiciones positivas para que la actuación de la mujer sea favorable a la vida del que está por nacer. La responsabilidad de llevar a cabo el proceso de asesoramiento recae en su totalidad sobre el Estado.*
13. *El deber estatal de protección exige que la indispensable participación del médico –a favor de la mujer– genere igualmente la protección de la vida del que está por nacer.*
14. *Calificar jurídicamente la existencia de un niño como una fuente de daños y perjuicios es contrario a la Constitución (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Por consiguiente se prohíbe considerar las obligaciones alimentarias respecto de un niño como un perjuicio.*
15. *Interrupciones del embarazo realizadas de conformidad con el modelo de asesoramiento y sin que se haya establecido una indicación, no pueden ser consideradas como justificadas (o como “no antijurídicas”). Esto corresponde a principios irrenunciables del Estado de Derecho, según los cuales una situación de excepción nunca puede tener efectos justificativos, a menos que la existencia de los requisitos para que se configure dicha excepción sean determinados bajo responsabilidad estatal.*
16. *La Ley Fundamental no permite que se concedan prestaciones de los servicios del seguro legal de enfermedad para la realización de una interrupción del embarazo cuya juridicidad no ha sido establecida. En cambio, el otorgamiento de ayuda social en casos de necesidad económica, así como la compensación del salario cuando se haya realizado una interrupción del embarazo que no se encuentra penalizada de acuerdo con el modelo de asesoramiento, no ofrece objeción desde el punto de vista constitucional.*
17. *El principio de la potestad organizativa de los Estados Federados tiene aplicación sin restricción alguna, cuando una regulación adoptada por el legislador federal impone a los mismos el cumplimiento de una función estatal, pero no prevé regulaciones específicas de carácter organizativo-administrativo.*

Sobre las circunstancias de hecho:⁷

La sentencia BVerfGE 39,1 del Tribunal Constitucional Federal, del 25 de febrero de 1975, declaró inconstitucional la “ley de plazos” que autorizaba la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que el legislador podía, sin embargo, regular “indicaciones” para situaciones especialmente graves y prescindir, en tales casos, de la aplicación de una pena. Con fundamento en lo anterior, el legislador llevó a cabo una nueva reforma al Código Penal en junio de 1976.

Dicha reforma contemplaba las indicaciones tradicionales (ampliamente reconocidas), en especial: la *médica* (grave peligro para la salud de la madre), la *criminológica* (para el caso de violación o estupro) y la *embriopática* o *eugenésica*, e introdujo una indicación para el caso de un *estado general de necesidad*, cuando éste sea ‘tan grave que no se pueda exigir a la mujer la continuación del embarazo y dicho peligro no pueda ser evitado de otra manera’ (§ 218a StGB, párrafo 2, núm. 3). En este último caso, de comprobarse dicha indicación, la interrupción realizada dentro de las primeras 12 semanas no era penalizada. El estado general de necesidad con frecuencia se interpretó en forma tan amplia que en la práctica casi podía ser equiparado a una ley de plazos. En el primer caso, se trataba de un auténtico estado de necesidad, que actuaba como un *justificante* de la conducta típica. Los demás casos corresponden más bien a una *excusa absolutoria* que, sin eliminar la antijuridicidad de la conducta, prescindía de la aplicación de una pena.

Tras la caída del muro de Berlín (9 de noviembre de 1989) comenzaron las negociaciones de un tratado para la reunificación de las dos Alemanias, el cual tenía por objeto, además, la homologación del orden jurídico. La República Democrática Alemana había introducido en 1972 reformas a su Código Penal, autorizando el aborto prácticamente sin restricciones; esta regulación discrepaba de la vigente en la República Federal Alemana, que partía de la antijuridicidad fundamental de la interrupción del embarazo. Con la reunificación se asignó al legislador la tarea de lograr una regulación uniforme, fijando como fecha límite el 31 de diciembre de 1992. El Art. 31 párr. IV del Tratado para la Reunificación Alemana (*Einigungsvertrag*)⁸ dispuso que, mientras tanto, las disposiciones sobre aborto vigentes en las dos Alemanias con anterioridad a la reunificación siguieran aplicándose en su territorio respectivo.

El 27 de julio de 1992 se aprobó la “Ley para la protección de la vida en desarrollo antes del parto, para la promoción de una sociedad más amigable para con los niños, para la ayuda de la mujer embarazada en situación de conflicto y para la regulación de

⁷ Nota explicativa del compilador; no forma parte de la sentencia. [N. del t.]

⁸ Publicado en el Boletín Legislativo de la República Federal Alemana (*Bundesgesetzblatt*): BGBl. Parte II, pp. 885 y ss, 31.08.1990.

la interrupción del embarazo”,⁹ por la que se introducía una legislación uniforme para el territorio de las dos Alemanias.

Esta ley calificaba como ‘no antijurídica’ la interrupción del embarazo para los casos de ‘insostenibilidad’ del embarazo por motivos graves (es decir, por las indicaciones médica, criminológica y embriopática mencionadas anteriormente), así como:

1. cuando la mujer embarazada solicite la interrupción del embarazo y le compruebe al médico, mediante una certificación, que se ha sometido a consejería por lo menos con tres días de anterioridad a la intervención (“consejería para la mujer embarazada en caso de una situación de conflicto y estado de necesidad”);
2. la interrupción del embarazo se lleva a cabo por un médico, y
3. no han transcurrido más de 12 semanas desde la fecha de la concepción.

Una serie de disposiciones adicionales se dirigía a reglamentar la consejería, información y apoyo para la mujer embarazada.

De conformidad con el §24 b SGB V,¹⁰ el seguro de enfermedad debía hacerse cargo de los costos de la interrupción del embarazo cuando ésta no fuera contraria a la ley.

El 14 de julio de 1992, con anterioridad a la aprobación de la ley (27 de julio de 1992), el gobierno de Baviera y 249 parlamentarios federales solicitaron la suspensión de la entrada en vigor de la norma; tal suspensión que fue decretada el 4 de agosto de 1992.¹¹ El Tribunal Constitucional dictó la sentencia correspondiente el 28 de mayo de 1993.

Sentencia de la Segunda Sala, del 28 de mayo, 1993 **–2 BvF 2/90 y 4, 5/92–**

Fundamentos de la Resolución:

[...] D. I.

1. La Ley Fundamental obliga al Estado a proteger la vida humana. Ésta abarca también la vida del que está por nacer. También a él le debe protección el Estado. La Constitución prohíbe no sólo las intervenciones directas del Estado en la vida del que está por nacer, sino que también impone al Estado la obligación de colocarse respecto de esa vida como protector y promotor; esto implica, ante todo, protegerla frente a in-

⁹ “Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen / werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs”, BGBl. I, p. 1398 en lo sucesivo SFHG.

¹⁰ Libro quinto del Sozialgesetzbuch - Ley de Seguridad Social. [N. del t.]

¹¹ El Tribunal Constitucional ordenó la suspensión el mismo día de la publicación del decreto promulgatorio de la reforma en el Boletín Legislativo (4 de agosto de 1992).

tervenciones ilegales por parte de terceros (cf. BVerfGE 39, 1 [42]). Este deber de protección tiene su fundamento en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental,¹² que obliga expresamente al Estado a respetar y proteger la dignidad humana; su objeto y –como consecuencia de éste– su magnitud se encuentran regulados de manera aún más concreta por el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental.¹³

a) El no nacido goza ya de dignidad humana; la vida humana goza de dignidad desde antes del nacimiento y desde antes que se desarrolle la personalidad (cf. § 10 I 1 ALR:¹⁴ “también los niños no nacidos gozan de los derechos generales de la humanidad, ya desde el momento de su concepción”). En la presente resolución, no hace falta decidir si la vida humana comienza ya con la fusión del óvulo y el espermatozoide, como lo sugieren los conocimientos aportados por la antropología médica. El objeto de los preceptos impugnados es la interrupción del embarazo, especialmente la regulación jurídico-penal; relevante para la decisión es, por tanto, exclusivamente, el periodo de tiempo que dura el embarazo [...] De cualquier modo, durante el periodo así definido del embarazo, al hablar del no nacido se trata de una vida individual ya determinada e indivisible, con una identidad genética única e inconfundible; esta vida, en su proceso de crecimiento y autodesarrollo, más que evolucionar hasta convertirse en un ser humano, es un ser humano que se desarrolla (cf. BVerfGE 39, 1 [37]). De todas las formas en que las diversas fases del proceso de la vida antes del nacimiento puedan ser interpretadas –desde el punto de vista biológico, filosófico o incluso teológico– y de hecho hayan sido consideradas a lo largo de la historia, en todo caso se trata de etapas imprescindibles del desarrollo de un ser humano individual. Donde existe vida humana, a esa vida le corresponde dignidad humana (cf. BVerfGE 39, 1 [41]).

Esta dignidad de la existencia humana –del ser humano– la tiene el no nacido por sí mismo, por el mero hecho de existir. Respetarla y protegerla exige que el orden jurídico garantice los presupuestos jurídicos de su desarrollo, en el sentido de que debe garantizar un derecho a la vida propio para el *nasciturus* (cf. también BVerfGE 39, 1 [37]). Este derecho a la vida –el cual, para su fundamentación, no depende de su aceptación por parte de la madre, sino que le corresponde al *nasciturus* por el mero hecho de su existencia– constituye el derecho más elemental e imprescriptible emanado de la dignidad humana. Este derecho tiene validez independientemente de determinadas convicciones religiosas o filosóficas, respecto de las cuales el orden jurídico de un Estado –neutral desde el punto de vista religioso e ideológico– no tiene por qué juzgar.

b) El deber de protección para la vida del que está por nacer se refiere a cada vida individual y concreta, y no sólo a la vida humana en general. Su cumplimiento constituye una condición fundamental de la coexistencia ordenada dentro de un Estado. El

¹² LF Art. 1, párrafo 1: “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado”.

¹³ LF Art. 2, párrafo 2, 1ª frase: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”.

¹⁴ ALR: “Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten”. [N. del t.]

deber de protección incumbe a todos los poderes del Estado (Art. 1, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental), es decir, al Estado en todas sus funciones, incluyendo también –y de manera especial– al Poder Legislativo. El deber de protección se refiere especialmente a peligros que provienen de otras personas; abarca medidas de protección tendientes a evitar –o remediar– situaciones de crisis a consecuencia de un embarazo, así como establecer jurídicamente la exigencia de determinadas conductas a seguir; ambos tipos de medidas se complementan.

2. El Estado determina ciertas exigencias de conducta a fin de proteger la vida del que está por nacer, estableciendo –mediante leyes– mandatos y prohibiciones, imponiendo deberes de acción y de abstención. Esto es válido también para la protección del que está por nacer respecto de su madre, sin perjuicio del vínculo que existe entre ambos, y que lleva a madre e hijo a una relación de “dualidad en la unidad”. Una protección de este tipo para el *nasciturus* frente a su madre es posible únicamente si el legislador le prohíbe a ella fundamentalmente la interrupción del embarazo, y le impone a ella el deber legal de gestar y traer al mundo a su hijo. La prohibición básica de la interrupción del embarazo y el deber fundamental de dar a luz al hijo son dos elementos de la protección ordenada constitucionalmente, los cuales se encuentran vinculados en forma indisoluble.

No inferior es la protección que se exige frente a intervenciones provenientes de terceros y, en última instancia, también del entorno familiar y social de la mujer embarazada; éstas pueden dirigirse directamente en contra del *nasciturus*, pero también indirectamente, cuando se le niega a la mujer embarazada la ayuda correspondiente, se le generan conflictos a causa del embarazo o se ejerce presión sobre ella para que interrumpa el embarazo.

a) Tales deberes de conducta no pueden limitarse a meros llamados a la voluntariedad de las personas, sino que deben ser estructurados como preceptos jurídicos. Atendiendo a las particularidades del derecho –en cuanto ordenamiento normativo referido y tendiente a gozar de validez efectiva– tales preceptos deben ser vinculantes y estar dotados de consecuencias legales. Al respecto, la amenaza de sanción penal no constituye la única sanción imaginable; sin embargo, tal sanción puede generar de manera especialmente eficaz, el respeto y el seguimiento de los mandatos legales por parte de los sometidos al derecho.

Los mandatos legales que ordenan una determinada conducta deben generar protección en dos direcciones. Por un lado, deben desarrollar efectos preventivos y represivos para el caso concreto, cuando exista una amenaza de lesión al bien jurídico protegido o cuando su violación ya se ha llevado a cabo. Por otro lado, deben fortalecer y fomentar en la población una idea viva de valores y una visión de lo justo y lo injusto y, por su parte, configurar la conciencia jurídica de los individuos (véase BVerfGE 45,187 [254, 256]), de modo que –con base en tal orientación normativa del comportamiento– el individuo ni siquiera considere de entrada la posibilidad de una violación de un bien jurídico.

b) La protección de la vida, ordenada por la Ley Fundamental, no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos; esto lo señala ya el Art. 2, párrafo 2, frase 3, de la Ley Fundamental. Por otro lado, el deber de protección no se satisface suficientemente por el hecho de adoptar ‘cualquier tipo’ de medidas de protección. Más bien, su alcance ha de determinarse considerando por un lado, la *importancia* del bien jurídico a proteger y la *necesidad* que este bien tiene de ser protegido (en este caso, la vida humana del que está por nacer) y, por otro lado, los bienes jurídicos en colisión con aquel (véase G. Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, pp. 253 y ss.). Entre los bienes jurídicos en que incide el derecho a la vida del que está por nacer cabe considerar especialmente –tomando como punto de partida el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental)–, su derecho a la vida y a la integridad física (Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental), así como el derecho a la personalidad (Art. 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental).

Determinar individualmente el tipo y extensión de la protección es función del legislador. La Constitución señala la protección como objetivo, pero no indica de qué manera ha de estructurarse ésta en lo individual. Sin embargo, el legislador debe atenerse al principio que prohíbe dar una protección insuficiente (*Untermaßverbot*) (cf. dicho concepto en Isensee: *Handbuch des Staatsrechts*, t. V, 1992, §111 número al margen 165 y ss.); en esta medida, [la regulación adoptada por el legislador] está sujeta al control constitucional. Resulta necesario lograr una protección adecuada –atendiendo a la existencia de bienes jurídicos contrapuestos–; para ello, resulta decisivo que dicha protección sea efectiva. Las medidas adoptadas por el legislador deben ser suficientes para alcanzar una protección adecuada y efectiva, y deben basarse además en un examen cuidadoso de los hechos así como en valoraciones justificables (al respecto, *vid. infra* I.4). Con base en esto, la magnitud de la protección ordenada por la Constitución es independiente de la edad de gestación. Respecto del *nasciturus*, la Ley Fundamental no contempla ningún tipo de gradación para el derecho a la vida y su protección con base en el transcurso de determinados plazos derivados del proceso de desarrollo del embarazo. Por tanto, también en la fase temprana del embarazo debe el orden jurídico garantizar una protección plena.

c) A fin de no violar la prohibición de dar una protección insuficiente (*Untermaßverbot*), la configuración de la protección ofrecida por el orden jurídico ha de cumplir con ciertas exigencias mínimas.

aa) Dentro de estas exigencias, ha de considerarse que la interrupción del embarazo durante todo el tiempo que dure éste, fundamentalmente debe ser considerada como antijurídica, y que, por tanto, está prohibido jurídicamente (cf. BVerfGE 39, 1 [44]). Si no existiera una prohibición de este tipo, se estaría entregando la posibilidad de disponer del derecho a la vida del *nasciturus* –aunque fuera sólo por un tiempo limitado– a la decisión libre y no vinculada jurídicamente de un tercero –aun cuando se trate de la madre misma; con ello, no se estaría garantizando la protección legal de esa vida de

conformidad con los requisitos de conducta citados anteriormente. Tal desprotección de la vida del que está por nacer no puede exigirse, ni siquiera con base en la dignidad de la mujer y en su capacidad para decidir responsablemente. La protección jurídica exige que el alcance y los límites de las acciones por las que lícitamente puede incidirse en la esfera jurídica de otros estén definidos normativamente, y no que queden al arbitrio de alguno de los implicados.

Los derechos fundamentales de la mujer no prevalecen sobre la prohibición fundamental de la interrupción del embarazo. Ciertamente, esos derechos subsisten de cara al derecho a la vida del *nasciturus* y consecuentemente han de ser protegidos. Pero ellos no llegan al punto de derogar en forma general, aun cuando sólo sea por un tiempo determinado, el deber jurídico –basado en un derecho fundamental– de gestar y dar a luz al niño. La situación jurídica de la mujer –bajo la perspectiva de los derechos fundamentales– lleva, sin embargo, a admitir que en situaciones excepcionales pueda ser no sólo lícito, sino en algunos casos, incluso indicado, prescindir de la imposición de dicho deber jurídico.

bb) Tomar estos casos excepcionales y estructurarlos en forma de presupuestos normativos de excepción, es asunto que corresponde al legislador. Sin embargo, para no violar la prohibición de brindar una protección insuficiente, el legislador debe tener en cuenta que en el presente caso los bienes jurídicos –contrapuestos entre sí– no pueden alcanzar un balance adecuado; ello se debe a que en todos los casos –tratándose de la vida del que está por nacer–, lo que está en juego no es un mayor o menor derecho, la aceptación de desventajas o restricciones, sino todo, es decir, la vida misma. Un equilibrio que garantice la protección de la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada derecho a interrumpir el embarazo es imposible, pues la interrupción del embarazo implica siempre dar muerte al no nacido (cf. BVerfGE 39, 1 [43]). Dicho equilibrio tampoco puede alcanzarse –como se ha llegado a sostener– permitiendo que por un cierto tiempo del embarazo el derecho de la mujer a la personalidad prevalezca sobre el derecho del que está por nacer, y que sólo posteriormente el derecho a la vida del *nasciturus* tenga prioridad. En tal caso, el derecho a la vida del que está por nacer tendría vigencia únicamente cuando la madre no haya optado por darle muerte dentro de la primera fase del embarazo.

Lo anterior no significa que una situación de excepción, la cual permite desde el punto de vista constitucional suspender la obligación de gestar y dar a luz al niño, sólo pueda presentarse en casos de un peligro serio para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud. También cabe imaginar circunstancias de excepción en otros casos. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal, es el de la insostenibilidad (cf. BVerfGE 39, 1 [48 ss.]).

Haciendo a un lado el hecho de que la participación de la mujer en la interrupción del embarazo no debe ser considerado desde el punto de vista jurídico-penal como un “delito por omisión”, este criterio se justifica, debido a que la prohibición de la interrupción del embarazo, en vista del especial vínculo existente entre la madre y el hijo, no se

agota en el deber de la mujer de respetar la esfera jurídica del otro, sino que implica al mismo tiempo un deber intensivo (que incide en la mujer en forma existencial) de gestar y dar a luz al hijo, y que conlleva responsabilidades, deberes de actuación y de cuidado más allá del parto y durante varios años (cf. al respecto también M. von Renesse, ZRP 1991, p. 321 [322 y ss.]).

Ante la perspectiva de las cargas que se desprenden de esto, y tomando en cuenta las circunstancias psicológicas particulares en que puede encontrarse la que va a ser madre —especialmente durante la fase temprana del embarazo—, pueden presentarse casos de conflicto particularmente difíciles, en los cuales incluso se vea amenazada su vida; en estos casos, pueden imponerse intereses jurídicos de la mujer dignos de protección con tal urgencia, que al menos el orden jurídico estatal —sin considerar aquí concepciones de carácter moral o religioso sobre lo que debe hacerse o no, las cuales pueden tener un alcance mayor— no puede exigir a la mujer que en dicho caso deba dar prioridad al derecho a la vida del que está por nacer bajo cualquier circunstancia (vgl. BVerfGE 39, 1 [50]).

La inexigibilidad sin embargo no puede proceder de circunstancias que se encuentran dentro del marco de la situación normal de un embarazo. Más bien deben presentarse cargas que exijan un sacrificio de valores vitales en tal magnitud, que no se le pueda exigir a la mujer.

De lo anterior se deriva que, en relación con el deber de dar a luz al hijo, junto con la indicación médica tradicional, también la criminológica y la embriopática —en el entendido de que se debe detallar suficientemente sus alcances y su delimitación— pueden constituir situaciones de excepción aceptables desde el punto de vista constitucional; tratándose de otras situaciones excepcionales, lo anterior se aplicará únicamente cuando la regulación señale claramente los conflictos sociales o psíquico-personales (de gravedad), de modo que —a la vista del criterio de insostenibilidad— se garantice la congruencia normativa que existe respecto de las demás indicaciones.

cc) En esta medida, el criterio de la insostenibilidad en cierto modo limita la obligación de la mujer de dar a luz al hijo; sin embargo, ello no deroga la obligación de proteger que tiene el Estado respecto de todo ser humano que está por nacer. Dicha obligación ordena al Estado especialmente brindar asistencia a la mujer —mediante apoyo y asesoría— y, mediante ello, lograr que ella opte por tener al niño; de este mismo principio procede la reglamentación contemplada en el § 218a, párrafo 3 del StGB reformado.

dd) El Estado tiene la tarea de proteger de la muerte la vida humana; ello constituye una función elemental de protección estatal. De ahí que la prohibición de brindar una protección insuficiente prohíba a su vez prescindir libremente del empleo del derecho penal y del efecto protector derivado del mismo.

Al derecho penal le corresponde desde siempre y también dentro de las circunstancias actuales la función de proteger los fundamentos de una vida comunitaria ordenada, dentro de los que se encuentran el respeto y la inviolabilidad fundamental de la

vida humana. Por consiguiente, dar muerte a otro se encuentra enteramente bajo sanción penal.

Ciertamente, el derecho penal no constituye el principal medio de protección jurídica, atendiendo simplemente a que constituye la intervención más fuerte; por ello, su utilización está sujeta a los requisitos del principio de proporcionalidad (BVerfGE 6, 389 [433 s.]; 39, 1 [47]; 57,250 [270]; 73, 206 [253]). Sin embargo, debe emplearse el derecho penal como “ultima ratio” de esta protección cuando una determinada conducta –más allá de su prohibición– resulta especialmente dañina para la sociedad e insostenible para lograr la vida ordenada de los seres humanos en comunidad, y por tanto impedir dicha conducta resulta especialmente urgente.

De ahí que el derecho penal constituya por regla general el lugar para anclar legalmente la prohibición fundamental de interrumpir el embarazo, que implica a su vez el deber jurídico de la mujer de gestar al niño.

En tanto que en casos excepcionales puede prescindirse de la amenaza de una sanción para casos injustificados de interrupción del embarazo –debido a que existan otras medidas de protección que sean suficientes desde el punto de vista constitucional–, para ese grupo de casos puede bastar con que la prohibición se exprese claramente de otra forma en el ordenamiento legal secundario.

3. El Estado satisface su deber de protección respecto de la vida humana del que está por nacer no sólo rechazando injerencias para la vida del *nasciturus* provenientes de otros seres humanos, sino que debe también enfrentar aquellos peligros surgidos de las circunstancias vitales –tanto actuales como previsibles– de la mujer y de su familia que puedan oponerse a las disposiciones de la mujer de gestar y dar a luz al hijo. Con ello, el *deber* de protección [del Estado] se intersecta con la encomienda de protección contenida en el Art. 6, párrafos 1 y 4 de la Ley Fundamental (sobre el Art. 6, párrafo 1 cf. BVerfGE 76, 1 [44 s., 49 s.]; sobre el Art. 6, párrafo 4 cf. recientemente BVerfGE 84, 133 [155 s.]). El deber de protección obliga al poder estatal para atender y resolver problemas y dificultades que se le puedan presentar a la madre durante el embarazo y después de éste. El Art. 6 párrafo 4 de la Ley Fundamental contiene una encomienda de protección –la cual vincula a todo el ámbito del derecho público y privado– y que abarca también a la mujer embarazada. Corresponde con esta encomienda de protección considerar a la maternidad y el cuidado del hijo como una prestación que se encuentra en interés de la comunidad y que como tal exige ser reconocida.

a) El cuidado que se le debe a la madre por parte de la comunidad abarca la obligación del Estado de actuar a fin de que un embarazo no sea interrumpido a causa de una situación –actual o que amenace con presentarse después del nacimiento– de carencia material. Asimismo, deben eliminarse en la medida de lo posible las desventajas para la mujer que el embarazo pudiera traer consigo, en relación con su formación profesional o su trabajo. Al hacerse cargo de la obligación de protección respecto de la vida del que está por nacer, corresponde al Estado la tarea de atender aquellas circunstancias capaces de dificultar la situación de la mujer embarazada –de la madre– y,

dentro de su ámbito de responsabilidad y tomando en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, esforzarse por solucionar o al menos aliviar dichas cargas.

b) La protección de la vida del que está por nacer, el mandato de protección del matrimonio y la familia (artículo 6 de la Ley Fundamental) y la igualdad del hombre y la mujer en la participación en la vida laboral (cf. Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental así como Arts. 3, 7 del Pacto Internacional Sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del 19 de diciembre de 1966) obligan al Estado –y de manera especial, al legislador– a crear los fundamentos para que la actividad familiar y la actividad productiva puedan ser compatibles una con otra, y para que el hacerse cargo de la función familiar de educar a los hijos no conlleve desventajas de carácter profesional. Dentro de éstas se encuentran también las medidas legales y materiales que posibiliten a ambos padres asumir a un tiempo la actividad educativa y su actividad laboral, así como el retorno a la actividad profesional y el progreso profesional aun después del tiempo dedicado a la educación de los hijos [...]

d) Finalmente, el mandato de protección obliga también al Estado a conservar y fomentar en la conciencia general el derecho del *nasciturus* a que su vida se proteja jurídicamente. Los órganos estatales –tanto de la federación como de los estados– deben, por consiguiente, asumir decididamente la protección de la vida. Esto repercute también en los planes de enseñanza de las escuelas. Las instituciones públicas que ofrecen instrucción en asuntos de salud, asesoría familiar o instrucción sexual tienen obligación de fortalecer en general la voluntad de proteger la vida del que está por nacer; lo anterior tiene especial validez tratándose de la instrucción prevista en el Art. 1 § 1 SFHG. Tanto las radiodifusoras públicas como privadas (sobre las radiodifusoras de carácter privado cf. Art. 1 § 23 párrafo 1, frases 1 y 2 del Tratado Estatal sobre la Radiodifusión en la Alemania Unida, del 31 de agosto de 1991) están obligadas a respetar la dignidad humana en el ejercicio de su libertad de radiodifusión (Art. 5 párrafo 1 de la Ley Fundamental); su programación tiene, por tanto, una función de protección de la vida del que está por nacer.

4. De acuerdo con lo expuesto en los numerales 2 y 3, el Estado debe, para satisfacer el deber de protección de la vida del que está por nacer, tomar las medidas suficientes de carácter normativo y material, que lleven a lograr –tomando en consideración los bienes jurídicos que se le contraponen– una protección adecuada y, como tal, efectiva. Para esto se requiere desarrollar con más detalle un concepto de protección que combine elementos de protección tanto preventivos como represivos. La instauración y regulación normativa de un concepto de protección de esta clase corresponde al legislador. De conformidad con las exigencias constitucionales, el legislador no puede –más allá de los casos de excepción que no ofrezcan objeción desde el punto de vista constitucional– declarar lícita –es decir, como permitida– la interrupción del embarazo. Sin embargo el legislador puede decidir, de acuerdo con parámetros adicionales que aún deben ser detallados, cómo hacer efectiva la prohibición fundamental de la interrupción del embarazo en los diferentes ámbitos del orden jurídico. En conjunto, el

concepto de protección debe ser configurado de modo tal que sea realmente adecuado para desarrollar la protección ordenada constitucionalmente, y no que se convierta jurídicamente en una liberalización de la interrupción del embarazo –limitada temporalmente– o surta los efectos de una despenalización.

El legislador debe basar la elección y configuración de su concepto de protección en una valoración constitucional sólida, con la que garantice la protección eficaz de la vida del que está por nacer, tal como lo exige la prohibición de brindar una protección insuficiente. En la medida en que el legislador apoye sus decisiones en pronósticos sobre el desarrollo efectivo de su reglamentación, especialmente sobre los efectos de la misma, dichos pronósticos deberán ser confiables. El Tribunal Constitucional Federal examina si tales pronósticos cumplen con los criterios que se exponen a continuación.

a) El legislador cuenta con un espacio de evaluación, valoración y configuración, también cuando él –como en el presente caso– se encuentra obligado por mandato constitucional a adoptar medidas efectivas y suficientes para la protección de un bien jurídico determinado. La extensión de esta esfera de acción depende de factores diversos, en especial: de las características del asunto que se encuentra a discusión; de las posibilidades de formarse un juicio suficientemente seguro, especialmente sobre el desarrollo futuro y los efectos de una norma; y de la importancia de los bienes jurídicos que se encuentran en juego (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 76, 1 [51 s.]; 77, 170 [214 s.]). En el presente caso no hace falta discutir si para el examen jurídico-constitucional pueden derivarse tres criterios de control diferenciados entre sí (cf. BVerfGE 50, 290 [333]); el examen constitucional se extiende en todo caso a determinar si el legislador tuvo en cuenta suficientemente los citados factores y si él ha empleado su margen de valoración en forma justificada. Las explicaciones contenidas en la resolución de la Sala de fecha 29 de octubre de 1987 (cf. BVerfGE 77, 170 [214 s.]) al resolver sobre la admisibilidad de un recurso de amparo en contra de una omisión estatal, no deben ser entendidas en el sentido de que baste para que sean consideradas como suficientes –para el cumplimiento del deber del Estado respecto de la vida humana– aquellas medidas que “no sean *completamente* inadecuadas” o “plenamente insuficientes”.

II.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, al legislador en principio no le está prohibido constitucionalmente para la protección de la vida del que está por nacer, desplazarse hacia un concepto de protección que en la fase temprana del embarazo, en casos de conflictos, ponga el acento en la asesoría de la mujer embarazada, a fin de convencerla para que continúe con la gestación del niño hasta el alumbramiento, y que para ello –con miras a la apertura necesaria y al efecto del asesoramiento– prescinda de la sanción penal determinada mediante indicaciones, así como a la determinación por parte de terceros de los elementos de hecho por los que se configuran dichas indicaciones [...]

3. Por tanto constituye una valoración del legislador inobjetable desde el punto de vista constitucional cuando, a fin de cumplir con sus funciones de protección, se

aboca a un concepto de protección que tiene como punto de partida la consideración de que, al menos en la fase temprana del embarazo, una efectiva protección de la vida del que está por nacer puede darse únicamente con la madre pero no en contra de ella. En esta etapa del embarazo sólo ella –y aquellas personas a quienes ella ha querido confiarles esa situación– tiene conocimiento de la nueva vida que está desarrollándose en su seno, la cual depende de manera absoluta de la madre. Esta situación de ocultamiento, de indefensión y dependencia del *nasciturus*, el cual se encuentra vinculado en forma singularísima a la madre, permite considerar válidamente que el Estado tendrá una mejor posibilidad de proteger esta vida cuando actúa juntamente con la madre [...]

5. Si el legislador le otorga a aquellas mujeres que se someten a la asesoría la responsabilidad última sobre la interrupción del embarazo, y les posibilita eventualmente acudir a un médico para realizar la interrupción, entonces parece que válidamente podrá esperar que la embarazada en caso de conflicto, aceptará la asesoría y expondrá su situación [...]

III.

Si el legislador, en cumplimiento de su deber de protección, decide migrar hacia un esquema de asesoramiento, ello significa que el efecto protector –de carácter preventivo– para la vida del *nasciturus* debe ser alcanzado decididamente mediante la influencia que se ejerce a través de la asesoría sobre la mujer que está considerando interrumpir su embarazo. El modelo de asesoramiento está encaminado a fortalecer el sentido de responsabilidad de la madre; ella –sin perjuicio de la influencia y las responsabilidades del entorno familiar y social, así como del médico (*vid. infra*. V y VI)– es en definitiva quien determina la interrupción del embarazo y por consiguiente ha de responder del mismo (responsabilidad última). Lo anterior exige crear condiciones marco que generen las condiciones favorables para que la mujer actúe a favor de la vida del que está por nacer.

Sólo así puede prescindirse de la configuración de los elementos de hecho de las indicaciones como condición para la interrupción del embarazo: cuando el sistema de asesoramiento genere verdaderamente un efecto protector para la vida del *nasciturus* (1). A falta de una indicación, el aborto en ningún caso puede considerarse “justificado” (o “no antijurídico”); tampoco cuando éste se realiza por un médico dentro de las primeras doce semanas del embarazo a solicitud de la mujer (2). Por lo demás, no es asunto del legislador extraer de la prohibición fundamental de interrumpir el embarazo consecuencias graves en todo respecto, cuando el concepto de asesoría exige determinadas excepciones, para lograr su efectividad (3).

1. a) A las condiciones marco necesarias del modelo de asesoramiento pertenecen, en primer lugar, que la asesoría se convierta en una obligación para la mujer, y que la asesoría persiga animar a la madre a gestar y dar a luz a su hijo. De ahí que la asesoría deba ser adecuada en cuanto a su contenido, desarrollo y organización para transmitirle a la mujer los conocimientos e informaciones que ella requiere para tomar una deci-

sión responsable sobre la continuación o interrupción del embarazo (véase al respecto en detalle en el num. IV).

b) Además de ello, deben ser involucradas en la asesoría a aquellas personas que puedan influir positiva o negativamente en la voluntad de la mujer en caso de conflicto durante el embarazo. Esto es válido especialmente, para el médico [...]. Dentro del concepto de asesoría se encuentran también las personas que conforman el entorno familiar y social de la mujer embarazada [...].

c) Por los motivos señalados en D II a) y b), la reglamentación de la asesoría debe prescindir de una excusa absolutoria fundada en un estado general de necesidad. Lo contrario estaría en oposición con el concepto de asesoramiento. La regulación de la asesoría pretende lograr una protección efectiva; en esta medida, para garantizarle a la mujer su posibilidad de actuar con franqueza frente a la asesoría, no se le exige demostrar la existencia de circunstancias de excepción justificatorias que tuviera que someterse a su confirmación.

2. Con el modelo de asesoramiento, el legislador asoció también la exclusión de la sanción penal para el caso de la interrupción del embarazo practicada después de acudir a la asesoría –sin que se haya configurado alguna de las indicaciones– realizada por un médico a petición de la mujer dentro de las primeras doce semanas. Lo anterior sólo puede ser alcanzado si el legislador excluye estos casos de interrupción del embarazo de la tipificación contemplada por el § 218 StGB; sin embargo, dichas interrupciones en ningún caso pueden ser consideradas como justificadas o no antijurídicas.

a) De acuerdo con la Constitución, la interrupción del embarazo sólo puede permitirse en ciertos y determinados casos excepcionales; por tanto, resulta inadmisibles que el derecho penal simultáneamente la considere permitida bajo otras circunstancias adicionales. El orden jurídico debe reafirmar y evidenciar que la interrupción del embarazo se encuentra prohibida constitucionalmente. El derecho penal sirve de manera especial a este cometido, pues protege bienes jurídicos de rango especial que se encuentran en una particular situación de peligro, y constituye el ordenamiento jurídico que con mayor claridad imprime en la población una conciencia general de lo permitido y lo prohibido, de lo justo y de lo injusto. Por tanto, cuando el derecho penal prevé una causal de justificación para la realización de una determinada conducta, la conciencia jurídica de la población entiende que la conducta descrita en el motivo de justificación se encuentra permitida. También el resto del orden jurídico, al momento de regular otros aspectos de dicha conducta –especialmente en relación con la juridicidad o antijuridicidad de la misma– partiría de la convicción de que la protección de la vida del *nasciturus* se encuentra derogada, atendiendo a la presencia de las causales de justificación jurídico-penales. Lo anterior dejaría incumplido el mandato jurídico-constitucional de proteger la vida del *nasciturus*. El poder de penetración que puede tener una causal de justificación jurídico-penal para el orden jurídico en su totalidad, al menos cuando se refiere a la protección de bienes jurídicos elementales, se refleja forzosamente hacia otras áreas del derecho, por lo que sus efectos no pueden limitarse exclusivamente al

ámbito del derecho penal. Por tanto, una interrupción del embarazo puede ser considerada como “justificada” desde el punto de vista jurídico-penal, únicamente, cuando (y en la medida que) los motivos de justificación se limitan a los casos de excepción autorizados constitucionalmente; los elementos por los que se configura tal excepción deben además estar claramente delimitados.

Si por el contrario, el legislador excluye del tipo penal ciertos casos de interrupción del embarazo bajo determinados presupuestos, ello significará simplemente que tales casos no se encuentran bajo la amenaza de una pena. Una decisión del legislador sobre si la interrupción del embarazo en otras esferas del ordenamiento jurídico debe ser considerada y tratada como legal o ilegal, queda por tanto abierta (véase Lencker en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., 1991, notas a los §§ 13 y ss., nota al margen 18; Eser/Burkhardt, *Strafrecht I*, 4ª ed., 1992, num. 9, nota 41). En otros ámbitos del ordenamiento legal podrían darse, entonces, reglas autónomas, que consideraran la interrupción del embarazo como ilegal. Si esto efectivamente no ocurre, entonces la no tipificación penal actuará como una causal de justificación, lo que se dejaría de cumplir con las exigencias mínimas del deber de protección.

Mientras que la no tipificación deja abierta así la posibilidad de considerar esas exigencias mínimas en otras esferas del ordenamiento legal, la inclusión de una causal de justificación en el Código Penal implica renunciar de antemano a la prohibición básica—ordenada por la Constitución—de la interrupción del embarazo. En esta medida el espacio de configuración del legislador se encuentra atado a límites.

b) Para que a una excepción se le pueda dar un efecto justificante, resulta indispensable que la existencia de los presupuestos (por los que se integra dicha excepción) sea constatada por un tribunal o por un tercero—en quien el Estado puede confiar en atención a los deberes de su cargo o por haberles delegado ciertas obligaciones, y cuya actividad se encuentra de algún modo sujeta a la revisión estatal. Lo anterior corresponde a principios irrenunciables del Estado de Derecho. Si el modelo de “asesoramiento”—adoptado por el legislador como modelo de protección, especialmente para los casos de un “estado general de necesidad” (invocado habitualmente)—prescinde de la regulación de esta “indicación” por parte de un tercero, argumentando que ello obstaculizaría la efectividad de la asesoría, entonces el legislador deberá abstenerse de declarar justificada la interrupción del embarazo en dichos casos [...]

3. La exclusión de la interrupción del embarazo de la tipificación penal deja espacio—como se expuso—para que la prohibición fundamental de la interrupción del embarazo, que no sea determinada por las excepciones de justificación, se haga valer en las restantes esferas del orden jurídico. En este caso, las particularidades del concepto de asesoría exigen, aun para el caso de una posterior interrupción del embarazo, el establecimiento de condiciones que no contravengan por anticipado la disposición de la mujer para someterse a la consejería—establecida para la protección de la vida del *nasciturus*—, para discutir públicamente sus conflictos y para cooperar responsablemente a la solución de los mismos. Por consiguiente, la situación legal se debe configurar en

su totalidad de modo tal que no implique para la mujer no tomar seriamente la asesoría y desviarse hacia la ilegalidad. Más allá de la exclusión de la interrupción del embarazo de sanción penal, se debe asegurar que frente a la actuación de la mujer y del médico, no se pueda dar la ayuda de terceros a favor del que está por nacer. La mujer debe estar también en situación [en los casos en que no sea punible] de llevar a cabo la interrupción a través de un médico en el marco de un contrato de derecho privado (al respecto *vid. infra*. num. V.6). Para establecer esta clase de condiciones debe ser posible que en otras ramas del derecho, la interrupción del embarazo –llevada a cabo luego de la consejería– a pesar de que nunca se encuentra justificada, no sea tratada como ilegal (...).

IV.

El deber de proteger la vida del bebé que está por nacer le impone también al legislador –si decide optar por el concepto de consejería– restricciones para la reglamentación normativa del proceso de asesoramiento (*vid. Supra*. núm. III.1.a). Dicho proceso tiene una importancia central para la protección de la vida del *nasciturus*, debido a que en la regulación de la protección a la vida del *nasciturus*, el acento se desplaza hacia una protección preventiva a través de la consejería. Por tanto, al determinar el contenido de la consejería (1), al regular su desarrollo (2) y la organización de la consejería, incluyendo la selección de las personas que participan en ella (3), el legislador debe respetar en todo momento el mandato constitucional de brindar una protección suficiente (*Untermaßverbot*); debe pues adoptar medidas efectivas y suficientes para que la mujer que considera interrumpir su embarazo, pueda optar por traer al mundo al niño. Sólo así resulta defendible la apreciación del legislador de que a través del modelo de asesoramiento se logrará proteger efectivamente la vida del *nasciturus* [...]

V.

El concepto de protección de una reglamentación de la consejería incluye también al médico, el cual está obligado a brindar ayuda y consejo a la mujer (ahora desde la perspectiva médica). El médico no puede sin más llevar a cabo la interrupción del embarazo solicitada, sino que debe responder por su actuación médica. El médico se encuentra obligado a proteger la vida y la salud, y por consiguiente no le está permitido participar a ciegas en la práctica de un aborto.

El deber de protección estatal exige aquí que la necesaria participación del médico en interés de la mujer implique al mismo tiempo la protección de la vida del que está por nacer [...]

6. El deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* no ordena que los contratos hospitalarios y médicos para la interrupción del embarazo –que, con posterioridad al asesoramiento, no se encuentran sancionados penalmente– deban ser considerados forzosamente como ineficaces desde el punto de vista jurídico. Más bien, el modelo de asesoramiento exige que los servicios prestados por el médico a la mujer se configuren como una relación jurídica, es decir, que exista un fundamento jurídico de las prestaciones otorgadas. Por tanto, sin perjuicio de la valoración en detalle de las consecuencias

jurídicas del contrato, no resultan aplicables los §§ 134 y 138 del Código Civil.¹⁵ Únicamente con fundamento en un contrato efectivo pueden el médico y los encargados del hospital colaborar en la interrupción del embarazo; tal contrato asegura sus derechos (especialmente el derecho al pago) pero, ante todo, regula sus obligaciones. Ante todo, el médico debe garantizar la protección de la vida del que está por nacer y la salud de la mujer, lo cual debe asegurarse contractualmente. El cumplimiento deficiente de los deberes de asesoramiento y tratamiento médico debe, por consiguiente, poder desencadenar en principio, las respectivas sanciones jurídicas contractuales y delictuales.

Esto requiere, sin embargo, desde la perspectiva constitucional, una consideración diferenciadora. Una sanción de carácter civil resulta necesaria para los casos de cumplimiento defectuoso del contrato y para la reparación del daño causado a la integridad corporal de la mujer; ello implica no sólo la obligación de reintegrar lo pagado, sino también la compensación por los daños causados, incluyendo –en el marco de los §§ 823¹⁶ y 847¹⁷ del Código Civil– una indemnización monetaria por los daños inmateriales relacionados con la malograda interrupción del embarazo o con el nacimiento de un niño discapacitado. Por otro lado, cualificar jurídicamente la existencia de un niño como fuente de perjuicios es contrario a la Constitución y por tanto inadmisibles (Art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental). Todos los poderes públicos tienen obligación de respetar a cada ser humano por el mero hecho de existir (*vid. supra*. I.1.a); por tanto, se prohíbe considerar como un perjuicio la obligación de suministrar alimentos y cuidados a un niño. La jurisprudencia de los tribunales civiles sobre la responsabilidad por errores en la consejería médica o por abortos fallidos (sobre aborto véase BGHZ 86, 240 y ss.; 89, 95 y ss.; 95, 199 y ss.; BGH NJW 1985, p. 671; VersR 1985, pp. 1068 y ss.; VersR 1986, pp. 869 y ss.; VersR 1988, pp. 155 y ss.; NJW 1992 pp. 155 y ss.; sobre esterilización véase BGHZ 76, 249 y ss.; 76, 259 y ss.; BGH NJW 1984, pp. 2625 y ss.) exige por tanto ser revisada. Lo anterior deja intacto el deber del médico de indemnizar al niño por los perjuicios que se le hubieren causado con un aborto fallido realizado sin pericia (véase BGHZ 58, 48 [49 y ss.]; BGH NJW 1989, p. 1538 [1539]).

E.

Si se examinan las reglas adoptadas en la SFHG con base en esos criterios, debe concluirse que –si bien desde el punto de vista constitucional no está prohibido al legislador migrar hacia un modelo de asesoría para las primeras doce semanas de embarazo– dicha ley incumple con la obligación de proteger efectivamente la vida del que está por

¹⁵ El § 134 BGB dispone que “Un negocio jurídico realizado en contravención de una prohibición legal es nulo, a menos que de la ley se desprenda un resultado distinto”. Por su parte, el párrafo § 138 (párrafo 1) señala que: “Un negocio jurídico realizado en contravención de las buenas costumbres es nulo”. [N. del t.]

¹⁶ El § 823 BGB establece que “quien de manera dolosa o culposa lesiona en forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o algún otro derecho de otro, está obligado a reparar a esa persona el daño resultante”. [N. del t.]

¹⁷ Actualmente derogado. [N. del t.]

nacer, en la medida ordenada por el Art. 1, párrafo 1 en relación con el Art. 2, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental [...]

El deber de protección de la vida consagrado en la Constitución, prohíbe interpretar el § 24 b SGB V en el sentido de que las prestaciones de seguridad social puedan ser conferidas de la misma manera tanto en casos en que la legalidad de la interrupción del embarazo no puede ser determinada, como si se tratara de interrupciones del embarazo no violatorias de la ley. El Estado de Derecho nunca puede financiar el acto de dar muerte a un individuo, a menos que tal acto sea legítimo y el Estado haya comprobado con plena certeza –cumpliendo con las garantías de un Estado de Derecho– la legitimidad de dicha conducta [...]

Si en el caso de las interrupciones llevadas a cabo bajo las condiciones de la reglamentación de la consejería durante la fase temprana del embarazo, no se puede establecer si debido a la existencia de un estado de necesidad genérico se pueden considerar como permitidas, entonces el Estado de Derecho, como principio, no podrá participar en ellas, tampoco financiándolas ni obligando a terceros (como la comunidad solidaria, con base en las leyes de seguridad social). Mediante una participación tal, el Estado asumiría la responsabilidad por actividades cuya licitud, por razones jurídico-constitucionales, no puede dar por sentada y que, por otro lado –dentro del marco de su concepto de protección– está impedido para determinar tal licitud [...]

También el principio del Estado social (Art. 20 párrafo 1 de la Ley Fundamental) prohíbe al Estado tratar los abortos no sujetos a sanción penal –en el marco de la regulación de la consejería– como “permitidos”, argumentando que en el caso concreto no se lleva a cabo estudio alguno para determinar su ilicitud. El Estado social sólo puede realizarse en la práctica sobre la base de la Ley Fundamental y con los medios del Estado de derecho. Si el Estado asumiera de manera general –es decir, sin llevar a cabo una diferenciación tomando en consideración los principios del estado social–, de manera directa o indirecta una responsabilidad (común) para procedimientos de cuya licitud no puede cerciorarse, ello afectaría al principio del Estado de derecho, no sólo de manera tangencial, sino que implicaría una lesión al núcleo mismo del Estado de Derecho [...]

Es asunto del legislador reglamentar por cuáles vías y bajo qué condiciones, en los casos en que el concepto de protección de la reglamentación de la consejería así lo exige, el Estado pudiera llegar a asumir los costos en caso de necesidad de la mujer. Resultaría natural que la actual regulación contemplada en el § 37a BSHG se adecuara a los parámetros jurídico-constitucionales y a las consecuencias de dichos parámetros para la reglamentación de la consejería. Con la concesión de tal prestación, el Estado no se coloca en contradicción con las exigencias de su deber de protección, pues evita de entrada que las mujeres opten por la vía de la ilegalidad, la cual no sólo pudiera conllevar perjuicios para su salud, sino que al mismo tiempo privaría al bebé que está por nacer de la oportunidad de salvarse a través de la consejería médica [...]

En referencia al derecho a conservar el salario –considerando su carácter jurídico-laboral, así como los principios expuestos anteriormente (D.III.3), a los que debe sujetarse el concepto de protección–, no se concluye que deba forzosamente privarse de su salario a la mujer [cuando se somete a la interrupción], si la interrupción del embarazo se encuentra excluida de la tipificación penal del § 218 StGB n. F.

24. Sentencia BVerfGE 16, 194 [Extracción de fluidos]

Para el caso de la orden de un examen de líquido cefalorraquídeo, de conformidad con el § 81 a StPO, el derecho a la integridad corporal exige que la respectiva intervención se encuentre en relación adecuada con la gravedad de los hechos.

Resolución de la Primera Sala, del 10 de junio, 1963 –1 BvR 790/58–

[...] en el proceso principal el juez de conocimiento ordenó un examen médico al demandado para establecer su capacidad para ser imputable. El médico forense determinó la existencia de una enfermedad del sistema nervioso central; para mayor claridad consideró necesaria la realización de un análisis de sangre y un examen de líquido cefalorraquídeo (fluidos del cerebro y médula espinal), para lo cual se requería la introducción en el conducto vertebral de una larga aguja, ya sea por la vértebra lumbar (punción lumbar), o en la nuca entre la primera vértebra de la base del cráneo y la vértebra cervical (punción cervical). Como el recurrente se rehusó a la realización de ese examen, el tribunal de conocimiento ordenó mediante auto del 11 de septiembre de 1958, con fundamento en el § 81 StPO, su realización en una Clínica Neurológica en la Universidad de Múnich.

La extracción de líquido cefalorraquídeo con una larga aguja constituye una intervención operativa considerable y representa una injerencia en la integridad corporal en el sentido del Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Si bien tal intervención –cuando se realiza de acuerdo con las reglas del arte médico– normalmente puede no revestir ningún peligro, sí puede generar molestias en el estado de salud, tales como dolores y náuseas; según los especialistas, en el caso de la punción lumbar tales molestias se presentan incluso en 10% de los casos. En ciertos casos, la extracción de líquido cefalorraquídeo puede causar además graves complicaciones [...]

Por consiguiente, para el caso de la decisión sobre la extracción de líquido cefalorraquídeo –como en todas las intervenciones estatales en la esfera de la libertad de un particular– el juez debe también respetar el principio de proporcionalidad entre los medios y la finalidad. Aun cuando el interés público por aclarar los delitos –que encuentra sus raíces en el principio de legalidad (§ 152, párrafo 2 StPO) y es de especial importancia para el Estado de Derecho– en general justifica la realización de intervenciones

en la libertad de los inculpados, sin embargo, entre más fuerte sea la injerencia en la esfera de la libertad del particular, menor será la importancia de este interés general. Para la evaluación de la proporcionalidad entre la finalidad y las medidas, se debe tener en cuenta también, la importancia de los delitos que se pretende esclarecer. Esto es válido especialmente para las medidas de peso, admisibles con base en los §§81 y 81 a StPO, que sirven para establecer la imputabilidad del inculpado; aquí se exige una aplicación de la ley que tenga en cuenta el sentido del derecho fundamental, que la intervención proyectada se encuentre en adecuada relación con la gravedad de los hechos, para que las consecuencias que se derivan de la aclaración de los hechos no sean más gravosas para el inculpado que la misma pena. Por tanto, en cada caso particular el juez, se encuentra obligado constitucionalmente a analizar a la luz de la prohibición de exceso en la reglamentación (*Uübermaßverbot*), las medidas que pretenda tomar, incluso cuando dichas medidas sean admisibles desde el punto de vista legal [...]

En el caso que aquí se examina se trata de un asunto de poca importancia, por el que sólo cabe considerar la imposición de una pena leve o incluso se pudiera llegar a considerar un desechamiento del procedimiento por considerársele de poca relevancia. En cambio, la toma de líquido cefalorraquídeo –en cualquiera de sus dos modalidades– constituye una intervención corporal considerable; no se justifica someter al inculpado en contra de su voluntad a una intervención tal, por un asunto sin relevancia.

25. Sentencia BVerfGE 52, 214 [Protección frente a diligencia de ejecución]

Sobre la influencia de los derechos fundamentales (aquí: Art. 2 de la Ley Fundamental) en el proceso ejecutivo consagrado en el §765 a ZPO.

Resolución de la Primera Sala, del 3 de octubre, 1979

El recurrente se dirige en contra del proceso ejecutivo de lanzamiento de la vivienda, que tiene en arrendamiento... En repetidas ocasiones –desde 1975– ha sido internado en el hospital para ser atendido, entre otras por el tribunal de origen luego de tres intentos serios de suicidio. El estado de depresión no ha disminuido a pesar de estar permanentemente bajo tratamiento. En caso de perder la vivienda, especialmente por medio de un lanzamiento, es posible que el recurrente presente fuertes reacciones psicológicas y se ponga en peligro inminente su vida [...]

El recurso de amparo se admite y se considera fundado. La decisión adoptada por el tribunal de origen viola los derechos fundamentales del recurrente, consagrados en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 y Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado de Derecho.

1. Corresponde a los tribunales especializados determinar si se han cumplido los presupuestos de una inhabilitación o suspensión durante un largo plazo del procedi-

miento de ejecución con base en el §765a ZPO, y ello constituye, a su vez, una cuestión de derecho ordinario. Sin embargo, los tribunales especializados deben tomar en cuenta el derecho constitucional así como los efectos irradiatorios de los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional Federal podrá examinar si los tribunales especializados tomaron suficientemente en cuenta tales elementos.

La garantía constitucional de los derechos fundamentales y los principios constitucionales derivados del principio del Estado de Derecho deben ser tomados en cuenta, también, en el derecho procesal correspondiente, y de manera particular, en el marco del proceso ejecutivo (véase BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225 y ss.]); lo anterior tiene especial validez tratándose del principio constitucional de proporcionalidad (véase al respecto BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]; 42, 263 [295]) [...]

Puede suceder que, al hacer una ponderación de los intereses en conflicto, los intereses del deudor –contrapuestos a los intereses del acreedor a cuya protección se encamina el procedimiento de ejecución– se refieran directamente a la conservación de la vida y la salud mismas del deudor, y que –en el caso concreto– tales intereses claramente tengan mayor peso que los intereses del acreedor (a cuya garantía deben servir las medidas estatales de carácter ejecutivo); así, de llevarse a cabo la correspondiente intervención del Estado se produciría una violación del principio de proporcionalidad y del derecho fundamental del deudor consagrados en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 44, 353 [373]; BVerfGE 51, 324).

Los tribunales de ejecución, en la estructuración del proceso, deben adoptar, en primer lugar, las disposiciones que se requieran para que, de este modo, se excluya en el mayor grado posible cualquier tipo de violación constitucional que se derive de las medidas ejecutivas. Esto puede implicar que las pruebas aportadas por el deudor sobre los motivos que amenazan con ocasionar graves perjuicios a sus derechos fundamentales sean analizadas cuidadosamente. A este respecto, debe considerarse que el mero hecho de poner en peligro los derechos fundamentales –cuando la intervención estatal pueda implicar una injerencia seria en tales derechos– puede ser equiparado en casos especiales a una violación a los derechos fundamentales (véase BVerfGE 49, 89 [141 y ss.]; BVerfGE 51, 324). Corresponde a los órganos estatales acotar, en la medida de sus posibilidades, cualquier peligro de una violación a los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el proceso de los tribunales de ejecución debe llevarse a cabo de tal manera que permita satisfacer ese deber de protección constitucional.

2. En el presente caso, tanto el tribunal de primera instancia, como el tribunal estatal, en la estructuración del proceso, no han cumplido en la forma requerida el principio de proporcionalidad que se deriva del principio del Estado de Derecho y del mandato constitucional de proteger la vida y la integridad corporal, que se encuentran contenidos en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental.

26. Sentencia BVerfGE 53, 30 [Estación nuclear Mülheim-Kärlich]

1. *Si las resoluciones de última instancia dictadas en un recurso de queja ordenan la ejecución inmediata de una autorización de construcción de una planta nuclear (con base en el derecho atómico) y tales resoluciones son impugnadas mediante un recurso de amparo por violaciones al derecho fundamental previsto en el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el tribunal no puede negar la existencia de una injerencia actual y directa para el particular (portador de derechos fundamentales), argumentando que la vida y la salud del particular corren peligro únicamente a causa del funcionamiento de la central de energía nuclear, mas no a causa de las obras de construcción (necesarias para la operación de la planta).*
3. *La utilización con fines pacíficos de la energía nuclear es compatible con la Ley Fundamental. La decisión fundamental a favor o en contra de ese uso es competencia del legislador.*
4. *El Estado, mediante la expedición de disposiciones de carácter material y procedimental para la autorización de centrales de energía nuclear, ha cumplido con el deber—derivado del Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental—de establecer medidas de protección para prevenir los peligros que pudiera implicar el uso de energía atómica con fines pacíficos.*
5. *Acerca de la valoración constitucional de las disposiciones materiales y constitucionales mediante las cuales se autoriza el establecimiento de centrales de energía nuclear y de las modificaciones esenciales de tales establecimientos.*
6. *La violación de los derechos fundamentales viene también a colación cuando las autoridades reguladoras no tienen en cuenta las respectivas disposiciones procesales sobre el derecho atómico que el Estado ha expedido en cumplimiento del deber que se sigue del Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 20 de diciembre, 1979**–1 BvR 385/77–**

El recurso de amparo se refiere a una parte del proceso de autorización para construir la central nuclear Mülheim-Kärlich en el Neuwieder Becken, en la vecindad del domicilio de la recurrente. El recurso se dirige contra la orden de ejecución inmediata de la séptima resolución de autorización, confirmada por el Tribunal Superior Administrativo, que había expedido el Ministerio estatal competente en el marco de la primera autorización parcial y que hace referencia a la construcción de las respectivas centrales.

B.

El recurso de amparo es procedente.

En contra de las opiniones vertidas por del Ministerio Federal del Interior, las autoridades reguladoras y la empresa RWE AG, la recurrente sí resulta afectada en forma actual y directa [por la construcción]. Particularmente ha de rechazarse la opinión de que un recurso de amparo promovido durante la fase de construcción de una central nuclear deba ser tratado en principio como improcedente, argumentando que el peligro –actual y directo– para la vida y la salud de la recurrente sólo se presentaría al entrar en funcionamiento la central nuclear, pero no por los trabajos de construcción previos.

Una violación al derecho a la vida y la integridad corporal –protegido mediante el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental– [...] no se afecta únicamente [...] mediante una injerencia fáctica de los bienes jurídicos protegidos; más bien, este derecho implica que las violaciones de hecho deben evitarse; por tanto, puede ser invocado cuando, para la construcción de una central nuclear, se han descuidado medidas preventivas necesarias para evitar posteriores peligros en el funcionamiento. Esto se observa en el presente caso: aquí se ha invocado que la protección contra los efectos externos –tales como la caída de un avión o las ondas de presión ocasionadas por una explosión– requieren de una reglamentación específica de los edificios. Aquí, para la admisibilidad del recurso de amparo no pueden ponerse en duda, por consiguiente, las necesarias implicaciones, actuales y directas, porque lo que está en juego en la revisión es si las exigencias constitucionales que se derivan del derecho fundamental, consagrado en el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental, en especial, para la expedición de las autorizaciones de las construcciones, con base en el derecho atómico, así como el mandato de una protección efectiva en caso de decidir la ejecución inmediata de esas autorizaciones, han sido tomadas suficientemente en cuenta. Por tanto, en relación con la admisibilidad del recurso de amparo no se requiere examinar adicionalmente si, por lo demás, existe temor de un perjuicio para los derechos fundamentales por la amenaza de una posterior violación (véase al respecto BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]) [...]

C.

Con base en lo dicho, el recurso de amparo es procedente; sin embargo, no se encuentra fundado.

Algunos sostienen que debe realizarse un examen para determinar si la explotación económica de la fisión nuclear –atendiendo a la posible cantidad de peligros y, esencialmente, a ciertas dificultades que hasta ahora no se han podido salvar satisfactoriamente– sería en la actualidad, en general, violatoria de la Constitución. Las consideraciones anteriores se fundamentan, en última instancia, en la duda de si el Estado puede asumir la responsabilidad de una técnica que no permite error alguno sin que se generen riesgos extraordinarios (aun para las futuras generaciones), y si esta técnica puede ser empleada aun en contra de la voluntad de los potenciales afectados, especialmente cuando no se hayan agotado todas las demás fuentes de energía posibles.

No compete al Tribunal Constitucional Federal responder esta pregunta. El Tribunal debe tomar como punto de partida que la Constitución misma ha considerado que

“el uso de la energía nuclear con fines pacíficos” es admisible en principio, con base en las disposiciones sobre competencia del Art. 74, párrafo 11 de la Ley Fundamental. Ciertamente, esa disposición fue adoptada en la Constitución en 1959, esto es, en una época en la que la problemática de una utilización pacífica de la energía atómica se había discutido poco; en las discusiones se consideraba en general positivo el uso pacífico de la energía atómica, en oposición a la –particularmente controvertida– utilización con fines militares. Sin embargo, de las disposiciones sobre competencia se desprende un reconocimiento y aprobación fundamental del uso pacífico de la energía atómica por parte de la Constitución misma, por lo que su constitucionalidad no puede ser cuestionada con base en otras disposiciones constitucionales. Más bien, merced a esa distribución de competencias –como ya lo ha expuesto la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal en la sentencia Kalkar, en otro contexto (BVerfGE 49, 89 [127 y ss.])– para la decisión fundamental en contra o a favor del empleo con fines pacíficos de la energía nuclear es competente únicamente el legislador; aun en una situación, que necesariamente resulta incierta, recae en la responsabilidad política del legislador y del gobierno, en el marco de sus respectivas competencias, tomar la decisión que a su juicio sea más conveniente. En esta medida es evidente que en la jurisprudencia y la doctrina tampoco se dude en principio de la constitucionalidad de la explotación económica de la fisión nuclear (véase por ejemplo, Roßnagel, *Grundrechte und Kernkraftwerke*, Heidelberg 1979, pp. 37 y ss.). La revisión constitucional se limita, por tanto, de antemano a la cuestión de si la reglamentación normativa en que se basa la decisión adoptada es constitucional, y si esa reglamentación en especial se ha aplicado en la forma en que lo ordena la Constitución.

2. Como criterio de análisis para el examen constitucional debe considerarse el derecho a la vida y a la integridad corporal, consagrado en el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental, en relación con el derecho a una protección jurídica efectiva.

De conformidad con la jurisprudencia, este derecho fundamental no sólo protege como un derecho subjetivo de defensa frente a las intervenciones del Estado, sino que de su contenido jurídico-objetivo se desprende además un deber para los órganos estatales de proteger y promover los citados bienes jurídicos y, especialmente, de protegerlos frente a intervenciones antijurídicas provenientes de terceros. Esta jurisprudencia, desarrollada inicialmente en la sentencia sobre la ley de plazos (BVerfGE 39, 1 [41]; véase además, BVerfGE 46, 160 [164] –Schleyer–), fue invocada en la mencionada decisión Kalkar, en la evaluación de la constitucionalidad de las normas sobre derecho atómico, donde se estableció que, en vista de la clase y la gravedad de los posibles peligros en caso del uso pacífico de la energía nuclear, bastaría con una lejana posibilidad de que éstos se produjeran para que el deber de protección del legislador se activara en el caso concreto (BVerfGE 49, 89 [141 y ss.]).

El Estado cumple con este deber de protección haciendo depender la explotación económica de la energía atómica de una autorización estatal previa, y su expedición se encuentra sujeta a presupuestos procesales y a regulaciones materiales y legales. La

reglamentación de la autorización –la cual no se ha puesto en duda por la recurrente ni por las opiniones aportadas– constituye un medio idóneo para la protección de terceros que se encuentren en peligro. De este modo puede el Estado cumplir mejor sus funciones y, atendiendo a los intereses generales, lograr un equilibrio entre el *status* de los derechos fundamentales de los ciudadanos que corren peligro y los operadores de la central atómica. Ciertamente, si el Estado se autoriza una central de energía nuclear –a pesar del extraordinario potencial de peligro que implica– atendiendo al interés general del abastecimiento de energía, esto significa que la integridad corporal de terceros puede ser expuesta a peligros que no puedan afectarla y que difícilmente podrá evitar. Con ello, el Estado asume por su parte una responsabilidad propia por esos peligros. En consecuencia, para el examen constitucional de las disposiciones del derecho procesal y material para la autorización del establecimiento de centrales nucleares, parece adecuado exigir la aplicación de criterios igual de estrictos que los utilizados para examinar leyes que inciden en los derechos fundamentales. Aplicando tales criterios a las disposiciones sobre autorizaciones, en la medida en que fueron relevantes para las autorizaciones impugnadas en el presente proceso, tampoco existe objeción alguna desde el punto de vista constitucional, siempre que sean interpretadas de conformidad con la jurisprudencia de los más altos tribunales dictada hasta ahora.

La Ley de Energía Nuclear persigue de manera expresa la protección de la vida, la salud y los bienes materiales expuestos al peligro de la energía nuclear, y ello muy por encima de la promoción del uso de la energía nuclear –como ha sido evidenciado por la jurisprudencia del Tribunal Federal Administrativo (*DVBl*, 1972 p. 678 [680]) [...]

Por tanto, la reglamentación normativa no se satisface con vincular a las autoridades encargadas de la autorización a rígidos presupuestos legales y materiales. Más bien, el deber de protección estatal y la corresponsabilidad se satisfacen –también desde el punto de vista procedimental– cuando la expedición de una autorización se hace depender de un proceso formal de autorización en el que los presupuestos de autorización se deban probar de oficio y en el cual participen, entre otras, todas las autoridades federales, estatales y municipales, cuyo ámbito de competencia se vea afectado. De otra parte, el derecho procesal prevé la participación en el proceso de los ciudadanos que se encuentran en peligro (véase § 7, párrafo 4 AtomG, en concordancia con las disposiciones citadas de la Ley Federal para la protección frente a emisiones, así como los respectivos reglamentos procesales sobre derecho atómico y el decreto sobre centrales atómicas, vigente anteriormente). Los ciudadanos están facultados para solicitar el examen judicial de las autorizaciones y los correspondientes actos administrativos, por vía de una acción de impugnación (§42 VwGO), y solicitar la protección judicial provisional (§ 80 VwGO). El derecho procesal les posibilita incluso un recurso legal previo, por el que los particulares pueden presentar objeciones contra un proyecto que apenas se esté discutiendo [...]

[...] partiendo de la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Constitucional Federal, de que la protección de los derechos fundamentales se actualiza también, en buena parte, mediante la estructuración de los procesos; así, los derechos fundamentales influyen no sólo en la totalidad del derecho material, sino también en el derecho procesal, en la medida que éste tiene relevancia para la protección efectiva de los derechos fundamentales. El desarrollo de esta jurisprudencia surgió inicialmente en relación con la protección del derecho fundamental contenido en el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. por ejemplo, BVerfGE 37, 132 [141,148]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225]) y en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. por ejemplo, BVerfGE 39, 276 [294]; 44, 105 [119 y ss.]; 45, 422 [430 y ss.]). Entretanto, ambas Salas del Tribunal Constitucional Federal han decidido expresamente que también el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental ordena tener en cuenta este derecho fundamental en la estructuración del proceso (BVerfGE 51, 234: capacidad para comparecer en juicio; 52, 214 [219]: protección frente al desalojo).

El derecho fundamental del Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental influye también en la aplicación de las disposiciones en materia de procedimiento administrativo y judicial para el caso de la autorización de centrales nucleares, y cuya principal función consiste en proteger la vida y la salud frente a los peligros que representa el uso de la energía nuclear. Esto no significa que todo error de procedimiento, en un asunto en materia de derecho nuclear, se deba considerar como una violación a los derechos fundamentales. Una violación tal se considera sólo cuando las autoridades encargadas de la autorización omiten tomar en cuenta las disposiciones procesales que el Estado ha expedido en cumplimiento de su deber de protección de los bienes jurídicos citados en el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Por tanto, los tribunales, durante la revisión de autorizaciones en materia de energía nuclear, en ningún caso pueden suponer –sin mayor examen– que el tercero que ha interpuesto una acción de impugnación por violaciones procedimentales carezca de legitimidad [...]

27. Sentencia BVerfGE 77, 170 [Almacenamiento de armas químicas]

2. a) *Tanto al Poder Legislativo como al ejecutivo se les atribuye para el cumplimiento de los deberes de protección consagrados en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, un espacio de reglamentación, valoración y examen, que también le dejan campo para atender, por ejemplo, a los concurrentes intereses públicos y privados.*
- b) *Esa amplia libertad para reglamentar sólo puede ser revisada por los tribunales en forma limitada, de acuerdo con el asunto que esté en discusión, y las posibilidades de hacerse un juicio suficientemente acertado, atendiendo a la importancia de los bienes jurídicos que estén en juego (véase BVerfGE 50, 290 [332 y ss.]).*

- c) Para cumplir con los requisitos de admisibilidad de un recurso de amparo que se fundamente en la violación del deber de protección del derecho fundamental consagrado en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, el recurrente debe explicar concluyentemente que el poder público, o bien no ha tomado las respectivas medidas, o que las medidas y reglamentos adoptados son en forma evidente inadecuados o completamente insuficientes para alcanzar el fin que se persigue.*
3. *a) Las medidas estatales para la defensa de un ataque armado exterior pueden ser ciertamente peligrosas para la propia población civil. El evitar tales peligros y los daños que en caso dado se den, sobrepasa las posibilidades estatales, cuando la efectiva defensa de un país, que sirve para la protección del libre orden –y que protege también los derechos fundamentales–, debe garantizarse.*
- b) Con la decisión a favor de la defensa militar (Art. 24, párrafos 2, 87 a, 115a y ss. de la Ley Fundamental), la Ley Fundamental ha reconocido que la esfera de protección del Art. 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental no abarca posibles repercusiones para la población civil en caso que se requiera hacer uso de la defensa militar, conforme al derecho internacional, en contra de un enemigo militar.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 29 de octubre, 1987

Los recursos de amparo, acumulados a fin de emitir una decisión conjunta, corresponden al depósito de armas químicas (armas – Q) en el territorio de la República Federal Alemana.

28. Sentencia BVerfGE 19, 342 [Wencker - Prisión preventiva]

De conformidad con el principio constitucional de proporcionalidad, también en los casos de una orden de detención emitida con base en el §112, párrafo 4 StPO puede decretarse la libertad provisional, en términos del §116 StPO.

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1965

El parágrafo §112, párrafo 4 StPO¹⁸ establece:

En contra del inculpado, que se encuentra acusado de un delito contra la vida, de conformidad con lo previsto en los §§211, 212 o 220 párrafo 1, num. 1 del Código Penal,

¹⁸ Actualmente corresponde al §112, párrafo 3.

se puede ordenar también la detención preventiva durante la investigación, aun cuando no exista un motivo para ordenar la detención con base en los incisos 2 y 3.

Respecto de las anteriores reglamentaciones, el §116 StPO ha ampliado los casos en que puede decretarse la libertad provisional. No sólo por el peligro de evasión, sino también por el de encubrimiento, y reincidencia, es posible suspender el cumplimiento de una orden de detención, cuando los fines de la detención preventiva puedan ser alcanzados con medidas menos restrictivas. El § 116 StPO no menciona el §112, párrafo 4 StPO.

La pregunta acerca de si en el caso que la orden de detención se apoya sólo en el § 112, párrafo 4 StPO, se puede decretar la libertad provisional de conformidad con el §116 StPO, se ha discutido en la doctrina y especialmente también en la jurisprudencia de los tribunales superiores estatales.

El recurrente, un almirante retirado (Wencker), que en la actualidad cuenta con 76 años de edad, ha sido acusado de asesinato. Se le acusa de—en 1944, siendo agregado marítimo de la Embajada Alemana en Tokio— haber ordenado que, en caso de un autohundimiento, se dejara perecer en el barco a los detenidos que habían sido embarcados hacia Alemania. El recurrente fue detenido el 11 de agosto de 1965, con base en una orden de detención expedida el 9 de agosto de 1965 por el tribunal estatal de Hamburgo, y con fundamento en el §112 párrafo 4 StPO [...]

El recurrente argumentó que conocía desde hacía cinco años de las investigaciones en su contra, y que había estado a disposición en todo momento para el desarrollo del proceso. Él había sido siempre respetuoso y se había comportado en todo momento de acuerdo con determinadas directrices que el Tribunal había dictado en aplicación de la detención. El recurso de amparo se encuentra fundado.

1. En la institución jurídica de la detención preventiva se hace evidente la tensión entre el derecho del individuo a la libertad personal, garantizado en el Art. 2, párrafo 2 y el Art. 104 de la Ley Fundamental, y la necesidad irrenunciable de una persecución penal efectiva. La penalización pronta y adecuada de los delitos más graves no sería posible en muchos casos, si a las autoridades encargadas de la persecución penal les estuviere prohibido, sin excepción, detener y mantener en prisión a los presuntos autores en tanto que se dicta la sentencia. Otra cosa es que la plena restricción de la libertad personal, mediante la confinación en un establecimiento carcelario, sea una sanción, que el Estado de Derecho, en principio, permite imponer sólo a quien ha sido juzgado por una actuación sancionada penalmente. Este tipo de medidas, en contra de una persona acusada de haber cometido un delito, son admisibles sólo en casos excepcionalmente limitados. Ello implica que respecto de la presunción fundamental de inocencia, se excluyan las acusaciones graves en contra del inculpado, permitiendo la imposición anticipada de medidas que por sus efectos se equiparan a la pena privativa de la libertad. Esa presunción de inocencia no se encuentra en realidad estatuida expresamente en la Ley Fundamental, pero corresponde a un principio general del Estado de Derecho, y se

encuentra consagrado en el Art. 6, párrafo 2 de la Convención Europea de Derechos Fundamentales y en el derecho positivo de la República Federal.

Una solución apropiada a ese conflicto entre estos dos principios igualmente importantes para el Estado de Derecho, puede lograrse sólo si –desde el punto de vista de la persecución penal–, las limitaciones a la libertad del inculpado que aun no ha sido sentenciado, y que aparecen como necesarias y adecuadas, son presentadas como correctivas. Esto significa que la orden y ejecución de la detención preventiva con fines investigativos debe estar dominada por el principio de proporcionalidad; la intervención en la libertad es aceptada siempre y cuando existan de una parte sospechas fundadas sobre la culpabilidad del sospechoso, debido a las concretos puntos en los que se apoyan las sospechas y, de otra parte, debido a la imposibilidad de poder asegurar sin detener provisionalmente al sospechoso, el derecho legítimo de la comunidad a aclarar plenamente los hechos y a la rápida penalización del autor del delito. La posibilidad de perseguir otros objetivos con la detención preventiva se encuentra excluida en todo caso; principalmente, no se puede anticipar la protección de un bien jurídico utilizándola como si fuera una pena, que debe ser la función del derecho material [...]

2. [...]

En la República Federal Alemana el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Éste principio tiene su fundamento en el principio del Estado de Derecho y en la esencia de los mismos derechos fundamentales que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo puede ser limitado en forma amplia por el poder público cuando ello sea indispensable. Del especial significado del derecho fundamental de la libertad personal se sigue que ese derecho fundamental constituye el fundamento del *status* jurídico general y de las posibilidades de desarrollo del ciudadano, y que la Ley Fundamental, por tanto, reconozca que en el Art. 2, párrafo 2 la libertad de la persona se considere “inviolable” [...]

3. Para el caso del examen que se sigue, el juez debe tener en cuenta que el objetivo perseguido como el verdadero motivo de justificación de la detención preventiva, es el de garantizar el desarrollo del proceso penal ordenado, y asegurar la posterior ejecución de la pena; si deja de ser necesaria para uno de esos fines, no podrá considerarse proporcionada y, por consiguiente, no sería inadmisibles –en principio– ordenarla, mantenerla o cumplirla. La detención ordenada a fin de evitar el encubrimiento o la fuga (§ 112 inc. 2 StPO) sirve claramente a este fin. La detención con miras a evitar una posible reincidencia, consagrada en el § 112 inc. 3 StPO, va en realidad más allá, puesto que la protección de la comunidad en general frente a otros delitos, desde el punto de vista policial-preventivo, basta para imponer la detención preventiva. Puede justificarse por tanto, debido a que se trata de la protección de un círculo de la población, que requiere de una especial protección frente a graves delitos que amenazan con una alta probabilidad; aparece también como más adecuado al logro de los objetivos el confiar esa protección a las autoridades penales que se ocupan de la aclaración del delito cometido –y, por tanto, al juez–, más que a la policía.

El recientemente incluido párrafo 4 del § 112 StPO suscitaría objeciones en el marco del Estado de Derecho si fuera interpretado en el sentido de que, en caso de una fuerte sospecha de que se haya cometido alguno de los delitos contra la vida ahí señalados, debiera de imponerse la detención preventiva sin más, esto es, sin examinar otros presupuestos adicionales. Una interpretación de este tipo sería incompatible con la Ley Fundamental. El principio de proporcionalidad exige también que el juez tenga en cuenta para la aplicación del § 112 párrafo 4 StPO la finalidad de la detención preventiva. Ni la gravedad de los delitos contra la vida, ni la gravedad de la culpa (aún no determinada), justifican por sí mismas la detención del inculpado; menos aún se justificaría con base en la *preocupación* de la población —más o menos comprobable— que considere insoportable el hecho de que “un asesino ande suelto”. Más aún, también aquí deben existir circunstancias que justifiquen la sospecha de que, sin la detención del inculpado, se pudiera poner en peligro la inmediata aclaración y sanción del delito. En estos casos, no hace falta comprobar con hechos concretos la sospecha de fuga o de encubrimiento; en ciertos casos, atendiendo a las circunstancias del caso, la mera posibilidad de fuga o de encubrimiento pueden ser suficientes. Del mismo modo, la sospecha fundada de que el inculpado pudiera cometer otros delitos similares es suficiente para la expedición de una orden de detención. El § 112 párrafo 4 StPO debe analizarse en estrecha relación con el párrafo 2; de este modo, se justifica que —ante la consideración de la gravedad de los delitos señalados por la norma en cuestión— los estrictos presupuestos para la detención (previstos en el párrafo 2) puedan ser flexibilizados, a fin de excluir la posibilidad de que delinquentes especialmente peligrosos se sustraigan de la sanción.

4. Una especial característica del principio de proporcionalidad se encuentra recogida en el § 116 StPO. Este artículo atribuye al juez el deber de probar, en caso de detención por sospecha de evasión, encubrimiento o reincidencia, si la finalidad de la detención preventiva puede ser alcanzada con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad. De ser así, el juez deberá suspender la ejecución de la orden de detención. Las anteriores reflexiones sobre el significado general del principio de proporcionalidad en el derecho penitenciario tienen como resultado el que también sea posible imponer la detención cuando la respectiva orden se apoya con base en el párrafo 4 del § 112 StPO. Ni el tenor literal ni el sentido del § 112 StPO prohíben que, incluso en el caso de delitos contra la vida, la orden de detención se apoye en el párrafo 2, o en dado caso, en el párrafo 3. Se llegaría a un resultado incongruente, claramente en contravención con el principio de proporcionalidad; así, mientras que el § 116 StPO permite prescindir de la detención incluso ante el peligro de una fuga o de un encubrimiento en el sentido del § 112 párrafo 2 StPO (ello sin considerar la gravedad del delito del inculpado), la interpretación arriba mencionada implicaría que, ante un bajo peligro de fuga o encubrimiento del inculpado, quedarían excluidas de plano todas las medidas menos restrictivas, aun cuando fueran suficientes para cumplir con la finalidad del proceso penal. Si la suspensión del cumplimiento de una orden de detención puede poner en peligro el desarrollo del proceso penal, pero —en cambio— la suspensión de la orden de detención junto con la imposición de determinadas cargas resulta suficiente, entonces el juez no puede ser compelido a mantener la detención.

29. Sentencia BVerfGE 20, 45 [Kommando 1005 - Prisión preventiva]

La detención preventiva por más de cinco años es, en todo caso, violatoria de la Constitución cuando se reduce a una mora evitable en la administración de la justicia penal.

Sentencia de la Primera Sala, del 3 de mayo, 1966

–1 BvR 58/66–

En la institución jurídica de la detención preventiva se manifiesta de manera evidente la tensión entre el derecho del individuo a la libertad personal (Art. 2, párrafo 2 y Art. 104 de la Ley Fundamental) y las exigencias de una lucha efectiva contra el crimen. El justo equilibrio de esa tensión se puede alcanzar en el Estado de Derecho sólo si durante la persecución penal, las restricciones al derecho fundamental de la libertad –consideradas necesarias y adecuadas– aplicadas a quien aún no ha sido condenado (y que, por consiguiente, debe ser considerado como un acusado cuya culpabilidad no ha sido aún demostrada), se consideran como correctivas [es decir, como parte de la pena]. Esto significa que la intervención en la libertad sólo se puede admitir cuando, y en la medida que, la pretensión legítima de la comunidad estatal a una aclaración plena de los hechos y a una rápida sanción del autor, no se puedan asegurar de otra forma, sino únicamente mediante la detención provisional del sospechoso (BVerfGE 19, 342 [347 y ss.]).¹⁹

2. El principio constitucional de proporcionalidad tiene relevancia no sólo para la orden de detención, sino también para la duración de la detención preventiva. Respecto de su duración, especialmente, la detención preventiva tiene que estar en relación directa con la pena que previsiblemente le será impuesta. Sin embargo, independientemente de la pena que se espera, el principio de proporcionalidad establece límites a la duración de la detención. Se debe traer a colación el §121 StPO, el cual determina que el cumplimiento de la detención preventiva antes de que se pronuncie la sentencia, por el mismo hecho, puede pasar de seis meses sólo cuando la especial dificultad o la especial envergadura de las investigaciones, u otro motivo importante que impide la expedición de la sentencia, justifiquen el continuar con la detención. Esa disposición admite excepciones sólo en circunstancias restringidas; las causales de excepción del párrafo §121, párrafo 1 StPO se deben interpretar de manera restrictiva, como se evidencia del tenor de la norma, lo cual es corroborado por la historia legislativa de esta disposición. La importancia que el legislador atribuyó a la decisión para prolongar la detención preventiva más allá de seis meses puede inferirse también del hecho de que la prórroga deba ser decretada por el Tribunal Superior Estatal (véase BGH NJW 1966 p. 924).

¹⁹ Cf. BVerfGE 19, 342 (en este tomo).

En el presente caso no hace falta resolver si la Ley Fundamental –como señala el recurrente– establece un límite absoluto a la detención preventiva, que prohíba prorrogar la detención más allá de cierto tiempo. En todo caso, una prórroga de la detención preventiva que sobrepasa en forma inusual el plazo previsto en el §121, párrafo 1 StPO contraviene el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental cuando el exceso se produce debido a que las autoridades penales y los tribunales no han tomado todas las medidas posibles y razonables para que las investigaciones requeridas se puedan concluir con la rapidez exigida. Por consiguiente, para poder llevar a cabo el respectivo proceso penal y garantizar la posterior ejecución de la sanción en el sentido de las decisiones del Tribunal Constitucional antes citadas, la detención preventiva ya no podrá ser reconocida como necesaria, cuando su prórroga se deba a demoras en las investigaciones que hubieran podido ser evitadas.

Las investigaciones en contra del recurrente se llevaron a cabo sin tales demoras.

§ 9. IGUALDAD DE TODAS LAS PERSONAS ANTE LA LEY - ARTÍCULO 3 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 3

1. Todas las personas son iguales ante la ley.
2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.
3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

- a) Igualdad de las Personas - Artículo 3 (1) de la Ley Fundamental**
(Cf. también las sentencias BVerfGE 90, 145 [195]; 13, 97 [122]; 8, 51 [68], en este tomo).

30. Sentencia BVerfGE 26, 302 [Ley del Impuesto al Ingreso]

Sentencia de la Segunda Sala, del 9 de julio, 1969 –2 BvL 20/65–

[...] proceso de revisión del § 23, párrafo 1 de la Ley de Impuesto al Ingreso, en su versión del 15 de agosto de 1961 (Gaceta Legislativa I, p. 1254) –exposición– y el proyecto de decisión del Tribunal de Finanzas de Stuttgart del 23 de noviembre de 1965 (I 952/63). El legislador se encuentra vinculado al principio de equidad tributaria, que

se origina en el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BverfGE 13,181 [202]). La aplicación de ese principio hace referencia a una comparación entre las condiciones de vida, que no son iguales en todos los elementos, sino sólo en algunos. Qué elementos de las condiciones de vida se deben tratar legalmente en forma igual o desigual, lo decide, en principio, el legislador (BVerfGE, *loc. cit.*). En la determinación de las fuentes tributarias el legislador tiene de manera especial un amplio poder de decisión, que se termina allá donde el tratamiento, igual o desigual, de los asuntos reglamentados, deja de ser compatible con un punto de vista orientado en el concepto de equidad, donde también falta un claro motivo tanto para un trato igual como para uno desigual. Al Tribunal Constitucional Federal le compete revisar sólo el cumplimiento de esos límites externos a la libertad legislativa (prohibición de actuar arbitrariamente), pero no si el legislador ha encontrado en los casos individuales la solución más adecuada, razonable y equitativa.

31. Sentencia BVerfGE 10, 234 [Amnistía: Caso Dr. Platow]

Sobre la cuestión de la limitación constitucional de las causales de amnistía.

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de diciembre, 1959

–1 BvL 10/55–

Cuando se expide una ley de amnistía, el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental no obliga al legislador a conceder la amnistía respecto de todas las conductas punibles, ni tampoco a tratar todos los delitos del mismo modo. El legislador no sólo puede exceptuar de la amnistía algunos tipos delictivos en particular, sino que también puede someter determinadas circunstancias a reglas especiales. Corresponde al legislador decidir de manera autónoma respecto de qué delitos existe un particular interés colectivo en que sean satisfechos. También corresponde al poder discrecional del legislador determinar en qué medida habrá de otorgar la amnistía respecto de tales delitos. El Tribunal Constitucional Federal no puede revisar una ley de amnistía para establecer si las reglas allí previstas son necesarias o adecuadas, sino que únicamente puede comprobar si el legislador ha transgredido o no los amplios límites de valoración a los que está sujeto.

En el caso de una ley de amnistía existe una violación del principio general de igualdad, cuando las reglas especiales establecidas por el legislador para las circunstancias individuales no se orientan abiertamente por criterios de justicia, es decir, como cuando tampoco se puede encontrar en ellas alguna consideración razonable, derivada de la naturaleza de las cosas o que de algún otro modo resulte evidente.

32. Sentencia BVerfGE 9, 338 [Límite de edad para parteras]**Sentencia de la Primera Sala, del 16 de junio, 1959****–1BvR 71/57–**

En el proceso sobre el recurso de amparo interpuesto por la partera [...] en contra de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 22 de noviembre de 1956
–IC 198.54–

Parte resolutive:

El recurso de amparo se rechaza.

Fundamentos:

A la recurrente le fue prohibido, so pena de una sanción penal, el continuar en el ejercicio de la profesión de partera, luego de que el 1 de febrero de 1951 cumpliera 70 años de edad [...].

La recurrente expuso lo siguiente:

Con esta disposición se estaría violando el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental debido a que los mismos hechos –el ejercicio de la profesión de partera y el de la profesión de la medicina– se encuentran reglamentados en forma distinta, pues para los médicos no existe ningún límite de edad; no existe, sin embargo, un motivo material razonable para esa diferencia. Si se quiere adoptar la posición de que la capacidad mental y física disminuye decididamente cuando se llega a los 70 años de edad, debería ser válido el mismo límite de edad para los médicos, porque ciertamente, en el caso de un alumbramiento normal, la actividad del médico y la de la partera son iguales; sin embargo, en caso de complicaciones, donde el médico entraría a actuar, éste tiene mayor responsabilidad. En todo caso, ambas circunstancias –la asistencia del parto por una partera o un médico–, en contra de la opinión del Tribunal Constitucional Federal, no serían diferentes porque el médico tenga otro tipo de preparación; esto no tiene ninguna influencia en su capacidad física y mental.

Tratándose de una reglamentación, que –como la de un límite de edad– abarca la totalidad de la actividad laboral y afecta de este modo la estructura de la profesión en su totalidad, se debe tener en cuenta de manera especial el cuadro completo de cada profesión en particular. Esto es más importante en la medida en que los efectos de la reglamentación de una profesión puedan incidir en la estructura de otras profesiones, debido a las diferencias sociales y jurídicas de la estructura de una y otra profesión. Únicamente puede considerarse que el legislador ha violado el principio de igualdad al

reglamentar un mismo asunto en forma diferente para dos profesiones si, después de realizar una interpretación tan amplia y “generosa”, se impone la necesidad de dar un tratamiento igual para ambas profesiones. En general, debe partirse de la presunción de que un tratamiento diferenciado es constitucional. Por ello, aproximarse al problema tomando como punto de partida que en el caso concreto se trata de un “mismo proceso”, para después —a pesar de esa “igualdad” en particular— examinar si existen en general suficientes diferencias que justifiquen un tratamiento desigual por parte del legislador, puede ser francamente desacertado.

Esto es lo que ocurrió en el presente caso. Otras profesiones de la salud como la de la medicina se apartan de antemano, para el caso de un examen del límite de edad, de una comparación adecuada con la profesión de las parteras. Las profesiones de los médicos y las parteras son ciertamente “profesiones liberales”, pero su estructura es básicamente diferente. La profesión de la medicina se ha desarrollado durante largo tiempo como profesión liberal; su actual imagen como profesión se encuentra determinada fundamentalmente por ese desarrollo. Ésta se caracteriza por un alto grado de responsabilidad propia, especialmente para el ejercicio de la profesión misma. Si se quiere también, los fundamentos particulares de esa estructura, por ejemplo, la valoración social de la especial preparación académica no tienen más el significado que tenían anteriormente, a pesar de que la imagen de la profesión en su totalidad no ha cambiado hasta ahora. Un límite de edad sería difícilmente posible sin la introducción de una pensión de vejez, lo que cambiaría la profesión en su estructura total.

La imagen de la profesión de partera se diferencia considerablemente en cuanto que ésta fue reglamentada recientemente en la ley de profesiones y se constituyó como una profesión “liberal” y, ciertamente, de entrada, con la intención clara de introducirle una edad límite de retiro. De este modo, el riesgo económico se disminuyó legalmente para el tiempo del ejercicio profesional, como para el caso del retiro como consecuencia de incapacidad para ejercer la profesión. El ejercicio profesional se somete a una amplia y profunda reglamentación, que regula suficientemente la actividad de las parteras: un reglamento laboral que prevé los principios, y las obliga a acatar estrictamente un manual con lineamientos para la atención de un parto, tanto en su comportamiento general como particular. Constantes exámenes y el deber de acudir regularmente a cursos de actualización, tienen por objeto la promoción y vigilancia de los conocimientos especializados. Los miembros de esa profesión están sometidos en su totalidad a una permanente vigilancia y control, que no sólo se limita al ejercicio directo de su profesión.

Todo esto se diferencia no sólo gradualmente de la profesión médica. El hecho de fijar una edad de retiro para las parteras elimina la necesidad de determinar, en cada caso concreto, el momento en que una partera ha perdido sus capacidades para seguir desempeñando sus funciones. En cambio, trasplantar esta regulación —homogénea para las parteras— a la profesión del médico significaría un rompimiento estructural de dicha profesión. Al menos, resulta más congruente con la imagen tradicional que se tiene del ejercicio de la medicina si se deja a cada médico en lo individual decidir si sus facultades

des han disminuido en forma tal que le impidan ejercer la profesión, y que sea él mismo quien saque las consecuencias que de ahí derivan [...]

En el presente caso, no existe una violación al principio de igualdad.

b) Igualdad entre los sexos - Artículo 3 (2) de la Ley Fundamental

33. Sentencia BVerfGE 39, 196 [Pensión de funcionarios públicos]

Sentencia de la Segunda Sala, del 12 de marzo, 1975

–2 BvL 10/74–

[...] en el proceso para el examen de la constitucionalidad del § 141 de la Ley de Funcionarios Públicos del estado de Nordrhein-Westfalen en la versión del 1 de junio de 1962 (GVBl, p. 272), en la medida que ésta hace depender, en cuanto motivo y magnitud, el derecho a una pensión que tiene el viudo supérstite, que tiene sociedad conyugal con una funcionaria fallecida, de la existencia de un derecho de manutención del viudo respecto de su esposa muerta –suspensión y proyecto de sentencia del Tribunal de Münster del 19 de abril de 1974 (40 212/72)–.

Los sueldos y las pensiones son [...] en su estructura, por su carácter de derechos de manutención, autónomos e irrenunciables –los derechos a pensiones tienen en principio la forma de una expectativa irrenunciable (§50, párrafo 3 BRRG)–, una contraprestación, única, que se garantiza con base en las relaciones laborales en interés del mismo empleador, para que los funcionarios, que tienen a su cargo el cuidado natural de sus parejas y comunidad familiar, puedan brindarle un bienestar económico a sus familiares luego de su muerte, asegurando así la consagración que se requiere para el servicio y el leal cumplimiento de los deberes [...]

Pero, si de acuerdo con esto, la regla es que el mismo empleador garantice la manutención del supérstite del funcionario, conforme a su rango, y asociada a la pensión de jubilación y por tanto también al último salario del fallecido, como ocurre con el salario del funcionario y la pensión de jubilación, que son contraprestaciones a la relación laboral que se fijan con base en la capacidad, aptitud y especialización, y que con base en la personalidad y la fuerza laboral del servidor aseguran el ámbito de labores del servicio público, entonces no pueden valer para la pensión del viudo de la funcionaria ningún otro tipo de principios. Lo decisivo es que desde la perspectiva de la función pública, los gastos de manutención del servidor y su familia se encuentren en relación directa con su salario y la relación laboral; en esta medida, no existe ninguna diferencia entre la situación de un funcionario y una funcionaria, con las que se puede justificar una diferenciación legal entre los gastos de un viudo y de una viuda. Los gastos de manutención durante la vida del funcionario, determinados con base en el nivel familiar,

son iguales a los que tienen sus supérstites, con base en su pensión de retiro, y por consiguiente también el viudo.

Los párrafos 2 y 3 del Art. 3 de la Ley Fundamental permiten establecer que la manutención de los familiares más cercanos de la funcionaria se encuentra en igualdad de condiciones que la de los funcionarios, y que por tanto, también después de su muerte, al viudo con quien tenía sociedad conyugal, al igual que la viuda, el empleador debe garantizarle los gastos de manutención adecuados.

34. Sentencia BVerfGE 48, 327 [Apellido de los esposos I]

Es violatorio del Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el que para todas las parejas que hubieren celebrado su matrimonio entre el 1 de abril de 1953 y el 30 de junio de 1976, se excluya la posibilidad de establecer el apellido de soltera de la mujer como apellido de la pareja.

Sentencia de la Primera Sala, del 31 de mayo, 1978 –1 BVR 683/77–

De conformidad con el §1355 del Código Civil del 18 de agosto de 1896 (RGBl. p.195) con el matrimonio, la mujer adopta el apellido del marido.

Luego de que el Tribunal Constitucional Federal en su decisión del 18 de diciembre de 1953 determinará que el principio de igualdad de derechos previsto en el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental se encontraba vigente y que de conformidad con el Art. 117 de la Ley Fundamental todas las disposiciones en el campo del derecho de familia que le fueran contrarias quedaban derogadas a partir del 31 de marzo de 1953 (BVerfGE 3, 225 [239 y ss.]), el legislador modificó el §1355 del Código Civil, vigente hasta ese momento, a través de la ley de igualdad de derechos del 18 de junio de 1957 (BGBl I p. 609), en el sentido que en adelante la mujer tenía el derecho de adicionar su apellido de soltera al apellido matrimonial (§1355 numeral 2 BGB). En lo restante se dejó que el apellido familiar y matrimonial siguiera siendo el del marido (§1355 frase 1 BGB).

1. El §1355, frase 1 BGB –antigua versión– era incompatible con el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La regla de que el apellido matrimonial fuera el del marido, excluía así la posibilidad de que el apellido de soltera de la mujer pudiera ser adoptado como apellido familiar; sólo el marido podía conservar su apellido como apellido familiar. La pregunta de cuál apellido mantendrán ambos cónyuges como apellido matrimonial, lo decidía la ley remitiendo únicamente al sexo. Esa regla representaba una violación del derecho fundamental de la mujer consagrado en el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Ese detrimento ocasionado a la mujer tampoco fue subsanado con el hecho de que pudiera adicionar al apellido matrimonial su apellido de soltera. Mientras que el hombre no estaba autorizado ni obligado a hacer público el hecho de su

matrimonio en su apellido, por el matrimonio el apellido de la mujer debía incluir una modificación. Bastante evidentes fueron las diferencias de tratamiento para la mujer en el caso del apellido de los hijos legítimos habidos en el matrimonio, pues ellos, de acuerdo con el §1616 BGB, sólo recibían el apellido del padre.

2. El desigual tratamiento de los cónyuges en el §1355, frase 1 BGB –antigua versión– no se puede justificar a través de una diferencia biológica o funcional. La igualdad de los cónyuges en el marco de la unidad familiar tampoco se afectaría porque el apellido familiar o del matrimonio no fuera el apellido del marido. No existe ninguna diferencia decisiva entre el hombre y la mujer, que pueda hacer ver como necesaria la regla contemplada en el §1355 frase 1 de la antigua versión del BGB (véase BVerfGE 10, 59 [8]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343]; 31, 1 [4], 39, 169 [185 y ss.]).

La idea de que la unidad de la familia se expresa en el apellido del marido, se fundamentó en la jurisprudencia en el hecho de que el marido representaba hacia el exterior la comunidad familiar y en que tenía deberes y tareas en el interior de la comunidad matrimonial, que no eran idénticos a los de la mujer [...]. No se puede partir de una representación general externa de la pareja por parte del hombre allí, donde sólo el hombre desarrolla una actividad profesional y la esposa se limita a la conducción del hogar y el cuidado de los hijos. También se aplica a las parejas en las cuales ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional. La creciente entrada de las mujeres en el mundo laboral ha hecho retroceder la concepción que predominaba anteriormente, según la cual se contraviene la división natural del trabajo en el matrimonio y la familia, cuando la mujer se ocupa de su vida profesional y no se limita al cumplimiento de sus funciones en el matrimonio y la familia.

3. El principio de la igualdad de derechos tampoco se encuentra limitado en el contexto actual por otra garantía constitucional (véase BVerfGE 10, 59 [80]).

Éste sería entonces el caso si el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental exigiera para la protección de la familia el mantener la identificación de la relación familiar, como ocurre con las reglas sobre el apellido contempladas en el §1355, frase 1 –versión antigua– del BGB; el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental no contempla sin embargo, la protección del apellido familiar a través de las generaciones. Familia, en el sentido del Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se refiere básicamente a la familia estrechamente vinculada al hogar, como son los padres y los hijos [...]

35. Sentencia BVerfGE 84, 9 [Apellido de los esposos II]

No es compatible con el principio de la igualdad de derechos (Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental) el que el apellido del marido sea por virtud de la ley el apellido de la pareja, en caso de que los cónyuges no establezcan ninguno de sus apellidos de solteros como apellido matrimonial (§1355, párrafo 2, frase 2 BGB).

Sentencia de la Primera Sala, del 5 de marzo, 1991
–1 BvL 83/86 y 24/88–

[...]

36. Sentencia BVerfGE 52, 369 [Derecho a un día libre]

No es compatible con el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que únicamente a las mujeres solas que deben hacerse cargo de un hogar se les garantice un derecho a un día libre para atender las labores del hogar, y no a los hombres en igualdad de circunstancias.

Sentencia de la Primera Sala, del 13 de noviembre, 1970
–1 BvR 631/78–

El recurso de amparo se relaciona con la constitucionalidad del §1 de la Ley del estado de Nordrhein-Westfalen sobre el Otorgamiento de Tiempo de Descanso para las Mujeres a Cargo de un Hogar Propio, de fecha 27 de julio de 1948 (HATG NRW), en la medida que les garantiza un día de descanso a las mujeres solas, pero no a los trabajadores del sexo masculino, que deban hacerse cargo de un hogar.

La disposición del §1 HATG NRW señala:

“En empresas y administraciones de toda clase, las mujeres que deben hacerse cargo de un hogar y trabajen semanalmente un promedio de 40 horas o más, tienen derecho a gozar entre semana de un día libre al mes (*Hausarbeitstag*)”.

I.

Objeto de la revisión constitucional es el §1 HATG NRW en la interpretación que el Tribunal Federal del Trabajo le dio a la disposición en la sentencia de su Sala Plena de 16 marzo de 1962 (BAG 13,1 = AP núm. 19 al §1 de la HATG NRW) y que ha servido de fundamento a toda la jurisprudencia posterior. Según esta disposición, en el estado de Nordrhein-Westfalen todas las mujeres trabajadoras, independientemente de su estado civil, tienen el derecho a un día de descanso al mes, cuando trabajan un determinado número de horas y tienen un hogar que atender que ellas mismas administran; por el contrario, el texto del §1 HATG NRW claramente no prevé un derecho al día de descanso para hombres trabajadores que se encuentran en la misma situación. De esa situación jurídica parte también el tribunal laboral en la sentencia que se impugna con el recurso de amparo.

Los criterios para la revisión se encuentran en el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental. El mandato de la igualdad de derechos del hombre y la mujer, allí expresado, concretiza el principio general de la igualdad y prohíbe que las diferencias de sexo puedan dar lugar a una diferenciación legal. Esto, sin embargo, no excluye, de confor-

midad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal, reglas que con base en diferencias objetivas, biológicas y funcionales, diferencien entre el hombre y la mujer, de acuerdo con la naturaleza de las respectivas condiciones de vida (véase BVerfGE 3, 225 [242]; 5, 9 [12]; 10, 59 [74]; 15, 337 [343]; 21, 329 [343 y ss.]; 31, 1 [4 y ss.]; 37, 217 [249 y ss.]; 43, 213 [225]). Sin embargo, el trato distinto previsto por el §1 HATG NRW –al menos tratándose de personas solas– no se fundamenta en diferencias objetivas.

II.

La reglamentación del §1 HATG NRW determina a qué personas se les garantiza el día de descanso únicamente con base en la diferencia de sexo, dando lugar así a una diferenciación inadmisibles desde el punto de vista constitucional.

1. La garantía de un día de descanso pretende dar a la mujer trabajadora la oportunidad de llevar a cabo labores que difícilmente puede realizar a la par de las cotidianas actividades profesionales y del hogar, especialmente labores de lavado y limpieza más extensas.

2. En el caso del hombre es posible considerar también la doble carga de actividad profesional y del hogar. Esto es válido especialmente para los solteros que deben hacerse cargo de su propio hogar, ya que en ellos la actividad profesional y las responsabilidades del hogar recaen forzosamente en una misma persona. En la medida que los trabajadores solteros tienen una doble carga de trabajo –profesional y en el hogar– no se justifica darles un tratamiento diferente al de las trabajadoras solteras en lo que respecta al día de descanso. Las diferencias objetivas, biológicas o funcionales (división del trabajo), no influyen decididamente aquí en la reglamentación de las relaciones, al grado que los elementos comparables deban pasar a un segundo plano, de modo que la distinta regulación jurídica deje de categorizarse a la luz de los conceptos de “perjuicios” y “privilegios” (véase BVerfGE 37, 217 [249] con más referencias).

Que una mujer realice labores domésticas no responde a características propias de su sexo. Si en ese ámbito se espera que la mujer asuma un papel principal, eso se debe exclusivamente a la concepción tradicional de que a ella corresponde ocuparse total o preponderantemente de las labores del hogar.

La regla vigente tampoco puede justificarse con base en una menor resistencia por parte de las mujeres. No hace falta responder si las mujeres en general son menos resistentes a los esfuerzos físicos o si se encuentran más expuestas que los hombres a sufrir daños en su salud. En todo caso, el día de descanso no tiene por objeto compensar alguna posible debilidad en la constitución física de la mujer, pues esto se encuentra regulado ya –en la esfera de la vida laboral– por las disposiciones de protección especial, contempladas en los §§ 16 a 19 de la Ordenanza sobre la Jornada Laboral.

A través de la garantía del día de descanso se le da oportunidad y tiempo a la mujer trabajadora –que tiene la doble carga de desempeñar sus labores profesionales y domésticas– de cumplir con aquellas labores del hogar que exigen más tiempo que el disponible después de un día normal de trabajo. La reglamentación no toma en cuenta

la diferente capacidad de rendimiento del hombre y la mujer en la vida laboral, como sí ocurre en las disposiciones de la Ordenanza sobre la Jornada Laboral, según se desprende del análisis de sus disposiciones en su contexto; las disposiciones sobre el día de descanso consideran exclusivamente la doble carga que supone la atención de las labores profesionales y domésticas. Un trabajador varón que adicionalmente dirige su hogar, puede verse igualmente afectado por esta doble carga. La extensión de las labores del hogar no es menor cuando el hogar es dirigido por un hombre en lugar de una mujer. Por tal motivo, no puede justificarse—con base en diferencias biológicas—que el derecho a gozar de un día de descanso remunerado sea otorgado únicamente a las mujeres [...]

III.

El Tribunal Constitucional Federal no puede declarar la nulidad de la disposición del §1 HATG NRW, sino que debe limitarse a establecer su inconstitucionalidad, toda vez que al legislador le quedan diferentes vías para garantizar la igualdad que ordena la Constitución (véase BVerfGE 25, 236 [252]).

**c) Prohibición de discriminar en razón del sexo, la raza, la religión, etc.
Artículo 3 (3) de la Ley Fundamental**

37. Sentencia BVerfGE 39, 334 [Acceso de extremistas a la función pública]

Sentencia de la Segunda Sala, del 22 de mayo, 1975

–BvL 13/73–

De conformidad con el Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental nadie puede, entre otras, “ser perjudicado ni favorecido a causa de sus creencias políticas“. De este modo se formaliza el principio de igualdad general del Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental y se prohíbe tomar las creencias políticas como punto de partida para discriminar o conceder privilegios. Esto, sin embargo, no relativiza el deber de lealtad del funcionario público, que se encuentra enraizado en el ejercicio de la función pública, y las consecuencias que se derivan de allí:

En primer lugar, no es admisible que la prohibición del Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental se refiera solamente a “tener” una creencia política, sino que vincula también la expresión y ejercicio de esa concepción política; la expresión y ejercicio de una creencia política se encuentra relacionada, por tanto, con derechos fundamentales especiales, principalmente el derecho a la libertad, que implica el desarrollo de una actividad (también el Art. 2, párrafos 1, 4, 5, 8, 9 de la Ley Fundamental). Éstos tienen circunscritos sus propios límites, que no conservan, y que pueden ser realizados por el legislador, cuando él aplica el Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

De ahí que no se pueda hacer abstracción absoluta de toda prohibición formalizada en el Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Se debe tener en cuenta que no puede ser inadmisibles el que para el empleo de un maestro en una escuela confesional no se tengan en cuenta sus convicciones, o que para ejercer el cargo de director de un colegio femenino se prefiera a una mujer, o que no se emplee a un alemán que se crió en el extranjero y no domina el idioma alemán. Esos límites se pueden justificar debido a que el Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental prohíbe sólo los perjuicios o favorecimientos “intencionales” (que tengan “por objeto”), pero no que de hecho se dé desventaja o una ventaja, que sea consecuencia de una regla que persiga un fin completamente distinto, por ejemplo, las reglas para la protección de la que va a ser madre o para la protección del orden constitucional, o simplemente invocando a la “naturaleza del asunto” (véase BVerfGE 7, 155 [170]).

Finalmente, una disposición constitucional no puede ser interpretada en forma aislada; más aún, se debe interpretar dentro del contexto general de la Constitución (BVerfGE 19, 206 [220]; 30, 1 [19]; 33, 23 [29]). En ese entorno, sin duda alguna, se encuentra excluido el que la misma Constitución, que convirtió indiscutiblemente a la República Federal Alemana, luego de la amarga experiencia con la democracia de Weimar, en una democracia fuerte, ofrezca el entregar ese Estado, con ayuda del Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, a sus enemigos (véase BVerfGE 30, 1 [20]; 28, 36 [49]; 13, 46 [49]).

d) Favorecimiento violatorio del principio de igualdad

38. Sentencia BVerfGE 8, 28 [Sueldos de funcionarios públicos]

2. *Si la finalidad y contenido de una ley de salarios viola de manera evidente el Art 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque no contempla un determinado grupo de funcionarios, un tribunal no podrá asignar un salario con base en esa ley a unos funcionarios de ese grupo a través de una interpretación extensiva de la ley [...]*
3. *Si el legislador, violando el Art. 3 de la Ley Fundamental, favorece a un determinado grupo, el Tribunal Constitucional Federal podrá entonces, o bien declarar la nulidad de la disposición que contempla el favorecimiento, o determinar que la no inclusión de un grupo en particular es violatoria de la Constitución. Pero no le está permitido extender el favorecimiento a los grupos excluidos, cuando no se puede suponer con seguridad que el legislador adoptó una regla de este tipo con base en el Art. 3 de la Ley Fundamental.*

Resolución de la Primera Sala, del 11 de junio, 1958
–1 BvL 149/52-33–

Planteamiento del problema: Un grupo de funcionarios fue excluido de un aumento salarial general mediante una norma que los exceptuaba, violando el principio de igualdad. ¿Puede ser declarada la nulidad de la norma restrictiva?

El Tribunal Constitucional Federal, en la revisión de la constitucionalidad de un decreto que garantizaba privilegios sólo a un grupo de partidos políticos, violando así el Art. 3 de la Ley Fundamental, declaró solamente la nulidad de la disposición restrictiva (BVerfGE 6, 273 y ss.), debido a que, de acuerdo con el tenor de las restantes disposiciones, se tenían en cuenta todos los partidos políticos. Se trata, sin embargo, de un asunto con características especiales: cuando el legislador, violando el Art. 3 de la Ley Fundamental, favorece a un grupo de personas, el Tribunal Constitucional Federal no podrá, en principio, restaurar la igualdad redactando él mismo una disposición que incluya al grupo de personas que no había sido tenido en cuenta. Esto se debe a que probablemente el legislador se habría abstenido de toda reglamentación legal si, al ejercer su poder discrecional, hubiera reconocido la envergadura del Art. 3 de la Ley Fundamental. Una decisión apoyada en el Art. 3 de la Ley Fundamental del Tribunal Constitucional Federal debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, el poder discrecional del legislador. Éste es el caso de leyes que afectan a un grupo de personas, violando ese derecho fundamental, y donde sólo es posible que el Tribunal Constitucional Federal declare la nulidad de la respectiva norma y le deje abierta al legislador por completo la posibilidad plena de expedir una nueva norma. Pero si una ley que favorece un determinado grupo de personas viola el Art. 3 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal podrá, o bien, declarar la nulidad de la norma favorecedora o determinar que la omisión de un determinado grupo de personas—esto es, la omisión del legislador—es violatoria de la Constitución. En ambos casos podría encontrar en qué forma el legislador puede tener en cuenta en una nueva reglamentación, el principio de la igualdad. Por el contrario, una sentencia, que—como la sentencia del 21 de febrero de 1957 (BVerfGE 6, 273 y ss.)—declara la nulidad de una parte de la disposición, sólo será admisible cuando el Tribunal Constitucional Federal pueda establecer con seguridad que en la parte que se conserva, el legislador tuvo en cuenta el Art. 3 de la Ley Fundamental, esto es, que la ley se habría extendido en forma inmodificable a todos los grupos que se deben tener en cuenta de acuerdo con el Art. 3 de la Ley Fundamental. Esto se podía suponer en dicha sentencia; allí se trataba de un decreto para el cual la misma ley en que se apoyaba dicho decreto al parecer obligaba a tener en cuenta por igual a todas las partes (*loc. cit.*, p. 281); sin embargo, el gobierno federal que expidió el decreto, reguló un tratamiento diferente de las partes sólo por motivos formales, básicamente para facilitar el desarrollo técnico, pero no para excluir de la regulación a un determinado grupo.

Sin embargo, en el presente caso no se presentan éstas u otras condiciones similares.

§ 10. LIBERTAD DE CREENCIA, DE CONCIENCIA Y DE CONFESIÓN - ARTÍCULO 4 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 4

1. La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.
2. Se garantizará el libre ejercicio del culto.
3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

39. Sentencia BVerfGE 32, 98 [Negativa a prestar auxilio por motivos religiosos]

Sobre el efecto irradiatorio del derecho fundamental de la libertad de creencia, en relación con la aplicación de una pena por omisión al deber de prestar auxilio (§330 c StGB²⁰).

Sentencia de la Primera Sala, del 19 de octubre, 1971

El recurrente pertenece a la asociación religiosa de la “Comunidad Evangélica de Hermanos”. Su esposa también pertenecía a esa comunidad. La esposa, luego del nacimiento de su cuarto hijo, sufrió de una aguda falta de sangre, se negó a recibir tratamiento en un hospital, de acuerdo con la recomendación médica, y especialmente a dejarse hacer una transfusión de sangre. Su esposo se abstuvo de influenciar a la mujer en el sentido de hacer valer la recomendación médica. No se llevó a cabo el tratamiento médico; la esposa, que hasta el final estuvo plenamente consciente, murió.

[...] el tribunal estatal de Ulm condenó al recurrente mediante sentencia del 14 de enero de 1965, por omisiones al deber de prestar auxilio, a una multa de 200 marcos alemanes, reemplazables por 10 días de prisión.

Ante el tribunal estatal se comprobaron las siguientes circunstancias de hecho: [...] el médico reconoció que existía peligro para la vida, y le aconsejó tanto al recurrente como a la esposa la hospitalización para que se le pudiera hacer una transfusión de sangre; hizo evidente que ella podía morir si no se sometía a un tratamiento de esta clase. El recurrente manifestó al médico que su esposa sanaría nuevamente sin necesidad del tratamiento médico, si se le pedía a Dios y se mantenían dentro de su credo; dijo que ambos eran creyentes, que habían aprendido a creer en la palabra de Dios y a confiar en él. Que él mismo estaba en contra de un tratamiento médico. Después de esto se di-

²⁰ Actualmente §323 c.

rigió a su mujer y le aclaró que si ella lo deseaba podía ir al hospital, pero que se seguía otro camino, debido a que en las Escrituras Sagradas estaba escrito lo siguiente: “si alguien está enfermo, se deberá convocar a los ancianos de la comunidad y se les pedirá que oren, y la oración le ayudará al enfermo”. La esposa del recurrente declaró por tanto que rechazaba el tratamiento médico y solicitó que se llamara a un hermano de su comunidad religiosa, para que él orara con ella; y así se hizo. Poco tiempo después la esposa falleció.

I.

El Tribunal Constitucional Federal en el marco del recurso de amparo no tiene que revisar completamente las sentencias de los tribunales ordinarios (BVerfGE 7, 198 [207]; 17, 302 [304]; 18, 85 [92 y ss.]). En este caso se tiene que revisar sólo si la sentencia había tenido en cuenta, para la interpretación y aplicación de la disposición penal contemplada en el §330 c StGB, los efectos de los derechos fundamentales sobre esa norma.

II.

La revisión de la sentencia impugnada señala que ésta interviene en forma inadmisiblemente en el derecho fundamental del recurrente a la libertad de creencia y conciencia (Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental) [...].

2. En un Estado, en el que la dignidad humana es el valor supremo, y en el que la libre autodeterminación del individuo hace parte igualmente, de los valores constitutivos de la comunidad, la libertad de creencia le garantiza a los individuos un espacio jurídico libre de intervenciones estatales, en el que se puedan dar la forma de vida que corresponda a sus convicciones. En esta medida, la libertad de conciencia es más que una tolerancia religiosa, esto es, el simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas (BVerfGE 12, 1 [3]). Ésta no abarca por tanto sólo la libertad (interna) de creer o no creer, sino también la libertad externa de manifestar las creencias, de darlas a conocer y de expandirlas (véase BVerfGE 24, 236 [245]). Dentro de esto se encuentra también el derecho del individuo a dirigir la totalidad de su comportamiento con base en las enseñanzas de su credo y a actuar de conformidad con sus convicciones internas. Por tanto, no sólo las creencias, que se relacionan con los principios imperativos, se encuentran protegidas por la libertad de creencia. Más aún, ésta se extiende también a las convicciones religiosas que en una situación concreta de la vida no requieren necesariamente de una reacción religiosa exclusivamente, pero que consideran esa reacción como la mejor y como el medio más adecuado para superar la situación de acuerdo con las convicciones religiosas. De otro modo, no se podría desarrollar completamente el derecho fundamental de la libertad de culto.

3. La libertad de culto no se encuentra garantizada en forma absoluta.

a) No se le aplican las restricciones del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ni las del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

El Art. 4, párrafo 1 declara la inviolabilidad de la libertad de creencia, conciencia y culto (véase BVerfGE 12, 1 [4]). Este artículo es *lex specialis* respecto al Art. 2, pá-

rrafo 1 de la Ley Fundamental. La idea de que la libertad de culto estaría limitada por los derechos de los otros, el orden constitucional y la moral, sería incompatible con el carácter subsidiario del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental frente a la especialidad del derecho a la libertad individual, reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (véase entre otras, BVerfGE 6, 32 [36 y ss.]; 23, 50 [55 y ss.] con más referencias).

b) La garantía de la libertad contemplada en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental parte, como todos los derechos fundamentales, de la concepción del ser humano que tiene la Ley Fundamental, esto es, de un ser humano que, como una personalidad responsable de sí misma, se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social. Esa relación del individuo con la comunidad, reconocida en la Ley Fundamental, permite también la aplicación de ciertas restricciones externas a derechos fundamentales que se garantizan sin reserva. Sin embargo, los límites a la libertad de culto—como a la libertad artística (véase BVerfGE 30,173 [193])— sólo pueden estar determinados en la misma Constitución. Como la libertad de culto no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario, no puede ser relativizada a través de una ley ordinaria o mediante una cláusula indeterminada, que sin un punto de partida constitucional y sin una suficiente seguridad en los términos del sentido del Estado de Derecho, atiendan a los peligros a que se pueden ver sometidos los bienes que se requieren para la existencia de la comunidad estatal. Más aún, para la solución de conflictos en el marco de la garantía de la libertad de culto, se deben tener en cuenta los criterios del orden de valores constitucional y atender la unidad de ese sistema de valores fundamentales. Como parte del sistema de valores de derechos fundamentales, la libertad de culto se encuentra subordinada al mandato de la tolerancia, ligada en especial a la dignidad humana, garantizada en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la cual predomina como valor supremo de la totalidad del sistema de valores de los derechos fundamentales (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6], véase también BVerfGE 30,173 [193]).

Ello implica que las actividades y comportamientos que se derivan de profesar un credo determinado no pueden ser sometidos sin mayor examen a las sanciones que el Estado prevé para una determinada conducta que ha sido regulada independientemente de su motivación doctrinaria. El efecto irradiante del derecho fundamental, contemplado en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se pone aquí en vigencia en una forma tal, que puede influir sobre la forma y la magnitud de las posibles sanciones estatales. Esto significa para el derecho penal que:

Quien en una situación concreta es determinado por sus convicciones para realizar una acción u omisión, puede entrar en conflicto con los ideales éticos que, por virtud de la costumbre, predominan en la sociedad, y con los deberes legales que se fundamentan en ellas. Si con ese comportamiento se integra, de conformidad con la interpretación vigente, un delito tipificado penalmente, se tendrá que preguntar a la luz el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, si bajo las especiales circunstancias del caso, la penalización cumpliría con el sentido que orienta la sanción estatal. El autor de un delito de este tipo no se alza en contra del ordenamiento legal estatal por no creer en la ley; él

también quiere que se garanticen los bienes jurídicos que se protegen mediante la sanción penal. Pero él se encuentra en una situación límite, en la que el ordenamiento legal general se contrapone a los mandatos de su credo personal, y se siente en la obligación de seguir aquí el mandato supremo de su credo. Si de forma objetiva, con base en las concepciones que de manera general imperan en la sociedad, se tiene que desaprobado esa decisión, también es cierto que tal conducta no se le puede reprochar en la misma medida, esgrimiendo en contra del autor del hecho el arma más fuerte con que cuenta la sociedad, el derecho penal. La sanción criminal –independientemente de su magnitud– no es en este caso, bajo ningún aspecto (vindicación, prevención, resocialización del criminal), una sanción adecuada. El deber que se deriva del Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, para todo el poder público, de respetar las serias convicciones doctrinarias en toda su extensión, debe conducir en todo caso a un retroceso del derecho penal, cuando el conflicto concreto conlleva un conflicto espiritual entre el deber legal, existente de conformidad con una concepción general, y un mandato contemplado en las creencias del autor del hecho, que frente a la penalización, lo marca como infractor de la ley, desplegando así una reacción social que viola su dignidad humana.

4. La aplicación de esos principios al caso actual dan como resultado que el Tribunal Estatal y el Tribunal Superior desconocieron el efecto irradiante del Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental en la interpretación y aplicación del §330 c StGB. Al recurrente no se le puede reprochar el haber omitido convencer a su esposa de algo que estaba en contra de sus convicciones doctrinarias.

40. Sentencia BVerfGE 24, 236 [Acción “Cuarto Trastero”]

1. *El derecho fundamental previsto en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental se aplica no sólo a las iglesias y comunidades religiosas o ideológicas, sino también a aquéllas asociaciones que no tienen como finalidad la promoción de la vida religiosa e ideológica de sus miembros en su totalidad, sino que se ocupan únicamente de un aspecto parcial de la misma.*
2. *El Art. 4, párrafo 2 de la Ley Fundamental garantiza también el derecho de hacer colectas con fines religiosos o eclesiásticos. Esto es válido también para las actividades –realizadas en el marco de la vida religiosa ordinaria–, como por ejemplo, que se haga publicidad desde el púlpito en apoyo de dichas iniciativas.*

Sentencia de la Primera Sala, del 16 de octubre, 1968 –1 BvR 241/66–

[...] en el proceso sobre el recurso de amparo interpuesto por el Movimiento Juvenil Católico Alemán [...]

A comienzos de 1965, la recurrente llevó a cabo en todo el territorio federal la “acción cuarto trastero”, recolectando ropa usada, trastos viejos y papel usado, que luego vendió a mayoristas. Con esto tuvo una ganancia de varios millones de marcos alemanes, que estaban destinados a la juventud rural de países subdesarrollados. Las acciones individuales se dieron a conocer a través del púlpito en las iglesias católicas y de avisos en prensa. [...] el Tribunal Estatal de Breitenbrunn condenó a la recurrente a abstenerse de anunciar su acción de recolección de material viejo desde el púlpito.

El derecho fundamental del libre ejercicio religioso (Art. 4, párrafo 2 de la Ley Fundamental) se encuentra contemplado en el concepto de libertad de creencia y conciencia (Art. 4, párrafo 1 LG). Este concepto abarca principalmente –independientemente de si se trata de una doctrina religiosa o de una ideología no religiosa o ajena a la religión– no sólo la libertad interna de creer o no creer, esto es, de aceptar o rechazar una doctrina, de separarse de las convicciones que se tenían hasta el momento y adherirse a otras convicciones, sino también la libertad de culto, publicidad y propaganda (BVerfGE 12, 1 [3 y ss.]). En esta medida, el libre ejercicio de la religión es sólo parte de la libertad de creencia y conciencia de que gozan tanto los individuos como las asociaciones religiosas o ideológicas (BVerfGE 19, 129 [132]). Desde la Constitución de Weimar, por lo menos, la libertad del ejercicio religioso se encuentra contenida en la libertad de creencia [...]

Como el “ejercicio de la religión” tiene un significado central para cada creencia y doctrina, ese concepto debe ser interpretado extensivamente frente a su contenido histórico.

Al ejercicio de la religión pertenecen, por tanto, las actividades de culto y su ejercicio, el cumplimiento de prácticas religiosas como la misa, la realización de colectas públicas, las oraciones, la recepción de los sacramentos, las procesiones, el despliegue de banderas y estandartes religiosos de la iglesia, el toque de campanas, pero también la educación religiosa, celebraciones ateas y no religiosas, así como otras expresiones de la vida religiosa e ideológica.

El derecho fundamental, previsto en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, lo tienen no sólo las comunidades eclesíásticas, religiosas e ideológicas, sino también las asociaciones, que no tienen como finalidad la asistencia integral, sino parcial de la vida religiosa o ideológica de sus miembros. La colecta por motivos religiosos –caritativos–, llevada a cabo por la recurrente, y la publicidad desde el púlpito para su desarrollo, pertenecen al ejercicio de la religión protegido en el Art. 4, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

Para la apreciación de lo que en los casos individuales se considera como ejercicio de la religión y la ideología, no puede quedar fuera la concepción que las comunidades religiosas e ideológicas tienen de sí mismas. Ciertamente el Estado, que debe mantener una neutralidad religiosa, debe interpretar, en principio, los conceptos constitucionales con base en puntos de vista neutrales y válidos para todos, no confesionales o ligados a una ideología (BVerfGE 10, 59 [84 y ss.]; 12, 45 [54]; 19, 1 [8]; 19, 226

[238 y ss.]; 19, 268 [278 y ss.]). Pero si en una sociedad pluralista el ordenamiento legal presupone la autocomprensión religiosa o ideológica, como ocurre con la libertad de culto, el Estado violaría el derecho a la autonomía garantizado por la Constitución a las comunidades eclesíásticas, religiosas e ideológicas, así como la independencia en sus propias esferas, cuando para la interpretación del ejercicio de una religión, que se da con base en una determinada creencia o ideología, no se tiene en cuenta la concepción que ésta tiene de sí misma (BVerfGE 18, 385 [386 y ss.]). De conformidad con la concepción que tienen de sí mismas las iglesias católicas y evangélicas, el ejercicio de la religión comprende no sólo el ámbito del credo y de los servicios, sino también la libertad para desarrollarse y actuar en el mundo, como corresponde a sus funciones religiosas y diaconales [...]

De ninguna importancia para el examen de la “acción cuarto trasero” como actuación en el ámbito del ejercicio religioso, es la afirmación de que como consecuencia de las colectas caritativas, el 90% de los recolectores de desechos hayan tenido que dejar sus negocios. Independientemente de que de acuerdo con el examen del Tribunal Estatal, considerado por el Tribunal Constitucional Federal como competente hasta ese momento, la colecta de la recurrente era admisible aun en la extensión en que se llevó a cabo, y de que no se determinó si el descenso en la industria de la recolección de desechos se debió a cambios estructurales de la economía en general, o si el cambio en la estructura de ese sector de la industria se debió a la colecta caritativa. Un derecho constitucional subjetivo de un hombre de negocios a mantener la extensión de su negocio y a que se le aseguren otras posibilidades de negocios, no existe en una economía que garantice la libre competencia.

Si la colecta de la recurrente era parte del ejercicio de la religión, protegido en el Art. 4, párrafo 2 de la Ley Fundamental, entonces el Tribunal Estatal debió tomar en cuenta el efecto irradiante de ese derecho fundamental, al momento de calificar la publicidad desde el púlpito, como “actos de competencia desleal” [...]

Para la interpretación del concepto de “actos de competencia desleal” el Tribunal Federal habría debido evaluar, por consiguiente, la especial forma de competencia entre un industrial y un “competidor”, que actúa en ejercicio de una religión, con base en el bien jurídico de gran valor que constituye el libre ejercicio de la religión y luego de haber determinado los hechos, no habría podido considerarlos desleales. En la medida que el Tribunal Estatal condenó a la recurrente, se revoca la sentencia (§95, párrafo 2 BVerfGG).

41. Sentencia BVerfGE 33, 23 [Negativa a prestar juramento]

1. *En la concepción del Constituyente, un juramento prestado sin invocar a Dios no tiene ninguna connotación de carácter trascendente o religioso.*

2. *La convicción doctrinaria, que por motivos religiosos rechaza también el juramento prestado por un testigo sin invocar a Dios, se encuentra protegida por el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
3. *El § 70, párrafo 1 StPO debe interpretarse de modo congruente a la Constitución. Para ello, debe considerarse que también el derecho fundamental de la libertad de creencia previsto en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental constituye un motivo legal para negarse a prestar juramento.*

Sentencia de la Segunda Sala del 1 de abril de 1972
–2 BvR 75/71–

En un proceso penal ante el Tribunal Estatal de Düsseldorf, el recurrente, un pastor evangélico, tenía que declarar como testigo. Invocando su derecho a la libertad de creencia y conciencia se negó a prestar juramento, porque a él, de acuerdo con las palabras de Cristo en el Sermón de la Montaña (Mateo 5, 33-37), le estaba prohibido todo tipo de juramento.

Mediante decisión del 28 de octubre de 1965 el Tribunal Estatal de Düsseldorf declaró injustificada la negativa a prestar juramento con base en el Art. 140 de la Ley Fundamental, en concordancia con el Art. 136, párrafo 4 de la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919 (WRV)²¹ y condenó al recurrente de conformidad con el §70, párrafo 1 StPO al pago de una multa de 20 marcos alemanes, y/o en su defecto, a dos días de cárcel, así como al pago de las costas que se hubieran causado por su negación a prestar juramento.

El Tribunal Superior de Düsseldorf rechazó el recurso interpuesto en contra de estas decisiones.

En el recurso de amparo el recurrente se dirige en contra de las decisiones del Tribunal Estatal y del Tribunal Superior de Düsseldorf, y censura la violación de su derecho fundamental a la libertad de creencia y conciencia, protegido en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El recurso de amparo se encuentra fundado.

El juramento del testigo, en la medida que se puede prestar de conformidad con el §66 c párrafo 2 StPO sin invocar a Dios, de acuerdo con el orden de valores de la Ley Fundamental, es simplemente un modo de hacer énfasis en la veracidad de una declaración, sin una relación trascendente religiosa o de otro tipo. Las convicciones religiosas del recurrente, que se le contraponen, se encuentran igualmente protegidas en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El recurrente, por consiguiente, se encontraba autorizado para negarse a prestar el juramento; en la salvaguardia de sus derechos fundamentales no podía perjudicársele mediante la condena a pagar una multa y a hacerse cargo de las costas [...]

²¹ *Art. 136 (4) WRV: Nadie puede ser compelido a efectuar un acto o ceremonia de carácter eclesiástico o a participar en prácticas religiosas o a valerse de una determinada forma de juramento religioso.*

El recurrente que, en su convicción doctrinaria, no acepta la interpretación que la Constitución y la ley ordinaria hacen del juramento, y que ve éste, incluso en su actual forma no religiosa, como una actividad vinculada a la religión y, al tenor del Sermón de la Montaña, prohibida por Dios, se encuentra protegido por el derecho fundamental a la libertad de creencia, de conformidad con el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Él se negó a prestar el juramento como testigo no sin un “motivo legal” en el sentido del §70, párrafo 1 StPO y por consiguiente no estaba impedido –ni siquiera indirectamente mediante la condena a una sanción– para actuar de conformidad con el mandato de su conciencia.

1. La libertad de creencia de conformidad con el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental le garantiza al individuo una esfera legal, en la cual puede determinar la forma de vida que corresponde a sus convicciones (BVerfGE 12, 1 [3]). Dentro de esto se encuentra no sólo la libertad (interna) de creer o no creer, sino también el derecho del individuo de dirigir la totalidad de su comportamiento con base en las enseñanzas de sus creencias y de actuar de acuerdo con sus convicciones internas (BVerfGE 32, 98 [106]). Del mandato, vinculante para el Estado, de mantener una neutralidad religiosa (BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]) y del principio de la paridad de las iglesias y los credos (BVerfGE 19, 1 [8]; 24, 236 [246]), se sigue el que no pueda jugar rol alguno la fuerza numérica o la relevancia social que tenga una determinada confesión. Como expresión específica de la dignidad humana, garantizada en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege también las convicciones doctrinarias que surgen aisladamente o que se apartan de las enseñanzas de las iglesias y de las comunidades religiosas. Al Estado le está prohibido privilegiar determinados credos (BVerfGE 19, 206 [216]) o valorar las creencias o no creencias de sus ciudadanos (BVerfGE 12, 1 [14]).

El derecho a la libertad de credo, garantizado por la Ley Fundamental, no puede ser relativizado ni por el derecho ordinario ni mediante una cláusula indeterminada de ponderación de los bienes jurídicos. Sus límites sólo pueden ser fijados por la Constitución misma, esto es, de conformidad con los criterios del orden de valores y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores fundamental (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 98 [108]). La estrecha relación de la libertad de credo con la dignidad humana, como valor supremo en el sistema de los derechos fundamentales, excluye especialmente las actividades y conductas que se derivan de un determinado credo de la posibilidad de aplicarles, sin más, las sanciones que el Estado prevé para tales conductas –cuando éstas son independientes de una motivación doctrinal– (BVerfGE 32, 98 [108]). Más aún, es típico de un Estado que declara la dignidad humana como el valor constitucional supremo y que garantiza la libertad de credo y conciencia sin reserva legal como un derecho irrenunciable, que se conceda también a los secesionistas y sectarios el libre desarrollo de su personalidad de conformidad con sus convicciones subjetivas, en tanto que no se encuentren en contradicción con otros valores de la Constitución, y que con su conducta no se deriven perjuicios perceptibles para la comunidad o los otros derechos fundamentales.

2. a) El recurrente se negó a prestar el juramento con base en una convicción propia, que se derivaba de la Biblia. Expresó que, de acuerdo con sus convicciones, todo tipo de juramento estaba prohibido por sentencia divina; el acto de jurar como tal representaba, desde su punto de vista, una idea mágica, incompatible con la doctrina cristiana, que implica maldecirse a sí mismo en caso de romper el juramento. Esa convicción encuentra al tenor de la Biblia (Mateo 5, 33-37) una cierta base y es sostenida por una línea de la nueva teología. (Documentado por Hildburg Bethke: *Eid, Gewissen, Treuepflicht (Juramento, Conciencia, Deber de Lealtad)* [1965], en especial, Gollwitzer p. 7; Fürst pp. 68 y ss.; Bauernfeind pp. 79 y ss.). Por tanto, en el marco del Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no pueden quedar sin ser tenidos en cuenta. Al Estado le está prohibido evaluar esta clase de convicciones de sus ciudadanos o calificarlas como “verdaderas o falsas”.

b) La negativa del recurrente a jurar cierra, principalmente, la posibilidad de que el Estado intervenga en el ámbito de las creencias internas y entra en conflicto con un deber que la comunidad estatal ha impuesto en principio a todos los ciudadanos en interés de una administración de justicia efectiva. El legislador ve especialmente en los procesos penales el juramento de los testigos como un medio indispensable en todos los casos para encontrar la verdad y parte por tanto –al contrario de otros ordenamientos procesales (véase, por ejemplo, el § 391 ZPO)– en los §§59 y ss. StPO del principio de la toma de juramento obligatoria.

Si bien el derecho ordinario –considerado en sí mismo– exige al recurrente la prestación del juramento, éste debe ceder frente al derecho fundamental superior del recurrente, que le permite rechazar el juramento con base en sus convicciones, y le garantiza el no ser obligado indirectamente, a través de una sanción penal, a hacer algo en contra de sus creencias, así como a no ser sometido a limitación alguna derivada del mismo sistema de valores de la Ley Fundamental.

Una limitación de esta clase no se deriva en especial, del Art. 136 WRV en relación con el Art. 140 de la Ley Fundamental. La relación en que se encuentra esa disposición de la Constitución de Weimar y que fue adoptada por la Ley Fundamental, con el derecho fundamental de la libertad de creencia, no justifica el desvío que se le dio al Art. 136 inc. 4 WVR en la sentencia del tribunal superior, que se impugna, al establecer que toda persona puede ser constreñida en el marco de la legislación vigente, a emplear una forma de juramento no religiosa. El constituyente derivó la libertad de creencia y conciencia del contexto del artículo sobre la iglesia de la Constitución Imperial de Weimar, y sin ningún tipo de reserva legal, recogió los derechos fundamentales vinculantes en el catálogo, que se encuentra en la cúspide de la Constitución (BVerfGE 19, 206 [219 y ss.]; 24, 236 [246]). El Art. 136 WRV, por tanto, se debe interpretar a la luz de la considerable envergadura que ha tenido (véase Art. 135 WRV)²² el derecho fundamen-

²² *Art. 135 WRV: Libertad de conciencia. Práctica de la religión.* Todos los habitantes del Reich gozan de plena libertad de creencia y de conciencia. La Constitución garantiza el libre ejercicio del culto, que pone bajo la protección del Estado. Esto se entiende sin menoscabo de las leyes generales del Estado.

tal a la libertad de conciencia y creencia; por su peso y significado en el contexto del orden constitucional, éste se sobrepone al Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase también Herzog en Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 4, párrafo 117; Bahlamn, “Der Eideszwang al Verfassungsrechtliches Problem”, en *Escritos en honor de Adolf Arndt*, p. 37 [47 y ss.]). Qué deberes ciudadanos en el sentido del Art. 136 párrafo, 1 WRV²³ se pueden hacer prevalecer mediante coerción estatal, frente al derecho a la libertad del Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se puede establecer bajo el imperio de la Ley Fundamental, sólo con base en los valores contemplados en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

No existen elementos para considerar la existencia de un obstáculo derivado de la sistemática constitucional, por virtud del cual deba limitarse el ámbito de protección del Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en el sentido de excluir la consideración de la decisión del recurrente tomada con base en sus convicciones para el caso del juramento de testigos; lo anterior pudiera derivarse de los Arts. 56 y 64, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que obligan al Presidente Federal y a otros órganos constitucionales a prestar un juramento al tomar posesión del cargo. En estos casos, la obligación de prestar juramento tiene su origen en la decisión –tomada libremente– de aceptar la elección para ocupar un cargo público en un órgano constitucional, lo cual implica representar al Estado en forma particular y directa; ello presupone, por consiguiente, que la persona electa se identifique plenamente con los valores consignados en la Constitución. En cambio, toda persona está obligada a declarar como testigo ante los tribunales y –de acuerdo con la ley– a prestar juramento para garantizar la veracidad de su declaración. El deber de prestar juramento puede hacerse cumplir mediante los medios coercitivos contemplados en la ley (véase § 70 StPO, §390 ZPO). En todos los casos en los que un tribunal ordena a un testigo prestar juramento y éste se niega con base en sus convicciones, se da un conflicto que el ciudadano implicado no puede eludir. Debido a esa diferencia básica entre el juramento del testigo y el juramento al tomar posesión de un cargo, se excluye la posibilidad de tratar las dos clases de juramento en la misma forma [...]

c) El recurrente puede exigir, de acuerdo con el Art. 4. párrafo 1 de la Ley Fundamental, que se le libere de cumplir con el deber de jurar, porque sus convicciones le prohíben este tipo de actuaciones. Con esto no se violan otros intereses de la comunidad que tengan rango constitucional ni los derechos fundamentales de terceros [...]

El interés de la comunidad estatal de contar con una administración de justicia funcional, el cual ocupa un lugar en el sistema de valores de la Ley Fundamental (véase Art. 92 de la Ley Fundamental) y, como toda la jurisprudencia, busca en último término garantizar los derechos fundamentales –y, por ende, no puede ser menospreciado–, no se perjudicará en un caso particular mediante la aceptación de una decisión con base en un credo en contra de la admisibilidad del juramento. El fortalecimiento de la verdad,

²³ Art. 136. (1) WRV: Los derechos y deberes cívicos no están condicionados ni limitados por el ejercicio de la libertad religiosa.

considerada por el legislador como un medio imprescindible para determinar la verdad de un testimonio, no se tiene que llevar a cabo necesariamente bajo la forma de un juramento, mediante el empleo de las palabras “juro” [...] ²⁴

En tanto que el legislador no ha reglamentado en la forma que corresponde al Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la posibilidad de rechazar el juramento con fundamento en determinada convicción, el derecho fundamental expresa su efecto directo y en casos excepcionales en el ámbito del derecho procesal existente (véase BGHSt 19, 323 [330]). El §70, párrafo 1 StPO se debe interpretar de conformidad con la Constitución en el sentido que como “causal legal”, que justifica el rechazo del juramento, se deben considerar no sólo los casos enumerados en el ordenamiento procesal penal (§§ 60 a 63, 66e StPO), sino también el derecho fundamental previsto en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, para exonerar en casos particulares del deber de prestar juramento en una declaración (véase BverfGE 25, 296 [305] sobre el derecho a negarse a declarar que se deriva del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

42. Sentencia BVerfGE 93, 1 [Crucifijo]

1. *La colocación de una cruz o crucifijo en los salones de clase de una escuela estatal obligatoria –cuando se trate de escuelas no confesionales– viola el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
2. *El §13, párrafo 1 frase 3 del reglamento escolar para las escuelas primarias en Baviera es incompatible con el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental y nulo.*

Resolución de la Primera Sala, 16 de mayo, 1995 –1 BvR 1087/91–

A.

El recurso de amparo se refiere a la colocación de cruces o crucifijos en las aulas escolares.

I.

1. De conformidad con el §13, párrafo 1, frase 3 del reglamento escolar para las escuelas públicas de Baviera (Reglamento Escolar, Volksschulordnung–VSO) del 21 de junio de 1983 (GVBl p. 597) en las escuelas públicas debe colocarse en cada salón de clase una cruz [...]

C.

El recurso de amparo se encuentra fundado.

²⁴ Actualmente §§ 66d y 155 StGB.

II.

La decisión atacada viola (además) los derechos del recurrente consagrados en el Art. 4, párrafo 1 en relación con el Art. 6, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental (respecto de los puntos 1. y 2. de la demanda de amparo), y los derechos del recurrente previstos en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental (respecto de los puntos 3. a 5. de la demanda). Estos derechos se relacionan con el §13, párrafo 1, frase 3 VSO, que, a su vez es incompatible con la Ley Fundamental y nulo.

1. El Art. 4, párrafo 1 protege la libertad de creencia. La decisión de optar por una creencia o no corresponde al individuo, no al Estado. Al Estado no le está permitido ni prescribir ni prohibir un credo o religión. A la libertad de creencia pertenece no sólo la libertad de profesar un credo, sino también la libertad de vivir y actuar de conformidad con las propias creencias religiosas (véase BverfGE 32, 98 [106]). La libertad de credo garantiza especialmente el derecho a participar en los actos de culto prescritos por un credo o a través de los cuales tal credo se expresa. Con esto se corresponde, a su vez, la libertad de apartarse de las actividades de un credo que no se comparte. Esa libertad se relaciona igualmente con los símbolos con los cuales se representa un credo o una religión. El Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental permite al individuo determinar qué símbolos religiosos reconoce y venera, y cuáles rechaza. Ciertamente en una sociedad que da espacio a diferentes credos, el individuo no tiene derecho a exigir que se le mantenga apartado de ciertas manifestaciones religiosas, actividades de culto y símbolos religiosos. Esto debe diferenciarse de aquellas situaciones creadas directamente por el Estado en las cuales se exponga al individuo a la influencia de un determinado credo, a las actividades a través de las cuales éste se manifiesta y a los símbolos que lo representan, sin que tenga el particular oportunidad de “hacerse a un lado”. En esta medida, el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental despliega su efecto de garantía de la libertad de los individuos especialmente en aquellos ámbitos que no se han dejado a la iniciativa y organización por parte de la sociedad, sino que pertenecen directamente a la provisión por parte del Estado (véase BverfGE 41, 29 [49]). Por tanto es preciso tener en cuenta el Art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 136, párrafo 2 WVR,²⁵ que de manera expresa prohíben obligar a alguien a participar en ejercicios religiosos.

Sin embargo, el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental no se limita a prohibir al Estado intervenir en las convicciones, actividades y representaciones religiosas de los individuos o las comunidades religiosas, sino que le impone a su vez el deber de asegurarles un ámbito dentro del cual puedan desarrollar su personalidad en el campo ideológico-religioso (véase BVerfGE 41, 29 [49]), y a protegerlos de las intervenciones y obstáculos de los miembros de otros credos o de grupos religiosos con los que compiten. El Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental en principio, no confiere al individuo o a las comunidades religiosas un derecho a exigir el apoyo del Estado para la expresión de

²⁵ Art. 136 (2) WRV: El goce de los derechos civiles y políticos, así como el acceso a los cargos públicos, son independientes de las confesiones religiosas de cada ciudadano.

sus convicciones religiosas. De la libertad de credo contemplada en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental se deriva, por el contrario, el principio de la neutralidad estatal respecto de las diferentes religiones y convicciones. Un Estado en el que conviven partidarios de diferentes –e incluso opuestas– convicciones religiosas e ideológicas, sólo puede garantizar la coexistencia pacífica si él mismo se mantiene neutral en cuestiones de credo. Por tanto, el Estado no debe poner en peligro la paz religiosa en una sociedad. Ese mandato encuentra su fundamento no sólo en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, sino también en el Art. 3, párrafo 3, Art. 33, párrafo 1, así como en el Art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 136, párrafos 1 y 4 y Art. 137, párrafo 1 WRV. Estos artículos prohíben la introducción de formas jurídicas de carácter eclesiástico-estatal, así como privilegiar a determinadas creencias o excluir a personas de otros credos (véase BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; jurisprudencia reiterada). Esto no depende del número de miembros o de la relevancia social (véase BVerfGE 32, 98 [106]). Más bien, el Estado debe dar a las diferentes comunidades ideológicas y religiosas un tratamiento con base en el principio de igualdad (véase BVerfGE, 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]). También allí donde el Estado colabora con ellas o las promueve, eso no debe llevarlo a identificarse con una comunidad religiosa determinada (véase BVerfGE 30, 415 [422]).

Conjuntamente con el Art. 6, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental, que garantiza a los padres el cuidado y educación de sus hijos, como un derecho natural, el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental contempla también el derecho a la educación de los hijos en los aspectos ideológicos y religiosos. Es asunto de los padres transmitir a sus hijos aquellas convicciones religiosas o ideológicas que consideren correctas (véase BVerfGE 41, 29 [44, 47 y ss.]); esto se corresponde con el derecho de mantener a sus hijos alejados de convicciones que les parezcan falsas o perjudiciales.

2. El § 13, párrafo 1, frase 3 VSO, así como por la sentencia impugnada (basada en esa disposición) inciden en este derecho fundamental.

a) El § 13, párrafo 1, frase 3 prescribe la colocación de cruces en todos los salones de clases de las escuelas públicas bávaras. El concepto de cruz abarca, de acuerdo con la interpretación del tribunal en el proceso de origen, cruces con o sin cuerpo. En la revisión de la norma se incluyen por tanto ambos conceptos. Sin embargo, los recurrentes –en su solicitud de protección provisional– solicitaron exclusivamente el retiro de “crucefijos”. Empero, el tribunal administrativo supuso –y así lo manifestó expresamente– que con esta expresión los recurrentes seguramente querían referirse también a cruces sin cuerpo; el tribunal rechazó la solicitud también respecto de este significado amplio.

La disposición que ordena colocar cruces, junto con la obligación de los alumnos de asistir a clases, conducen a que el estudiante durante la clase se encuentre confrontado por el Estado con ese símbolo, sin la posibilidad de apartarse de él, y se vea obligado a aprender “bajo la cruz”. La colocación de cruces en los salones de clases se diferencia, por tanto, de las confrontaciones con símbolos religiosos con diversas

orientaciones, que se tienen usualmente en la vida diaria. De una parte, éstas no provienen del Estado, sino que son consecuencia de la expansión de diferentes creencias y comunidades religiosas en la sociedad y, de otra parte, son más fácilmente evitables.

Ciertamente, el individuo no puede evitar toparse con símbolos o manifestaciones religiosos dentro del paisaje urbano, en el transporte público o al entrar en un edificio. Se trata por lo general, sin embargo, de un encuentro pasajero, y en caso de una confrontación más larga, de todos modos no se encuentra confrontado a una obligación que pueda ser impuesta mediante una sanción.

Debido a la duración e intensidad, el efecto de las cruces en los salones de clases es mayor que el que produce una cruz en un tribunal. El Tribunal Constitucional Federal ha considerado que la obligación de conducir un proceso judicial bajo una cruz en contra de las propias convicciones religiosas o ideológicas constituye una intromisión en la libertad religiosa (lo anterior en un caso en que una de las partes en el proceso era judía, quien consideraba ese hecho como una identificación del Estado con la religión cristiana (BVerfGE 35, 366 [375]) [...]

b) La cruz es símbolo de una creencia religiosa determinada, y no mera expresión de la cultura occidental, forjada bajo influencia del cristianismo [...]

Ciertamente a través de los siglos se han introducido numerosas tradiciones cristianas en los fundamentos culturales generales de la sociedad, de los cuales tampoco se han podido separar los opositores de la cristiandad y los críticos de su herencia histórica. Pero ello debe diferenciarse de los contenidos específicos de la religión cristiana o incluso de una confesión cristiana determinada, incluyendo su representación de manera ritual y su expresión simbólica. Una confesión estatal con esos contenidos, que someta también a los terceros que entren en contacto con el Estado, incide en la libertad religiosa. Este fue el punto de partida adoptado por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia sobre la constitucionalidad de las escuelas simultáneas con carácter cristiano en la región de Baden; ahí, el Tribunal consideró que la escuela puede válidamente confesarse cristiana si esta afirmación se refiere en primer lugar a reconocer los factores culturales y educativos imperantes –como se han desarrollado en la historia de Occidente– mas no en relación con las verdades de la religión cristiana. Sólo haciendo esta diferenciación puede darse esta identificación (incluso frente a los no cristianos), la cual se encuentra legitimada por la continua influencia de factores históricos (cf. BVerfGE 41, 29 [52]).

Hoy como ayer, la cruz constituye uno de los símbolos religiosos específicos del cristianismo. Es, sin más, *el* símbolo particular del cristianismo. La cruz representa de forma gráfica la redención del hombre del pecado original, llevada a cabo mediante la oblación y muerte de Cristo; al mismo tiempo representa también la victoria de Cristo sobre Satanás y la muerte, y su dominio sobre la tierra: sufrimiento y triunfo a la vez (véase la palabra “Cruz” en Hofer/Rahner [comp.] *Lexikon für Theologie und Kirche*, 2ª ed., 1961, t. 6, pp. 605 y ss.; Fahlbusch *et al.* [comp.], *Evangelisches Kirchenlexikon*, 3ª ed., 1989, t. 2, pp. 1462 y ss.). Para los cristianos creyentes es por consiguiente en

muchas formas objeto de veneración y devoción. Acondicionar un edificio o un espacio con una cruz ha sido interpretado tradicionalmente como una confesión de fe del propietario, que se reconoce como cristiano. Para los no cristianos o para los ateos, la cruz constituye –especialmente debido al significado que le atribuyen los cristianos y al significado que ha tenido en la historia– una expresión gráfica de determinadas convicciones religiosas y símbolo de su difusión a través de las misiones. Considerar la cruz como simple expresión de la tradición occidental o un símbolo ritual sin relación específica con un credo –como lo hace la sentencia impugnada– constituiría una banalización del sentido de la cruz, en franca oposición con el concepto que el cristianismo y las iglesias cristianas tienen de sí mismos. El vínculo religioso de la cruz se hace evidente en el contexto del § 13, párrafo 1 VSO.

c) Tampoco puede desconocerse –como sí lo hace la sentencia impugnada– la influencia que la cruz ejerce sobre los escolares.

Ciertamente es correcto afirmar que la colocación de una cruz en los salones de clase no implica un constreñimiento a identificarse con el cristianismo o a aceptar determinadas convicciones o conductas; tampoco se sigue de esto que las clases en materias profanas deban verse influenciadas por la cruz, o que se vean dirigidas por las creencias que ellas simbolizan y las formas de comportamiento que éstas exigen. Pero en esto no se agotan los posibles efectos de la cruz. La educación escolar no sirve solamente para instruir en las técnicas básicas de la cultura y desarrollar las capacidades cognitivas. La escuela debe también promover el desarrollo de las capacidades afectivas y emocionales de los estudiantes. La vida escolar debe propiciar ampliamente el desarrollo de la personalidad del estudiante y, de manera especial, influenciar también el comportamiento social. Es en este contexto que la cruz adquiere su significado en el salón de clases. Ésta tiene un carácter interpelante y presenta los contenidos religiosos que simboliza, como ejemplares y dignos de ser seguidos. Esto ocurre además respecto de personas que, debido a su juventud, son especialmente susceptibles a una influencia mental, pues no tienen sus convicciones aún completamente cimentadas, y deben primero desarrollar su capacidad de crítica y establecer sus propios puntos de vista (cf. BVerfGE 52, 223 [249]).

Las sentencias impugnadas tampoco desconocen por completo el carácter interpelante de la cruz, aunque sí niegan que tenga un significado cristiano específico para los alumnos de otras convicciones. En cambio, consideran que, respecto de los alumnos cristianos, constituye una expresión esencial de sus convicciones religiosas. En forma similar opina el presidente de Baviera, al afirmar que la cruz tiene en las clases generales sólo un valor simbólico específico, que se transforma en un símbolo religioso sólo cuando los estudiantes rezan, o durante la clase de religión.

3. La Constitución garantiza el derecho de la libertad de creencia sin reserva alguna. Esto sin embargo no significa que no pueda haber ningún tipo de restricciones, si bien éstas deben encontrarse en la Constitución misma. Al legislador no le está permitido establecer restricciones que no se encuentren ya en la Constitución. En el

presente caso, no se observan motivos constitucionales que permitan justificar esta intervención.

a) Del Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental no se deriva una justificación de esta clase. Sin embargo, este artículo atribuye al Estado una encomienda en materia educativa (véase BVerfGE 34, 165 [181]). No solamente tiene que organizar la educación escolar y crear escuelas, sino que también puede establecer los objetivos de la educación y los planes de estudio. En ello es independiente de los padres (véase BVerfGE 34, 165 [182]); 47, 46 [71 y ss.]). Por consiguiente la educación escolar y la familiar pueden entrar en conflicto. Más aún, resulta inevitable que en la escuela las diferentes convicciones religiosas e ideológicas de los estudiantes y sus padres se enfrenten de manera especialmente intensa.

Este conflicto entre diferentes portadores de un derecho fundamental, garantizado sin reserva, así como entre ese derecho y otros bienes protegidos constitucionalmente, se soluciona de conformidad con el principio de concordancia práctica, que exige que no se dé preferencia a una de las posiciones legales en conflicto (maximizándola a costa de las otras), sino que se procure lograr un equilibrio que proteja lo más posible todas las posiciones (cf. BVerfGE 28, 243 [260 y ss.]); 41, 29 [50]: 52, 223 [247, 251]).

Un equilibrio tal no exige al Estado –para el cumplimiento de sus funciones educativas que le atribuye el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental– renunciar completamente a cualquier relación ideológico-religiosa. El Estado que garantiza la libertad de credo de manera integral y se obliga a sí mismo a mantenerse neutral en materia religioso-ideológica, tampoco puede ignorar los criterios y convicciones (enraizados históricamente y transmitidos culturalmente), en los cuales se basan las relaciones sociales y de los cuales depende el cumplimiento de sus propias labores. La fe cristiana y las iglesias cristianas –independientemente del modo en que se juzgue actualmente su herencia– han ejercido una gran influencia. Las tradiciones de pensamiento que se apoyan en ellas, los modos de comportamiento y experiencias y el sentido que aportan no pueden ser indiferentes para el Estado. Esto es válido particularmente para las escuelas, en las que los fundamentos culturales de la sociedad se transmiten y renuevan de manera especial. De otra parte, el Estado –que obliga a los padres a enviar a sus hijos a las escuelas estatales– debe tener en cuenta la libertad religiosa de aquellos padres que deseen una educación de carácter religioso. La Ley Fundamental ha reconocido esto expresamente en el Art. 7, párrafo 5 de la Ley Fundamental, por lo que autoriza la creación de escuelas estatales con determinada orientación religiosa o ideológica, considera la clase de religión como materia ordinaria (Art. 7, párrafo 3 de la Ley Fundamental) y, adicionalmente, deja espacio para que ejerciten activamente sus convicciones religiosas (véase BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 y ss.]).

Sin embargo, en una sociedad pluralista resulta imposible tomar en cuenta, por completo, para la estructuración de la escuela pública obligatoria, todos los conceptos educativos de los padres. Resulta especialmente difícil garantizar al mismo tiempo los

aspectos positivos y negativos de la libertad religiosa en una misma institución estatal. De ahí que el particular, en el marco de la escuela, no pueda invocar en forma absoluta el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Al legislador local corresponde resolver—con base en el mandato de la tolerancia—la inevitable tensión que se genera entre la libertad religiosa en sentido positivo, y la libertad religiosa en sentido negativo. El legislador debe, en el proceso de conformación de la voluntad pública, buscar un compromiso razonable que pueda ser aceptado por todas las partes involucradas. Para su reglamentación se puede orientar de una parte en el Art. 7 de la Ley Fundamental, que en la esfera de las escuelas admite la influencia ideológico-religiosa y, de otra parte, en el Art. 4 de la Ley Fundamental que ordena en caso de decidir a favor de una determinada forma de escuela, apartarse lo más que se pueda de coerciones ideológico-religiosas; ambas disposiciones deben ser analizadas en conjunto, y al interpretarlas deben ser armonizadas entre sí, pues sólo habiendo concordancia entre los bienes jurídicos protegidos en ambos artículos puede darse una solución conforme con la decisión de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 41, 29 [50 y ss.]).

El Tribunal Constitucional Federal ha llegado a la conclusión de que al legislador estatal no le está prohibido introducir elementos cristianos al reglamentar la configuración de las escuelas primarias públicas, incluso si los padres no desean una educación religiosa para sus hijos y—para cumplir con la obligación de educar a sus hijos—no puedan evitar llevarlos a dichas escuelas. Sin embargo, lo anterior supone que no se rebase el mínimo indispensable de obligatoriedad. Esto significa especialmente que la escuela no puede cumplir sus funciones en el ámbito ideológico-religioso con carácter misional, ni puede exigir que los contenidos del credo cristiano sean considerados como vinculantes. La aceptación del cristianismo se relaciona especialmente con el reconocimiento de los factores culturales y educativos que han ejercido influencia, pero no se refiere a los contenidos religiosos concretos. Al cristianismo—como factor cultural—le pertenece de manera particular la idea de tolerancia frente a quienes piensan de otro modo. La confrontación de personas no cristianas con una idea del mundo influida por el cristianismo, no lleva a una valoración discriminatoria de otras ideologías no cristianas, máxime cuando se trata no de la transmisión de la fe, sino del deseo de desarrollar la personalidad autónoma en la esfera ideológico-religiosa, con base en la decisión fundamental del Art. 4 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 41, 29 [51 y ss.]); 41, 65 [85 y ss.]). El Tribunal Constitucional Federal, por consiguiente, ha declarado la constitucionalidad de la reglamentación de las escuelas cristianas interconfesionales, prevista en el Art. 135 frase 2 de la Constitución de Baviera, con base sólo en una interpretación conforme a la Constitución (véase BVerfGE 41, 65 [66 y 79 y ss.]); y en relación con las escuelas simultáneas con carácter cristiano en la región de Baden, ha subrayado que no se trata de escuelas biconfesionales (véase BVerfGE 41, 29 [62]). La colocación de cruces en los salones de clase sobrepasa los límites señalados para las orientaciones religioso-ideológicas de las escuelas. Como ya se ha establecido, la cruz

no se puede desprender de su relación específica con las convicciones de la cristiandad, reduciéndola a un mero símbolo común de la tradición cultural de Occidente. La cruz simboliza el núcleo esencial de las convicciones cristinas; si bien es cierto que el cristianismo ha contribuido de muy diversas maneras a la conformación del mundo occidental, también es cierto que no todos los miembros de la sociedad comulgan con él y muchos de ellos –en ejercicio de su derecho fundamental consagrado en el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental– lo rechazan. Su colocación en las escuelas primarias públicas obligatorias es, por consiguiente, incompatible con el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en la medida que no se trata de escuelas con orientación cristiana.

b) La colocación de cruces tampoco se justifica con base en la libertad religiosa, entendida en sentido positivo, de los padres y estudiantes de confesión cristiana. La libertad de credo positiva la tienen todos los padres y estudiantes por igual, no sólo los cristianos. El conflicto que de allí se deriva no se puede resolver con base en el principio de la mayoría, porque precisamente el derecho fundamental de la libertad de credo persigue –en gran medida– proteger a las minorías. Además, el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental no confiere a los portadores del derecho fundamental un derecho absoluto a ejercer su credo en el marco de las instituciones estatales. En la medida que la escuela (en concordancia con la Constitución) deje espacio para ello –por ejemplo, en la clase de religión, la oración escolar y otras actividades religiosas–, éstas deben estar orientadas por el principio de autonomía (libertad de decisión), dejándoles a las otras creencias la posibilidad de apartarse, en forma razonable y no discriminatoria. Este no es el caso tratándose de la colocación de cruces en los salones de clases, de cuya presencia y exigencia no se pueden sustraer otros credos. Finalmente, no sería compatible con el mandato de la concordancia práctica del orden jurídico que los sentimientos de personas de otros credos tuvieran que ser relegados completamente, para que los estudiantes de credo cristiano pudieran aprender bajo el símbolo de su credo –más allá de las clases de religión y las devociones voluntarias– las materias profanas.

**Voto particular de los magistrados Seidl y Söllner y de la magistrada Haas
a la Resolución de la Primera Sala, 16 de mayo, 1995
–1 BvR 1087/91–**

No compartimos la interpretación de la mayoría de la Sala, según la cual el §13, párrafo 1, frase 3 del reglamento escolar para las escuelas públicas de Baviera, que ordena colocar una cruz en todos los salones de clases, viole la Ley Fundamental [...].

43. Sentencia BVerfGE 104, 337 [Degollamiento ritual de animales, *Schächten*]

1. *La actividad de un carnicero extranjero de confesión musulmana que degüella animales sin anestesiarlos (degollamiento ritual de animales) para posibilitar a sus clientes el consumo de carne en concordancia con sus convicciones religiosas, debe ser analizada desde el punto de vista jurídico-constitucional a la luz del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental.*
2. *A la luz de estas normas constitucionales, el § 4 a, párrafo 1 en relación con el párrafo 2, número 2, alternativa dos de la Ley para Proteger a los Animales, ha de ser interpretado de tal forma que un carnicero musulmán pueda obtener una autorización excepcional para degollar animales en forma ritual.*

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de mayo, 2002 - 1 BvR 1783/99-

Fundamentos de la Resolución:

A.

El recurso de amparo se refiere al otorgamiento de una autorización especial para el degollamiento ritual de animales (*Schächten*), es decir, el matar animales de sangre caliente sin anestesiarlos previamente[...]

El § 4 a de la Ley para la Protección de Animales (Tierschutzgesetz, en lo sucesivo TierSchG) es del tenor siguiente:

(1) Un animal de sangre caliente puede ser sacrificado únicamente cuando es anestesiado antes de que comience el sangrado.

(2) Excepcionalmente a lo previsto por el párrafo 1, no hace falta anestesia, cuando:

1. [...]

2. La oficina correspondiente otorga una autorización especial para sacrificar animales sin anestesia (*Schächten*); dicha oficina puede otorgar una autorización especial únicamente en la medida en que ello sea necesario para satisfacer –dentro del ámbito de protección de esta ley– las necesidades de personas pertenecientes a determinadas comunidades religiosas, cuando existan disposiciones imperativas por parte de estas comunidades religiosas que ordenen el degollamiento ritual sin anestesia de animales (*Schächten*) o que prohíben disfrutar de carne de animales que no hayan sido degollados en forma ritual[...]

II.

El quejoso es un ciudadano turco y según sus propias declaraciones –las cuales no fueron controvertidas durante el procedimiento– es un musulmán sunnita que sigue

estrictamente su confesión. Desde hace 20 años vive en la República Federal Alemana y opera en una carnicería el estado de Hessen, de la que se hizo cargo en 1990, habiendo sido operada antes por su padre. Para atender las necesidades de sus clientes de religión musulmana, hasta principios de septiembre de 1995 había obtenido una autorización especial para sacrificar animales sin anestesia, de conformidad con el párrafo § 4 a, párrafo 2, número 2 de la TierSchG. Los degollamientos se realizaban en su negocio bajo la vigilancia de un veterinario. Para las épocas subsecuentes el quejoso realizó diversas peticiones solicitando se le concediera una autorización de ese tipo. Dichas solicitudes fueron denegadas [...]

B.

El recurso de amparo se encuentra fundado. Ciertamente, el § 4 a, párrafo 1, en relación al párrafo 2, número 2, alternativa dos de la TierSchG, es compatible con la Ley Fundamental. Sin embargo, las resoluciones controvertidas, mismas que fueron basadas en dichas normas, no resisten el examen del Tribunal Constitucional.

I.

1. El criterio de juicio relevante es en primera línea el artículo 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El quejoso solicitó –como musulmán sunnita creyente– en el proceso de origen una excepción al mandamiento establecido en el § 4 a, párrafo 1 de la TierSchG, que ordena anestesiar a los animales antes de ser sacrificados, de modo que pudiera, al ejercitar su oficio de carnicero, hacer posible a sus clientes musulmanes disfrutar carne de animales sacrificados en forma ritual. El abastecimiento del quejoso para autoconsumo de ese tipo de carne, en cambio, retrocede frente a esto. La segunda alternativa del § 4 a, párrafo 2, número 2 de la TierSchG, con base en el cual las autoridades administrativas y los tribunales apoyaron su resolución a la pretensión del quejoso, incide principalmente sobre la actividad profesional del quejoso como carnicero. Esta actividad no está protegida por el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental debido a que el quejoso no es un ciudadano alemán sino turco. La norma de protección es más bien el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en la forma que resulta de la relación de especialidad entre el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental –que se constriñe exclusivamente a Alemanes– y el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que rige para extranjeros únicamente en forma subsidiaria (Cf. BVerfGE 78, 179 [196 s.]). Sin embargo, para el quejoso el degollamiento ritual no es únicamente un medio para obtener y preparar la carne para sus clientes musulmanes y para él mismo. Más bien, constituye la expresión de una actitud religiosa, la cual abarca para el quejoso –como un musulmán sunnita creyente– la obligación de llevar a cabo el degollamiento ritual según las reglas que son consideradas por él como vinculantes de su religión; lo anterior en ningún momento fue puesto en duda por parte de las sentencias recurridas. Aun cuando el degollamiento ritual considerado en sí mismo no constituye un acto del ejercicio de su religión, también debe tomarse en cuenta adecuadamente que el derecho de libertad de ocupación del quejoso garantizado por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se considera fortalecido por medio del contenido especial de libertad del

derecho fundamental de libertad religiosa del Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental.

2. La posición jurídica de la que goza el quejoso según lo dicho anteriormente y con miras a su actividad como carnicero se encuentra garantizada, aunque únicamente en el marco del orden constitucional según lo señalado por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Al orden constitucional pertenecen todas las normas jurídicas que son compatibles con la Ley Fundamental desde el punto de vista formal y material (Cf. BVerfGE 6, 32 [36 ss.]; 96, 375 [397 s.]; jurisprudencia reiterada). Desde el punto de vista material esto presupone ante todo la protección del principio de proporcionalidad y, en este marco, el respeto de la libertad religiosa.

II.

Estos criterios son cumplidos por el § 4 a, párrafo 1 en relación con el párrafo 2, número 2 alternativa 2 del TierSchG.

1. Si bien la regulación incide en el derecho fundamental contenido en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 4, párrafo 1 y 2 del TierSchG en la medida en que hace posible el degollamiento ritual sin anestesia, como una excepción al mandamiento de anestesiar a los animales según el § 4 a, párrafo 1 del TierSchG en el marco de la actividad profesional de un carnicero musulmán únicamente bajo las condiciones restrictivas de la segunda alternativa del § 4 a, párrafo 2, número 2 del TierSchG. Esta injerencia no ofrece objeción alguna pues está justificada suficientemente desde el punto de vista jurídico constitucional.

a) La TierSchG tiene por objeto proteger la vida y bienestar de los animales, a partir de la responsabilidad de los seres humanos para con el resto de las criaturas. Nadie puede infringir algún tipo de dolor, de sufrimiento o de daño a los animales sin que exista un motivo razonable (§ 1 TierSchG). El § 4 a, párrafo 1 en relación con el párrafo 2, número dos alternativa 2 de la TierSchG tiende a lograr una protección de los animales fundada éticamente (cf. BVerfGE 36, 47 [56 s.]; 48, 376 [389]; 101, 1 [36]). El legislador, al incorporar el principio de que los animales de sangre caliente antes de ser sacrificados y antes de que empiecen a desangrarse sean anestesiados, quiso ampliar la concepción básica descrita en el § 1 TierSchG también a este ámbito. Se trata de un objetivo regulatorio legítimo, que toma en cuenta además la sensibilidad de un amplio círculo de la población.

b) El § 4, párrafo 1 en relación con el párrafo 2, número 2 alternativa 2 de la TierSchG cumple con las exigencias establecidas por el principio de proporcionalidad.

aa) Esta regulación es necesaria y adecuada para alcanzar el objetivo regulatorio mencionado de que también el sacrificar animales de sangre caliente debe estar sujeto a los principios de una protección de los animales dirigida éticamente.

La Constitución atribuye un margen de ponderación al legislador, a fin de determinar la idoneidad y la necesidad de los medios elegidos para la consecución de los objetivos regulatorios establecidos por la ley. Lo anterior tiene también validez al juzgar sobre los fundamentos fácticos de una regulación legal. En esa medida, no puede con-

siderarse que exista una estimación equivocada en el presente caso. Ciertamente existen voces que ponen en duda que el degollamiento de un animal después de haber sido anestesiado infiera al animal significativamente menos dolor y sufrimiento que el degollamiento sin anestesia. Sin embargo esto no parece estar aclarado de manera definitiva por la ciencia[...]

Por lo demás, para la concesión de un permiso de excepción según el § 4 a, párrafo 2, número 2 alternativa 2 de la TierSchG se exige que, en caso concreto, se trate de satisfacer las necesidades de las personas que pertenecen a una comunidad religiosa, cuando las normas imperativas de dicha comunidad prohíben el disfrute de carne de animales que no hayan sido sacrificados de manera ritual. Con ello, es decir, con el hecho de que la ley permita excepciones al mandato de anestésiar a los animales exclusivamente bajo estas condiciones, implica forzosamente una disminución en las cifras de las excepciones que pudieran llegar a presentarse. En el caso de una religión como el Islam, debe añadirse –como ha declarado el Comité Central de los Musulmanes en Alemania en un posicionamiento– que el Islam exige que los animales sean sacrificados de una manera lo más protectora posible. El sacrificio ritual debe realizarse según las reglas del Islam, de manera tal que la muerte del animal sacrificado se produzca lo más rápido posible y que el sufrimiento que llegue a provocarse se reduzca al mínimo, tratando de evitar cualquier tipo de tortura. También tomando esto en consideración, el legislador podía partir del supuesto de que la reserva hecha por el § 4a, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG constituía una medida necesaria y adecuada para garantizar una debida protección de los animales, misma que responde a imperativos éticos.

bb) La regulación legislativa en cuestión también es proporcional en sentido estricto. Haciendo una ponderación general entre la gravedad de la injerencia en el derecho fundamental del § 4 a, párrafo 1 en relación con el párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG, y el peso (así como la urgencia de los motivos que la justifican), puede considerarse que dichas medidas –sacrificar a los animales de sangre caliente únicamente bajo las condiciones establecidas por el legislador, y matarlos sin anestesia previa únicamente sobre la base de un permiso especial– pueden ser exigidas a los afectados (cf. BVerfGE 90,145 [173]; 101,331 [350]).

(1) La injerencia en el derecho fundamental de la libertad de ocupación de un carnicero musulmán, sin embargo, tiene mucho peso. Sin esta regulación de excepción sería imposible para los musulmanes practicantes de su religión –como es el caso del quejoso– seguir desempeñando la ocupación de carnicero en la República Federal Alemana. En caso de que quisieran continuar con su negocio –conservándolo al menos como un punto de venta– tendrían que limitarse a vender carne importada sacrificada ritualmente o vender carne de animales sacrificados en forma no ritual, es decir de animales sacrificados bajo anestesia o, como adujo el quejoso– tendrían que abandonar tal negocio para buscarse una nueva base de subsistencia. Cualquiera de estas decisiones tendría para la persona afectada consecuencias con un alcance muy amplio[...]

La prohibición no afecta únicamente al carnicero musulmán, sino también a sus clientes. Si ellos piden carne de animales sacrificados en forma ritual, esto ciertamente se apoya de manera evidente sobre la convicción de la fuerza vinculante de ciertos preceptos de su religión, en el sentido de que no pueden comer carne de otro tipo. Exigir de ellos que en términos generales se abstengan del consumo de carne sería incompatible con las costumbres alimenticias de la sociedad en la República Federal Alemana; de acuerdo con tales hábitos, la carne constituye un alimento ampliamente difundido; prescindir de carne de manera forzada puede ser considerado como una exigencia que raya en lo insostenible. Ciertamente, los clientes podrían comprar carne importada, de modo que no tuvieran que renunciar al consumo de carne; sin embargo, la falta de contacto personal con el carnicero (y la base de confianza que ello genera) implica forzosamente la falta de certeza para los clientes de que la carne consumida cumpla realmente con los preceptos exigidos por el Islam.

(2) Frente a las consecuencias que pudieran presentarse para el carnicero de confesión musulmana y para sus clientes de igual confesión, se encuentra la obligación de proteger a los animales, lo cual constituye un interés de la comunidad, al que la población atribuye también un valor importante [...] Esta protección se encuentra contemplada sobre todo en la Ley de Protección de Animales (TierSchG).

Sin embargo, esta protección no se encuentra configurada de manera tal que signifique que por mandato legislativo deba ahorrarse a los animales absolutamente cualquier tipo de injerencia en su bienestar. La ley más bien se encuentra determinada por la idea rectora de que no deben infligirse a los animales dolores, sufrimientos o daños sin que exista un motivo razonable (cf. § 1 TierSchG, así como BVerfGE 36, 47 [57]; 48, 376 [389]). Consecuentemente, la ley protectora de animales contempla también otras excepciones al mandato que ordena el sacrificio de animales únicamente bajo anestesia, adicionales a lo dispuesto por el § 4a, párrafo 2, número 2 [...]

Concretamente estas excepciones muestran que el legislador consideró que ahí donde existen puntos de vista objetivos o también motivos relacionados con los usos y la aceptación social, cabe hacer excepciones de la obligación de anestesiarse a los animales, rompiendo así con la obligación de anestesiarse y considerando que tales excepciones son compatibles con los fines de una protección ética de los animales.

(3) Bajo estas circunstancias puede considerarse una excepción a la obligación de anestesiarse a los animales de sangre caliente antes del desangrado; una excepción como ésta no puede excluirse de entrada, máxime cuando se trata, por un lado, de hacer posible el ejercicio de una ocupación –protegida por los derechos fundamentales– con repercusiones de carácter religioso y, por otro lado, de posibilitar la observancia de las normas religiosas (referentes al consumo de alimentos) por parte de los clientes de la persona que ejerce dicha ocupación. Sin ese tipo de excepciones, los derechos fundamentales de aquellas personas que en forma habitual y profesional desearan llevar a cabo sacrificios de animales sin utilizar anestesia, se verían restringidas de manera insostenible; las exigencias de la protección de los animales recibirían una preeminencia

de manera unilateral sin contar con una justificación jurídico-constitucional suficiente. En vez de ello, lo que hace falta es una regulación que cumpla al mismo tiempo, de manera ponderada, tanto con los derechos fundamentales indicados como también con los fines de la protección ética de los animales.

(a) El §4 a, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG cumple con estas exigencias en principio. La regulación pretende —con miras a las normas alimentarias especialmente del mundo Islámico y Judío— hacer posible el sacrificio de animales por motivos religiosos sobre la base de una regulación de excepción. Mediante el instrumento de una regulación de excepción debe abrirse un camino que permita hacer frente a la crítica pública realizada a los sacrificios rituales motivados religiosamente sin empleo de anestesia, especialmente en la forma de los así llamados sacrificios caseros o privados (cf. BT-Druck 10/5259, p. 32, bajo número I 2 núm. 3). De este modo, como se ha mencionado anteriormente, se puede asegurar a través de disposiciones secundarias que se le ahorren al animal, que ha de ser sacrificado, todos los dolores y sufrimientos que sean evitables. Según esta disposición, el objeto perseguido por esta regulación consiste en garantizar los derechos (protegidos constitucionalmente) de musulmanes y judíos practicantes, sin necesidad de abandonar los principios y obligaciones de una protección de los animales fundada éticamente. Lo anterior considera de manera adecuada también los derechos del quejoso.

(b) En cambio, si las circunstancias de hecho establecidas en el § 4, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG fueran entendidas tal y como las interpretó el Tribunal Federal Administrativo en su sentencia del 15 de junio de 1995 (BVerwGE 99, 1), habría que juzgar de modo diverso. El tribunal negó que existieran los presupuestos de hecho de esta norma, argumentando que ni el Islam Sunnita —al que pertenece el quejoso—, ni el Islam en general prohíben de manera absoluta el consumo de carne de animales que no hayan sido sacrificados ritualmente (cf. *ibid.*, p. 9). El § 4 a, párrafo 2, número 2 de la TierSchG exige determinar de manera objetiva las disposiciones taxativas de una comunidad religiosa en relación con la prohibición de anestesia para sacrificar a los animales. Una interpretación particular que considere exclusivamente la convicción religiosa subjetiva (aún cuando sea considerada como obligatoria) de los miembros de una comunidad de ese tipo, sería por tanto incompatible con el contenido regulatorio de la ley (*ibid.*, pp. 4 y ss.).

Esta interpretación no considera en forma adecuada el significado y la extensión del derecho fundamental protegido por el artículo 2, párrafo 1, en relación con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. Dicha interpretación conduce al resultado de que el § 4 a, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG, tratándose de musulmanes quedaría en el vacío, al no tomar en consideración sus convicciones religiosas. La actividad profesional de un carnicero que, en vista de las regulaciones alimentarias de su convicción religiosa y la de sus clientes, desea realizar sacrificios rituales, a fin de garantizar el abastecimiento de carne de animales sacrificados sin anestesia sería impedida por dicha regulación. Esto grava a los afectados de una manera desproporcio-

nada y cumple exclusivamente en forma unilateral con las exigencias de la protección de animales. En una interpretación de este tipo, el § 4 a, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG sería inconstitucional.

(c) Este resultado puede ser evitado interpretando los presupuestos de hecho de “comunidad religiosa” y de “disposiciones taxativas” de modo que dicha interpretación considere adecuadamente el derecho contenido en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental[...]

Como “comunidad religiosa” en el sentido del § 4 a, párrafo 2, número 2 de la TierSchG, también deben entenderse aquellas agrupaciones al interior del Islam, cuya orientación religiosa se distinga de otras comunidades Islámicas (cf. *ibid.*, p. 236). Esta interpretación del término de comunidad religiosa es compatible con la Constitución y considera de manera adecuada el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. También es compatible con el tenor literal de la disposición mencionada, y corresponde con la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de aplicación del § 4 a, párrafo 2, número 2, de la TierSchG, no sólo para los miembros del mundo religioso judío, sino también para los miembros del Islam y sus diversas ramas religiosas (BT-Druck 10-5259, S.38).

Lo anterior tiene también consecuencias indirectas para el tratamiento que se dé a los restantes requisitos de “disposiciones taxativas”, las cuales prohíben a los miembros de una comunidad religiosa disfrutar carne de animales no sacrificados en forma ritual. Las dependencias públicas deben determinar si se cumple con este requisito, y en caso de controversia, también los tribunales deberán determinar si se cumple con este requisito fáctico para el otorgamiento de la autorización especial solicitada, la cual deberán estudiar y decidir. El punto de referencia para la realización de este examen –tratándose de una religión que, como el Islam, sostiene diversas posturas respecto del mandamiento de comer carne de animales sacrificados ritualmente– no necesariamente debe ser el Islam tomado en su totalidad, como tampoco las diversas corrientes al interior de una confesión, como serían los sunnitas o los chiitas. La pregunta sobre la existencia de mandatos obligatorios debe responderse más bien en relación con la comunidad religiosa *concreta*, que puede presentarse incluso dentro de una corriente determinada al interior de una misma religión (cf. también BVerwGE 112, 227 [236]).

Con ello basta que aquella persona que requiere de un permiso especial (según el § 4 a, párrafo 2, número 2, alternativa dos de la Ley Protectora de Animales) a fin de abastecer a los miembros de una comunidad religiosa, exponga de manera fundada y lógica que –según la convicción religiosa común– el consumo de carne de animales exige forzosamente el sacrificio ritual sin anestesia de los animales (cf. BVerwGE 94, 82 [87 s.]). Si se realiza una solicitud y una argumentación en este sentido, el Estado –que no puede pasar por alto el concepto que una comunidad religiosa tiene de sí misma (vgl. BVerfGE 24, 236 [247 s.])– debe abstenerse de juzgar dicha regla religiosa (vgl. BVerfGE 33, 23 [30]). Tampoco puede negar el carácter “taxativo” de una norma religiosa a la luz del Art. 4 de la Ley Fundamental, por el mero hecho de que dicha religión, al mismo tiempo conozca normas que tomen en consideración las necesidades de con-

ciencia de sus fieles y que, por ejemplo, en vistas a que se encuentren en un lugar determinado, así como las costumbres alimentarias ahí vigentes, admitan ciertas excepciones. Más bien debe otorgarse al solicitante la autorización especial solicitada, siempre que ésta no deba negarse por otros motivos. Para ello debe asegurarse que las exigencias de las normas protectoras de animales sean cumplidas en la medida más amplia posible, lo cual se logra a través de disposiciones secundarias y de inspecciones sobre su cumplimiento, así como mediante evaluaciones de la pericia técnica y la aptitud personal del peticionario en relación con su habilidad para realizar el sacrificio ritual (cf. también. auch BVerwGE 112, 227 [236])[...]

III.

I. Las resoluciones recurridas –tanto de la autoridad administrativa como de la judicial– lesionan el derecho del quejoso contemplado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. Las autoridades administrativas y los tribunales administrativos ignoraron la necesidad y la posibilidad de realizar una interpretación del § 4 a, párrafo 2, número 2, alternativa 2 de la TierSchG que fuera conforme con la Constitución; por tanto, incurrieron en una limitación desproporcionada del derecho fundamental mencionado en la aplicación de las reglas de excepción a la prohibición de realizar sacrificios rituales[...]

44. Sentencia BVerfGE 105, 279 [Osho]

1. *El derecho fundamental de la libertad religiosa contenido en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental no confiere ningún tipo de protección que prohíba al Estado y a los diversos órganos del mismo, analizar y exponer públicamente –también en forma crítica– las actividades y fines de los portadores de dichos derechos fundamentales. Sin embargo, este análisis y discusión debe preservar el mandato de neutralidad del Estado respecto de la religión y cosmovisión y, por tanto, debe desarrollarse con reserva. Al Estado le está prohibido realizar representaciones difamatorias, discriminatorias o distorsionantes de la realidad acerca de una comunidad religiosa o grupo ideológico.*
2. *El gobierno de la República Federal Alemana tiene a su cargo la tarea de dirección de los asuntos estatales; por tanto se encuentra facultado para realizar un trabajo informativo y de investigación en todas aquellas áreas en las que le corresponde una responsabilidad estatal general que requiera de ciertas informaciones para poder ser cumplida.*
3. *Para la actividad informativa del gobierno de la República Federal Alemana –en el marco de la dirección de los asuntos estatales– no se requiere de una autorización especial por medio de ley, ni siquiera en aquellos casos en que dicha actividad conlleve indirectamente una injerencia de facto en los derechos fundamentales de particulares; basta simplemente con que se le haya asignado la dirección de los asuntos estatales.*

**Resolución de la Primera Sala del 26 de junio, 2002
- 1 BvR 670/91-**

Fundamentos de la resolución:

A.

El recurso de amparo se refiere a manifestaciones vertidas por el Gobierno Federal sobre el movimiento “Rajneesh Chandra Mohan” y las comunidades pertenecientes al mismo[...]

B.

El recurso de amparo es parcialmente fundado. El resultado al que llegó el tribunal de apelación no ofrece ninguna objeción desde el punto de vista constitucional, en el sentido de que las expresiones “secta”, “religión juvenil”, “secta juvenil” y “psico-secta” –expresiones empleadas por el Gobierno Federal al presentar un informe sobre el movimiento de “Osho” y las comunidades pertenecientes al mismo– hayan sido calificadas de inofensivas en el procedimiento de origen. Sin embargo, la sentencia de apelación dictada por el Tribunal Superior Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) no se sostiene, en tanto que consideró que el empleo de los atributos “destructivo” y “pseudo-religioso” –así como la acusación de manipulación de miembros de esta comunidad también era conforme con la Constitución.

I.

En esa medida, la sentencia lesiona el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental.

1. Los recurrentes son portadores de estos derechos fundamentales. Que ellos –como asociaciones civiles (asociaciones registradas del derecho civil) en términos del §21 del BGB– sean personas jurídicas del derecho civil no obsta para que sean portadoras de tales derechos. Según el Art. 19, párrafo 3 de la Ley Fundamental, el derecho fundamental de la libertad religiosa y la libertad de adoptar una cosmovisión tiene vigencia también para personas jurídicas nacionales, cuando ellas tienen por finalidad la guarda y cuidado o el fomento de una confesión religiosa o ideológica (cf. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [247]; 99, 100 [118])...

2. El derecho fundamental de la libertad religiosa y la libertad de adoptar una cosmovisión abarca, junto con la libertad del individuo de confesar tanto en público como en privado su religión o cosmovisión, también la libertad de asociarse con otras personas de la misma confesión o de la misma convicción ideológica (cf. BVerfGE 53,366 [387]; 83,341 [355]). Las asociaciones mismas, formadas por esta unión de personas, gozan del derecho a confesar una religión o ideología, de profesar dicha confesión, de difundir dicha convicción ideológica, así como del cuidado de promoción de la confesión respectiva (cf. BVerfGE 19, 129 [132]; 24, 236 [246 s.]; 53, 366 [387]). Se encuentra también protegida la libertad de realizar proselitismo para la propia confesión o la propia convicción, así como el derecho de disuadir a otros de la práctica de su propia religión o convicción ideológica (cf. BVerfGE 12, 1 [4]; 24, 236 [245]).

La importancia y el alcance de esta garantía encuentran especial expresión en el hecho de que el Estado, según el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental –pero también según el Art. 3, párrafo 3, frase 1, Art. 33, párrafo 3 y el Art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 136, párrafos 1 y 4, así como el Art. 137, párrafo 1 de la WRV–²⁶ se encuentra obligado a comportarse en forma neutral en cuestiones relativas a la confesión religiosa o la convicción ideológica, y por su parte, a no poner en peligro la paz religiosa en la sociedad (cf. BVerfGE 19,206 [216] 93,1 [16 s.]; 102, 370 [383]). Por tanto, el Art. 4, párrafo 1 protege frente a representaciones discriminatorias o distorsionantes de la realidad de una comunidad religiosa o grupo ideológico. Sin embargo, ello no implica que el Estado y sus órganos deban abstenerse absolutamente de ocuparse de dichas cuestiones. El Estado neutral tampoco está impedido para juzgar –con parámetros seculares– el comportamiento real de una agrupación religiosa o ideológica o de sus miembros, incluso cuando dicho comportamiento esté fundado en última instancia en motivos religiosos (cf. BVerfGE 102,370 [394]). Igualmente, tampoco ha de negarse de entrada a los órganos estatales que tienen funciones de responsabilidad, la información de que disponen el Parlamento, la opinión pública y las ciudadanas y los ciudadanos interesados, sobre los distintos grupos religiosos e ideológicos y su actividad. El Art. 4, párrafos 1 y 2 no protegen contra el análisis y discusión o confrontación pública de los órganos estatales –también en forma crítica– con los portadores de este derecho fundamental. Al Estado se le prohíbe únicamente regular cuestiones genuinamente religiosas o confesionales, así como entrometerse con parcialidad en las convicciones, actuaciones y en la representación de individuos o de comunidades religiosas o ideológicas (cf. BVerfGE 93, 1 [16]; 102, 370 [394]). El Estado no puede privilegiar determinadas confesiones –por ejemplo, identificándose con ellas– como tampoco puede perjudicar a otras por motivo del contenido de su confesión, por ejemplo discriminándolas. En un Estado en el que conviven partidarios de convicciones religiosas e ideológicas diversas, la coexistencia pacífica puede lograrse únicamente cuando el Estado mismo conserva su neutralidad en cuestiones confesionales e ideológicas (cf. BVerfGE 93, 1 [16 s.] con más referencias). Por tanto, el Estado ha de imponerse especial reserva al tratar con comunidades de carácter religioso e ideológico; la medida de dicha reserva se determina con base en las circunstancias del caso concreto.

3. Las manifestaciones realizadas por el Gobierno Federal –las cuales fueron objeto de valoración por parte del tribunal de apelación en relación con el movimiento de “Osho” y sus comunidades– no cumplen cabalmente con los principios expuestos anteriormente.

a) aa) Las resoluciones controvertidas en el presente caso merecen aprobación en referencia a que las expresiones “secta”, “religión juvenil”, “secta juvenil” y “psico-secta” –en cuanto referidas al movimiento de “Osho” y a las comunidades pertenecien-

²⁶ Weimarer Reichsverfassung, Constitución de Weimar. Dichas disposiciones se encuentran aún vigentes.

tes al mismo— no presentan objeción desde el punto de vista jurídico-constitucional. Estas afirmaciones en sí mismas no inciden en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad religiosa o de convicción ideológica. Dichas afirmaciones no contienen representación difamatoria o distorsionante de la realidad alguna, sino que se mueven dentro del marco de una actividad informativa conducida objetivamente, en relación con las comunidades involucradas y acatan con ello la reserva que el Estado y sus órganos deben observar de acuerdo con el mandato de neutralidad en materia religiosa e ideológica[...]

b) Con el empleo de los atributos “destructiva” y “pseudo-religiosa”, así como al acusar [a dicha organización] de manipular a sus miembros, se lesionan los derechos de la quejosa garantizados por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental a ser tratada por el Estado con reserva y en forma neutral desde el punto de vista religioso-ideológico. Sin embargo, los atributos de una “injerencia en un derecho fundamental” —en el sentido tradicional del término— no se cumplen del todo. En términos generales, por injerencia en un derecho fundamental se entiende un procedimiento jurídico-formal, que de manera inmediata y dirigida (es decir, encaminada a tal fin), es llevado a cabo por el Estado a través de un mandato o una prohibición (que en última instancia puede ser impuesto coercitivamente por medio de la fuerza pública), con un carácter imperativo de tal magnitud, que conduzca a una disminución de las libertades constitucionales. Las manifestaciones controvertidas, objeto de la presente resolución, no presentan ninguno de estos atributos [...]

Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para medir manifestaciones de este tipo a la luz del Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. De acuerdo con la Ley Fundamental, la protección frente a violaciones de los derechos fundamentales no depende del concepto de injerencia; la de la Ley Fundamental tampoco determina el contenido de dicha protección. Las afirmaciones realizadas tuvieron, en relación con el quejoso, un efecto mediato de carácter fáctico. Para que las violaciones del derecho fundamental contemplado en el Art. 4, párrafos 1 y 2 no puedan ser objetadas desde el punto de vista constitucional, es necesario que exista alguna justificación jurídico-constitucional suficiente.

c) Ello no se cumple en el presente caso. Ciertamente el Gobierno Federal —al emitir las declaraciones controvertidas— actuó dentro del marco de su competencia informativa (*vid. infra* aa). Sin embargo, las quejosas fueron lesionadas en sus derechos fundamentales contemplados en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental de manera desproporcionada (*vid. infra* bb).

aa) El Gobierno Federal está facultado para informar al parlamento y la opinión pública sobre el movimiento de “Osho”, sobre las comunidades pertenecientes a él, así como sobre sus objetivos y actividades. El Estado podía para ello derivar sus facultades directamente de la Constitución, con base en la función de conducir la actividad estatal, sin que necesitara para ello de autorización adicional alguna por parte de una ley secundaria.

(l) (a) La facultad para emitir este tipo de informaciones se deriva de la tarea conferida al Gobierno Federal –dentro del marco de sus tareas públicas– de ocuparse también de cuestiones actuales controvertidas que afectan a la opinión pública de manera relevante; con ello, el Estado cumple con su función de conducir la actividad estatal [...]

bb) La calificación del movimiento de “Osho” y de los grupos pertenecientes al mismo como “destrutivo” y “pseudo-religioso”, así como la acusación dirigida en contra de ellos de manipular ampliamente a sus miembros y de separarlos de la vida pública, constituyen expresiones que violan el mandato de neutralidad del Estado y no resisten el examen realizado por el Tribunal Constitucional. Dichas expresiones son injustificadas, atendiendo a los criterios del principio de proporcionalidad [...]

Estos atributos y estas acusaciones son difamatorios para las quejosas. También resulta comprensible que éstas hagan valer que, como consecuencia de dichas manifestaciones, temen que se presenten desventajas graves, como, por ejemplo, la pérdida de algunos de sus miembros actuales, que disminuya la adherencia de nuevos miembros o que dejen de percibirse apoyos de carácter financiero. El Gobierno Federal no hizo valer (y tampoco alcanzan a verse claramente) argumentos de peso suficientes, fundados en hechos concretos, que –con miras al deber de reserva al que debe sujetarse el Estado– pudieran justificar las manifestaciones vertidas[...]

45. Sentencia BVerfGE 108, 282 [Velo islámico]

1. *La legislación vigente en el Estado federado de Baden-Württemberg no contiene un fundamento legal suficiente para prohibir a maestros la utilización del velo islámico²⁷ en la escuela y durante clases.*
2. *l cambio social –relacionado con un creciente pluralismo religioso– puede dar motivo al legislador para una nueva regulación de los elementos de carácter religioso permitidos en las escuelas.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 24 de septiembre, 2003 - 2 BvR 1436/02 -

Fundamentos de la resolución:

A.

La quejosa reclama la reinstalación en el sistema escolar en el Estado federado de Baden-Württemberg. Con el presente recurso de amparo, la quejosa recurre una reso-

²⁷ La sentencia hace referencia al “hijab” o “rabta”, prenda de vestir que utilizan las mujeres musulmanas para cubrirse el cabello y el cuello. El término alemán *Kopftuch* resulta más preciso que los términos castellanos “velo” o “pañuelo”. [N. del t.]

lución del Ministerio Superior de Educación Escolar de Stuttgart, confirmada por los tribunales administrativos. Con dicha resolución, se negó a la quejosa ser admitida al estatus de servidor público a prueba (en calidad de maestra de enseñanza primaria y de enseñanza general básica), argumentando que carecía de la idoneidad requerida por el cargo, atendiendo a su intención expresa de portar velo islámico en la escuela y durante clases [...]

B.

El recurso de amparo es procedente y fundado. Las resoluciones recurridas atentan contra el Art. 33, párrafo 2 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental y con el Art. 33, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

La utilización del velo islámico, en el contexto que ha de ser analizado por la presente resolución, pone de manifiesto la pertenencia de la quejosa a la comunidad religiosa del Islam y hace evidente su identificación personal como musulmana. Considerar dicho comportamiento como una “falta de aptitud o idoneidad” para ocupar el cargo de maestra de escuela primaria y de escuela de enseñanza general básica, constituye una injerencia en el derecho de la quejosa a tener el mismo acceso a los cargos públicos, contenido en el Art. 33, párrafo 2 de la Ley Fundamental en relación con el derecho fundamental de la libertad religiosa garantizado por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, sin que exista para ello –en la actualidad– el necesario fundamento legal, suficientemente determinado. Con ello, se le ha negado a la quejosa el acceso a un cargo público en forma insostenible desde el punto de vista constitucional.

II.

1. El Art. 33, párrafo 2 de la Ley Fundamental abre a todos los alemanes las mismas posibilidades de acceso a cualquier cargo público, de conformidad con sus aptitudes, sus capacidades y su desempeño técnico.

a) El derecho contenido en el Art. 33, párrafo 2 de la Ley Fundamental –equiparable a un derecho fundamental– garantiza la extensión del derecho a elegir libremente la profesión u ocupación (Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental), en la medida en que ello es posible, en atención a que las corporaciones de derecho público lícitamente pueden limitar el número de plazas disponibles en el servicio público (cf. BVerfGE 7, 377 [397 s.]; 39, 334 [369]). El Art. 33, párrafo 2 de la Ley Fundamental no confiere un derecho subjetivo a asumir un cargo público (cf. BVerfGE 39, 334 [354]; BVerwGE 68, 109 [110]). El acceso a ocupar en un cargo público (es decir, a ser admitido en un cargo, lo cual al mismo tiempo se incide en el derecho a elegir libremente una ocupación) puede ser restringido, especialmente en atención a requisitos de admisibilidad de carácter subjetivo (cf. BVerfGE 39, 334 [370]) [...]

2. La prohibición impuesta a un maestro –en tanto que es un funcionario público– por la que se le impide a hacer notar en la escuela y durante clases su pertenencia a una comunidad religiosa, mediante el cumplimiento de normas de vestir motivadas religiosamente, lesiona el derecho individual de libertad religiosa garantizado por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. Dicha prohibición pone a la persona implicada

ante la disyuntiva de tener que elegir entre ejercer el cargo público anhelado o cumplir con las normas religiosas sobre el vestido, que la persona considera obligatorias en conciencia.

El Art. 4 de la Ley Fundamental garantiza en el párrafo 1 la libertad de creencia, de conciencia y de convicción religiosa y de cosmovisión; en el párrafo 2 garantiza el derecho a profesar libremente y sin molestias su religión. Ambos párrafos del Art. 4 de la Ley Fundamental contienen un derecho fundamental unitario, que ha de ser entendido en forma integral (cf. BVerfGE 24, 236 [245 s.]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]). Este derecho no se extiende únicamente a la libertad interior de creer o no creer, sino que abarca también la libertad exterior del individuo de manifestar y difundir su fe (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). A este derecho pertenece también el derecho de cada individuo a orientar toda su conducta según las enseñanzas de su religión, así como actuar de acuerdo con sus convicciones religiosas íntimas. Lo anterior se refiere no sólo a normas religiosas de carácter imperativo, sino también a convicciones religiosas que determinan que cierto comportamiento—en atención a una situación vital concreta—es el correcto (cf. BVerfGE 32, 98 [106 s.]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]).

La libertad religiosa protegida por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental se encuentra garantizada sin reserva alguna. Por tanto, cualquier posible limitación debe derivarse directamente de la Constitución misma. Dentro de estas limitaciones se encuentran los derechos fundamentales de terceros, así como valores comunitarios de rango constitucional (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50 s.]; 41, 88 [107]; 44, 37 [49 s., 53]; 52, 223 [247]; 93, 1 [21]). Una limitación del derecho de libertad religiosa (el cual se encuentra garantizado sin reserva alguna) exige pues, un fundamento legal suficientemente determinado (cf. BVerfGE 83, 130 [142]).

3. Las resoluciones atacadas inciden también en el Art. 33, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Según este artículo, el acceso a los cargos públicos es independiente de las convicciones religiosas (primera frase), y ninguna persona puede sufrir perjuicios por su pertenencia o falta de pertenencia a una determinada confesión o posición ideológica (segunda frase). Por tanto, debe excluirse cualquier conexión entre las convicciones religiosas y el acceso a cargos públicos. El Art. 33, párrafo 3 de la Ley Fundamental se dirige en primer lugar a evitar un trato desigual con base directa en la pertenencia a una determinada religión. Por otro lado, esta norma prohíbe, además, negar a una persona el acceso a cargos públicos por motivos que sean incompatibles con la libertad religiosa garantizada por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 79, 69 [75]). Lo anterior no excluye del todo la existencia de deberes inherentes a un cargo público, que en cierto modo puedan incidir en la libertad de creencias de quienes detentan un cargo público o de quienes pretenden acceder a él, y que de este modo restrinjan o dificulten el acceso a candidatos que tengan alguna vinculación religiosa; sin embargo, lo anterior subordina tales obligaciones a las exigencias estrictas de justificación con que deben cumplir las restricciones a la libertad religiosa, por ser un derecho garantizado sin reserva alguna. Además, el mandato estricto de tratar

por igual a las distintas corrientes religiosas debe ser obedecido, tanto en la fundamentación como en la implementación práctica de los deberes inherentes un cargo público.

4. a) El hecho de portar un velo islámico por parte de la quejosa –incluso dentro de la escuela– cae dentro del ámbito de libertad religiosa garantizado por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. La quejosa considera que el uso del velo islámico constituye para ella una norma vinculante derivada de las reglas de su religión; lo anterior constituye un elemento de hecho, que en ningún momento fue cuestionado por los tribunales especializados ni ha sido cuestionado en el presente proceso de amparo. Para la quejosa, el cumplimiento de esta regla del vestir constituye una expresión de su confesión religiosa. En el presente caso, no hace falta dirimir la controvertida pregunta de determinar si –y en qué medida– las normas del Islam ordenan a las mujeres utilizar el velo. Ciertamente no cualquier conducta de una persona basada exclusivamente en una determinación subjetiva ha de ser considerada como una expresión de la libertad religiosa y, por tanto, como especialmente protegida; más bien, para la valoración de una conducta –reclamada por el individuo como expresión de su libertad religiosa– debe considerarse también el concepto que la comunidad religiosa en cuestión tiene de sí misma (cf. BVerfGE 24, 236 [247 s.]). Atendiendo al contenido y a la forma de manifestarse, la obligación para las mujeres de utilizar velo en público puede válidamente ser atribuida a una regla de origen religioso-islámico y, por tanto, cae dentro del ámbito de protección del Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental (cf. al respecto también BVerfGE 83, 341 [353]); así lo consideraron también los tribunales especializados, y dicha valoración no ofrece objeciones desde el punto de vista constitucional.

b) La consideración de que la quejosa carece de la aptitud o idoneidad necesaria para cumplir cabalmente con las obligaciones de una maestra de escuela primaria y de escuela de enseñanza general básica –fundada en su intención de utilizar en el interior de la escuela y durante clases el velo islámico (por el que la quejosa manifiesta claramente su pertenencia a la comunidad religiosa islámica, en supuesta contravención de una obligación vigente inherente a dicho cargo)– así como la negativa de permitirle el acceso a un cargo público fundada en esa circunstancia, sería compatible con el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, si el pretendido ejercicio de la libertad religiosa se encontrara en oposición a bienes jurídicos de carácter constitucional, y la limitación de este libre ejercicio de libertad religiosa se encontrara apoyada en un fundamento legal suficientemente determinado. Dentro de los bienes jurídicos de carácter constitucional que pudieran entrar en conflicto con la libertad religiosa cabe considerar aquí la tarea educativa encomendada al Estado (Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental), la cual debe desempeñarse respetando el deber de neutralidad ideológica y religiosa; el derecho de los padres a la educación de los hijos (Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental), así como la libertad religiosa –entendida en sentido negativo– de los alumnos (Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

aa) La Constitución fundamenta en los Art. 4, párrafo 1, Art. 3, párrafo 3, frase 1, Art. 33, párrafo 3, así como en el Art. 136, párrafos 1 y 4 y Art. 137, párrafo 1 de la WRV en relación con el Art. 140 de la Ley Fundamental, el deber de neutralidad ideológica y religiosa. La Ley Fundamental prohíbe por tanto la introducción de formas jurídicas de carácter estatal-religioso y prohíbe también privilegiar determinadas confesiones, como también prohíbe la discriminación y exclusión de personas que profesan una religión distinta (cf. BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; 93, 1 [17]). El tratamiento que el Estado debe dar a las distintas comunidades religiosas e ideológicas debe estar orientado por el deber de igualdad (cf. BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 93, 1 [17]). Por tanto, el Estado no puede identificarse con una comunidad religiosa determinada (cf. BVerfGE 30, 415 [422]; 93, 1 [17]). El Estado libertario previsto por la Ley Fundamental está caracterizado por su apertura frente la pluralidad de confesiones de carácter ideológico-religioso; lo anterior encuentra su fundamento en un concepto del ser humano que parte de la dignidad de la persona y considera que el libre desarrollo de la personalidad debe realizarse en autodeterminación y responsabilidad personal (cf. BVerfGE 41, 29 [50]).

El deber de neutralidad ideológico-religiosa impuesto al Estado no debe ser entendido como un distanciamiento (en el sentido de una separación estricta entre iglesia y Estado), sino como una actitud abierta y omniabarcante que promueve la libertad religiosa para todas las confesiones por igual. El Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental ordena también (en sentido positivo) garantizar el espacio necesario para el ejercicio activo de las convicciones religiosas y el desarrollo autónomo de la personalidad en el terreno ideológico-religioso (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 93, 1 [16]). Únicamente el Estado no puede desarrollar algún tipo de influencia directa a favor de alguna determinada corriente política, ideológica o de una cosmovisión determinada, ni tampoco puede identificarse –a través de medidas emanadas del Estado o imputables a él– de manera explícita o tácita con alguna confesión determinada o con una determinada corriente ideológica; ello pondría en peligro la paz religiosa en la sociedad (cf. BVerfGE 93, 1 [16 s.]). El principio de neutralidad religiosa-ideológica prohíbe también al Estado realizar alguna valoración sobre el contenido y la doctrina de una comunidad religiosa (cf. BVerfGE 33, 23 [29]).

Lo anterior corresponde con la visión tradicional acerca de la relación entre el Estado y la religión, tal y como ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en especial en el ámbito de la escuela obligatoria, de la cual el Estado se hace cargo, y para la cual –en atención a su naturaleza– las convicciones religiosas e ideológicas han sido desde siempre relevantes (cf. BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]). Según lo anterior, referencias cristianas –en la configuración de las escuelas públicas– no se encuentran prohibidas de entrada; sin embargo, la escuela debe estar abierta también a otros contenidos y valores religiosos e ideológicos (véase BVerfGE 41, 29 [51]; 52, 223 [236 s.]). Gracias a esta apertura, el Estado libertario previsto por la Ley Fundamental conserva su neutralidad religiosa y de cosmovisión (cf. BVerfGE 41, 29 [50]).

Al educar conjuntamente a niños de cosmovisiones y confesiones religiosas distintas, es imposible evitar que surjan tensiones; frente a esto, debe buscarse un equilibrio (cf. BVerfGE 41, 29 [63]; 52, 223 [247, 251]; 93, 1 [21 ss.]; para más detalles *vid. infra* dd), atendiendo al principio de tolerancia, el cual constituye una expresión de la dignidad humana (Art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental).

bb) El Art. 6, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental garantiza el derecho natural de los padres al cuidado y educación de sus hijos, el cual abarca también, junto con el Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el derecho a la educación de los hijos en sentido religioso y de cosmovisión. Por tanto, constituye en primerísimo lugar una tarea y derecho de los padres de transmitir a sus hijos aquellas convicciones en cuestiones de fe y cosmovisión que consideren correctas (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]; 52, 223 [236]; 93, 1 [17]). Lo anterior corresponde con el derecho de mantener a los hijos alejados de aquellas convicciones religiosas que los padres consideran equivocadas o nocivas (cf. BVerfGE 93, 1 [17]). Sin embargo, el derecho contenido en el Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental no es exclusivo de los padres. Al Estado ha sido encomendada la función de velar sobre todo el sistema educativo; de este modo, el Estado ejerce en la escuela –de manera independiente y, dentro de su ámbito de actuación, a un nivel de coordinación con los padres– la tarea educativa que le ha sido encomendada por el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 34, 165 [183]; 41, 29 [44]). El modo en que el Estado ha de cumplir con dicha encomienda y, concretamente, determinar de qué manera los elementos religiosos han de estar presentes en la escuela, está sujeto –dentro de lo estipulado por la Ley Fundamental, especialmente en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental– a los límites de la libertad de configuración atribuida a los Estados Federados (cf. BVerfGE 41, 29 [44, 47 s.]; 52, 223 [242 s.]).

cc) Finalmente, la libertad de ejercer sus convicciones religiosas mediante la utilización del velo islámico en la escuela y durante clases, hecha valer por la quejosa, se enfrenta a la libertad religiosa –entendida en sentido negativo– de los alumnos y alumnas. El Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental protege por igual las distintas formas de expresión de la libertad religiosa, es decir, tanto en sentido negativo como positivo; con ello se garantiza también la libertad de permanecer alejado de las manifestaciones rituales de una confesión ajena. Ello se refiere también a los ritos y símbolos con los que un determinado credo o una religión se representan a sí mismos. El Art. 4 de la Ley Fundamental deja al arbitrio de cada uno decidir cuáles símbolos religiosos reconoce y venera, y cuáles rechaza. Ciertamente, en una sociedad que alberga distintas convicciones religiosas, el individuo no tiene derecho a permanecer [completamente] aislado de manifestaciones religiosas, actos de culto o símbolos religiosos. Frente a esto, deben distinguirse, en cambio, aquellas situaciones creadas por el Estado mismo, en las cuales el individuo carece por completo de la posibilidad de sustraerse a la influencia de determinada confesión religiosa, a los actos a través de los cuales dicha fe se manifiesta y a los símbolos por los que tal confesión se representa (cf. BVerfGE 93, 1 [15 s.]). En esa medida, el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental desarrolla su

efecto de garantizar los derechos de libertad de los ciudadanos precisamente en ámbitos vitales que no están abandonados a la libre organización por parte de los ciudadanos, sino que han sido asumidos por el Estado (cf. BVerfGE 41, 29 [49]); lo anterior es reforzado por el Art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 136 párrafo 4 de la WRV, por el que se prohíbe forzar a alguien a participar en prácticas religiosas contra su voluntad.

dd) La Ley Fundamental confiere a los Estados Federados –en relación con el sistema educativo– un amplio margen de configuración; el Art. 7 de la Ley Fundamental se hace cargo de la amplia autonomía de los Estados federados en relación con la estructuración de las escuelas públicas en materia religiosa y de cosmovisión, así como –en el margen de su soberanía en materia escolar– de su facultad de estructurarse libremente en la escuela obligatoria (cf. BVerfGE 41, 29 [44 s.]; 52, 223 [242 s.]). Corresponde al legislador local democráticamente electo la tarea de resolver la inevitable relación de tensión entre la libertad religiosa (entendida en sentido positivo) de un maestro y, por otro lado, el deber estatal de conservar la neutralidad en materia religiosa y de cosmovisión, el derecho de los padres a la educación de los hijos y la libertad religiosa (entendida en sentido negativo) de los alumnos, tomando en consideración además el mandato de tolerancia. Así, el legislador local, a través del proceso democrático de conformación de la voluntad pública, debe encontrar un equilibrio aceptable y razonable para todas las partes. Al elaborar tal regulación, el legislador debe orientarse tomando en consideración, por un lado, que el Art. 7 de la Ley Fundamental autoriza ciertas influencias en materia religiosa y de cosmovisión en el ámbito del sistema escolar, siempre y cuando se respete el derecho de los padres a la educación de los hijos y, por otro lado, que al optar por una forma escolar determinada, el Art. 4 de la Ley Fundamental ordena eliminar en la mayor medida posible cualquier tipo de coacción en materia religiosa y de cosmovisión. Estos preceptos deben analizarse conjuntamente; su interpretación y su ámbito de aplicación deben ser armonizados unos con otros. Lo anterior implica que los Estados Federados pueden llegar a regulaciones distintas, debido a que, a fin de encontrar el justo medio, pueden tomar en consideración también las tradiciones escolares particulares, la distribución de las distintas confesiones en la población y el mayor o menor arraigo religioso de la población en el estado en cuestión (cf. BVerfGE 41, 29 [50 s.]; 93, 1 [22 s.]).

Estos principios tienen validez también para determinar en qué medida se le pueden imponer a un maestro de escuela –a costa de su derecho fundamental individual de la libertad religiosa– determinadas obligaciones respecto de su forma de vestir, de presentarse y de comportarse en la escuela, en relación con la obligación del Estado de garantizar la neutralidad en materia religiosa y de cosmovisión.

5. La introducción a la escuela y en las clases, por parte de los maestros, de elementos de carácter religioso o que tengan relación con una cosmovisión determinada, puede menoscabar la neutralidad que el Estado debe guardar en el cumplimiento de la tarea educativa encomendada, así como el derecho de los padres a la educación de los

hijos y el derecho a la libertad religiosa de los alumnos (entendida en sentido negativo). Al menos, abre la posibilidad de influenciar a los alumnos, así como de generar conflictos con los padres, lo cual puede llevar a una interrupción de la paz escolar y hacer peligrar la tarea de educar encomendada a la escuela. También la manera en que se visten los profesores, cuando ésta obedece a motivos religiosos y ha de ser interpretada como la proclamación de una convicción religiosa, puede tener este mismo efecto. En tales casos se trata, sin embargo, de peligros exclusivamente abstractos.

El comportamiento concreto de un maestro –tendiente a influenciar a los alumnos a él encomendados– así como los actos de proselitismo religioso, pueden constituir una violación a las obligaciones derivadas del *status* burocrático o ser considerados como una falta de aptitud (y constituir un impedimento) para acceder al *status* burocrático; en cambio, para que la mera “posibilidad” de que surjan peligros o conflictos –con base en la apariencia de un maestro o su modo de vestir– pueda ser igualmente considerada como una violación a los deberes del cargo o una falta de aptitud, hace falta un fundamento legal suficientemente determinado, toda vez que se trata de la limitación de un derecho fundamental garantizado sin reserva alguna por el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental.

6. Sin embargo, queda a la libre determinación del legislador local la creación de dicho fundamento legal, por ejemplo, mediante una nueva regulación acerca de la medida en que ciertos elementos religiosos pueden válidamente estar presentes en la escuela, dentro del marco de los parámetros jurídico-constitucionales establecidos. Este tipo de regulación debe tomar en consideración suficientemente la libertad religiosa de los maestros y de los alumnos, así como el derecho de los padres a la educación de los hijos y la obligación del Estado de mantener la neutralidad en materia religiosa y de cosmovisión[...]

C.

Esta sentencia fue aprobada por mayoría de cinco votos contra tres [...]

§ 11. LIBERTAD DE OPINIÓN, DE INFORMACIÓN Y DE IMPRENTA - ARTÍCULO 5 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 5

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.
2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

a) Libertad de opinión, de expresión y de información - Art. 5 (1) frase 1
(Cf. también Sentencia BVerfGE 43, 130)

46. Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]

1. *Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.*
2. *En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.*
3. *El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales (§90 BVerGG), cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho.*
4. *Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.*
5. *Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.*
6. *El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.*
7. *La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido del §826 BGB; puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso.*

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1958

En el proceso sobre el recurso de amparo promovido por Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo

[...] el Tribunal Estatal de Hamburgo dictó el 22 de noviembre de 1951 la siguiente sentencia:

“Se condena al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente) a:

1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas– que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche Geliebte*,²⁸ producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes.

2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película.

El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres.

La sentencia del Tribunal Estatal constituye un acto del poder público, bajo la forma especial de un “acto del Poder Judicial”; su contenido puede resultar violatorio del derecho fundamental del recurrente únicamente si –al momento de dictar sentencia– debió haberse tenido en cuenta ese derecho fundamental.

La sentencia prohíbe al recurrente realizar expresiones con las cuales pueda influir sobre otros para que se unan a su opinión sobre una reaparición de [el director] Harlan, y que orienten su conducta en contra de las películas producidas por él. Objetivamente, tal prohibición constituye para el quejoso una limitación a la libre expresión de su opinión. El Tribunal Estatal fundamentó su sentencia considerando que las expresiones emitidas por el recurrente constituyen un “acto ilícito” en contra de la demandante, en el sentido del § 826 BGB;²⁹ por tanto, reconoció a la actora, con base en la disposición del Código Civil, un derecho a exigir que el demandado se abstenga de expresar su opinión. De este modo, la pretensión de la demandante, en el campo del derecho civil, aceptada por el Tribunal Estatal, condujo a través de la sentencia del tribunal a una sentencia del poder público restrictiva de la libertad de opinión del recurrente. Ésta puede violar el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, sólo cuando el contenido de las disposiciones civiles aplicadas se encuentra influenciado por los derechos fundamentales, de modo tal que no requieren ser invocados en la sentencia.

La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones véase recientemente a Laufke, en *Escritos en Honor de Heinrich Lehmann*, 1956, t. I, pp. 145 y ss., y Dürig, en *Escritos en Honor de Nawiasky*, 1956, pp. 157 y ss.). Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso

²⁸ Del director de cine Veit Harlan, quien había rodado el film antisemita *Jud Süß*.

²⁹ El § 826 BGB señala que: “Quien de manera intencional y obrando contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararle por los daños ocasionados”.

los más importantes—, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas; las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 —*NJW* 1957, p. 1688— extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 (BVerfGE 6, 55 y 6, 84) a ese respecto, van muy lejos. El presente caso no ofrece razones para dirimir plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. A fin de obtener un resultado adecuado, basta considerar lo siguiente:

Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual —al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución— quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos —el recurso de amparo— exclusivamente en contra de actos del poder público.

Por otro lado, también es cierto que la Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 y ss., 197 y ss.]; 6, 32 [40 y ss.]), sino que ha establecido —en su capítulo sobre derechos fundamentales— un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (Klein / v. Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, t. III, 4, notas al Art. 1, p. 93). La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho. Así como el nuevo derecho debe estar en concordancia con el sistema de valores fundamental, el viejo derecho [anterior a la Constitución] debe orientarse —en cuanto a su contenido— a ese sistema de valores; de ahí se deriva para él un contenido constitucional específico, que determina de ahora en adelante su interpretación. Una controversia entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las normas de conducta del derecho civil, que han sido influen-

ciadas por los derechos fundamentales, sigue siendo material y procesalmente una controversia del derecho civil. Se interpretará y aplicará el derecho civil, aun cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución.

La influencia de los parámetros valorativos establecidos por los derechos fundamentales, cobra especial validez tratándose de aquellas disposiciones de derecho privado que abarcan normas obligatorias (taxativas) y que, por tanto, forman parte del *ordre public* (en sentido amplio); es decir, se trata de principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorias también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares. Esas disposiciones tienen en su finalidad un estrecho parentesco con el derecho público y lo complementan. Éstas deben exponerse en gran medida a la influencia del derecho constitucional. Para hacer realidad dicha influencia, la Judicatura cuenta –en especial– con las “cláusulas generales” que, como el § 826 BGB, remiten para la valoración de las conductas humanas a criterios externos al derecho civil e incluso extralegales, tales como el de las “buenas costumbres”. Así, para determinar el contenido y alcances de las exigencias sociales en un caso particular, se debe partir, en primer lugar de la totalidad de las concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución. Por consiguiente, se ha designado con razón a las cláusulas generales como el “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil (Dürig en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, t. II, p. 525).

El juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas, han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no sólo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...]

El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus précieux de l’homme*, de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del orden estatal democrático y libre, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital (BVerfGE 5,85 [205]). En cierto sentido,

es el fundamento de toda libertad, *the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom* (Cardozo).

De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina el que no sería consecuente, como punto de partida de ese sistema constitucional, que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria (y con esto necesariamente a los tribunales que interpretan la ley mediante la jurisprudencia). En principio se aplica también aquí, lo que ya se dijo en general, sobre la relación de los derechos fundamentales y el ordenamiento del derecho privado: las leyes generales, que tienen un efecto restrictivo sobre un derecho fundamental, deben ser vistas a la luz del significado de ese derecho fundamental, e interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho, deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una presunción básica a favor de la libertad de expresión en todos los ámbitos, pero principalmente en la vida pública. La relación contrapuesta entre derecho fundamental y “ley general” no debe ser vista tampoco como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental a través de la “ley general”; se da más una interacción, en el sentido que la “ley general” ciertamente determina el tenor de acuerdo con los límites del derecho fundamental, pero interpretado a su vez, con base en el reconocimiento del significado, como determinante de valores, que se le otorga a ese derecho fundamental en un Estado liberal democrático, y así, en su efecto limitante del derecho fundamental, debe una vez más limitarse ella misma [...].

El concepto de “ley general” ha sido discutido desde el comienzo. Se debe determinar si el concepto quedó en el Art. 118 de la Constitución de Weimar de 1919, sólo debido a un error de redacción (véase al respecto Häntzschel, en *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, 1932, t. II, p. 658). En todo caso, fue durante la vigencia de esa Constitución que se dio la interpretación de que por “todas las leyes”, se debía entender aquellas que “no prohíben una opinión como tal, las que se dirigen en contra de la expresión de una opinión como tal, las que además, sirven directamente para la protección de un bien jurídico, que se debe proteger sin necesidad de tener en cuenta determinada opinión”, o para la protección de un valor de la comunidad, frente al cual tiene prevalencia el ejercicio de la libertad de opinión.

Si el concepto de “ley general” se entiende de este modo, se torna entonces, en resumen, en el sentido de la protección del derecho fundamental:

La idea de que la expresión de una opinión se tenga que proteger sólo como derecho fundamental, pero no por el efecto que causa sobre otros, y que persigue o conlleva, se debe rechazar. El significado de la expresión de una opinión debe partir de su “efecto espiritual sobre el entorno” (Häntzschel, *ibid.*, p. 655). Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; la protección del derecho fundamental se relaciona en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, me-

diante el cual se busca causar un efecto sobre otros. Una separación entre expresiones (protegidas) y efectos de la expresión (no protegidos) no tendría sentido.

La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de los bienes jurídicos”. El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión.

La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...].

El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca.

47. Sentencia BVerfGE 12, 113 [Schmid vs. Revista *Spiegel*]

La defensa de los intereses legítimos cubre también las réplicas en la prensa, como respuesta a sus publicaciones y a su efecto sobre la opinión pública (Art. 5, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental; §193 StGB).

Sentencia de la Primera Sala, del 25 de enero, 1961

–1 BvR 9/57–

En el proceso sobre el recurso de amparo interpuesto por el presidente del Tribunal Superior, Dr. Schmid.

El 17 de marzo de 1954 el recurrente publicó en el periódico *Allgemeine Zeitung* de Stuttgart un posicionamiento [en contra de un artículo publicado por la revista *Spiegel*], el cual fue titulado por la redacción con la frase: “Entre más grande es la zancadilla, [...]” y un subtítulo “Con literatura sensacionalista se pueden hacer mejores negocios”. El texto era el siguiente:

Ustedes me preguntan mi opinión sobre el artículo que la revista *Spiegel* publicó sobre mí. [...] no sé quién inventó la mentira, pero *Spiegel* la ha hecho circular. Innumerables son las tergiversaciones intencionales y las falsedades por ineptitud. Es un género de

labor publicitaria y equivale, en el campo de la política, a la pornografía en el campo de la moral; la única diferencia es que la primera todavía se puede leer abiertamente. Se trata de literatura sensacionalista, que al parecer es necesaria para la economía de la civilización. Para ella, el criterio principal es el tamaño de las ganancias. En cambio, la calidad del producto no puede expresarse mejor ni de manera más sencilla que como lo hace Karl Kraus: “Entre más grande es la zancadilla, mejores las ventas”.³⁰

El 20 de junio de 1954 el redactor responsable de la sección sobre Alemania de la revista *Spiegel*, elevó una demanda en contra del recurrente por el artículo en el periódico *Botnanger Rundschau* por injurias y difamación maliciosa; el 23 de julio de 1954 también el director de la revista presentó demanda en el mismo sentido [...]. El recurrente fue condenado por el delito de injurias mediante sentencia del Tribunal Estatal de Göttingen de fecha 11 de enero de 1956 al pago de una multa de 150 marcos alemanes o, alternativamente, a una semana de prisión. A los demandantes se les autorizó la publicación.

El recurso de amparo se encuentra fundado.

El tribunal, que juzga por el delito de injuria, al aplicar las disposiciones para la protección de la honra contempladas en los §§ 185 y ss. del StGB está aplicando el derecho ordinario; sus decisiones, por consiguiente, se sustraen en términos generales de la revisión del Tribunal Constitucional Federal. Por tanto, sólo pueden ser revisadas cuando para la aplicación de las disposiciones para la protección de la honra, la orientación de la totalidad del derecho se aparta del orden de valores de la Ley Fundamental, violando así los derechos fundamentales del sentenciado. Este es el caso. Las sentencias del Tribunal Estatal de Göttingen y del Tribunal Superior de Celle violan el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque desconocen el significado constitucional de la figura de la opinión pública y en consecuencia, valoran inadecuadamente en la interpretación y aplicación de las disposiciones para la protección de la honra, la influencia del derecho fundamental de la libertad de expresión.

1. Ya en su sentencia del 15 de enero de 1958 (BVerfGE 7, 198 [207 y ss.])³¹ la Sala aclaró que la relación entre el derecho fundamental de la libertad de expresión y las “leyes generales”, que lo limitan, no se puede ver como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental a través de esas leyes,

sino que más bien, se da una interacción en el sentido que la ley general ciertamente sienta límites al derecho fundamental, y a su vez, al ser interpretado el derecho fundamental, con base en el reconocimiento del significado valorativo que ese derecho fundamental tiene en el Estado democrático liberal, se restringe nuevamente la posibilidad de limitar el derecho fundamental mismo.

³⁰ Literalmente: “Entre más grande es la bota, más alto el tacón”. Juego de palabras, donde *Absatz* significa al mismo tiempo “tacón” y “ganancia”. [N. del t.]

³¹ En este tomo.

La Ley Fundamental le ha conferido gran significado a la libertad de expresión. Como ha señalado ya la Sala en sentencias anteriores, la libertad de expresión, manifestación directa de la personalidad en la sociedad, es uno de los derechos humanos más importantes, lo que le confiere su especial peso. Por añadidura, el derecho fundamental, por antonomasia, forma parte del ordenamiento democrático liberal, en el que se garantizan la lucha ideológica y la libre contradicción de las ideas, que son vitales para el funcionamiento de ese orden estatal (véase BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [208]). Sólo una discusión pública libre sobre asuntos de interés general asegura la libre formación de la opinión pública, que se representa en el Estado democrático liberal, necesariamente “pluralista”, en el antagonismo de los diferentes motivos, a su vez antagónicos por diferentes motivos, pero donde en todo caso, las ideas presentadas libremente, se consuman en argumentaciones y contraargumentaciones. A cada ciudadano se le garantiza en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental el derecho de participar en esa discusión pública. La prensa, junto con la radio y la televisión, son los instrumentos más importantes para la formación de la opinión pública; la libertad de prensa goza por consiguiente, de conformidad con el Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, de una protección específica como derecho fundamental.

La envergadura de la libertad de opinión debe ejercer una influencia fundamental para la ponderación de bienes jurídicos ordenada en el §193 StGB, entre la honra y la libertad de opinión –en caso que los puntos de vista de la libertad de opinión jueguen algún papel–. El Tribunal Federal tuvo esto en cuenta al valorar la justificación del §193 StGB como una “expresión” del derecho fundamental de la libertad de opinión, y al considerar la importancia de la configuración de la opinión pública para su aplicación (BGHSt 12, 287 [293 y ss.]) y que de este modo reconoció –apartándose de las anteriores jurisprudencias– la protección de los intereses públicos a través de la prensa en lo que respecta a sus funciones en el Estado democrático como garante de los intereses legítimos en el sentido del §193 StGB (BGHZ 31, 308 [312]).

Desde el punto de vista de la reacción, que corresponde al efecto que produce la opinión pública, se determina también una delimitación de los excesos penalizables, de conformidad con la Ley Fundamental.

2. En este caso los tribunales interpretaron erradamente el asunto, al considerarlo sólo desde el punto de vista de la defensa de la honra personal y de los conflictos resultantes de la violación de la honra, sin apreciar las particularidades de una hostilidad en la prensa y los elementos inmanentes a la construcción de la opinión pública.

[...] La revista *Spiegel* presentó a sus lectores intencionalmente una verdad a medias, bajo la apariencia de una verdad plena.

Como repuso el recurrente, la forma que él hubiera podido dar a su réplica a un tema que había sido sometido a la discusión del público, se determinaba por la forma en que la revista *Spiegel* había presentado la información y en la necesidad de contrarrestar sus efectos sobre la opinión pública. En su reportaje, la revista *Spiegel* se expuso a que la información sobre el recurrente fuera inexacta, aun teniendo elementos fundados para suponerlo; así, un artículo ponderado que contribuyera a la discusión

pública podía consistir en el hecho de que ella misma, de manera general y como portadora de esta interpretación, habría sido criticada adecuadamente. En este sentido, fue la misma revista *Spiegel* quien de este modo dio ocasión a la respuesta despectiva del recurrente (véase BGHSt 12, 287 [294]) y, por consiguiente, debió haber tolerado esa opinión, aun cuando ésta implicara un detrimento de su prestigio. El Tribunal estatal concedió al recurrente el derecho a publicar una refutación “con objetividad” en contra de los reproches elevados contra él; sin embargo, ello no puede considerarse suficiente para contrarrestar la influencia del artículo de *Wolga* en la opinión pública. Los efectos producidos por el artículo se deben principalmente a que algunos hechos fueron omitidos y otros fueron presentados desviando tendenciosamente los acentos, más que a falsedades en estricto sentido; por ello, realizar una refutación propiamente dicha resultaba bastante difícil, y resultaba incapaz para vencer a largo plazo la influencia de una publicación realizada en un semanario tan leído.

En resumen, se encuentra lo siguiente: si los tribunales para las réplicas cuando se hace una calificación moral como literatura sensacionalista, comparable con la pornografía, no tuvieron en cuenta los motivos que justifican la protección de los intereses legítimos, implica entonces que partieron del presupuesto de que el recurrente tenía sólo un interés legítimo, en el sentido del §193 StGB, en la defensa de su honra personal. Los efectos del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental sobre esa norma permiten, sin embargo, reconocer también, como un asunto importante de la función pública, su interés legítimo en influir en la formación de la opinión pública, así como de que se valoran sus expresiones como una réplica frente a una información pública inexacta. En la medida que en la sentencia impugnada no se hizo ese examen, se violó el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

48. Sentencia BVerfGE 25, 256 [Semnario *Blinkfüer*]

La exhortación a un boicot llevada a cabo por un periódico, fundada en motivos políticos, que se hace prevalecer básicamente mediante el empleo de recursos económicos, no se encuentra protegida por el derecho fundamental de la libertad de opinión, y viola el derecho fundamental a la libertad de prensa.

Sentencia de la Primera Sala, del 26 de febrero, 1969 –BvR 619/63–

El recurrente era editor y redactor jefe del semanario *Blinkfüer*, que se distribuía principalmente en Hamburgo. En una separata del periódico se publicaba la programación de televisión y radio de las cadenas de Alemania occidental y central, así como la de las cadenas del sector de Berlín oriental.

Las casas editoriales Axel Springer & Sohn KG, Hammerich & Lesser KG y Die Welt Verlags GmbH –en adelante las demandadas– eran durante esta misma época los

editores de los periódicos *Bild*, *Bild am Sonntag*, *Hamburger Abendblatt*, *Die Welt*, *Welt am Sonntag*, y de las revistas *Das Neue Blatt*, de la revista de radio *Hör zu*, y la revista ilustrada *Kristall*. A finales de agosto de 1961 las demandadas enviaron a algunos expendedores de periódicos y revistas una circular con el siguiente contenido:

Apreciados Amigos:

Los brutales actos de poder, a que ha sido sometido el pueblo en Berlín Oriental y en la zona aledaña desde hace algunas semanas, han desatado la indignación del mundo libre. La cadena de violaciones al derecho y las medidas coercitivas en contra de nuestros hermanos y hermanas en el Este no se interrumpen. Nosotros, en la parte libre de Alemania no podemos dejar las cosas tal como están, limitándonos a leer diariamente, enmudecidos por la rabia, sobre los acontecimientos, y permanecer sin hacer nada. Cada persona tiene el deber de proteger, en su ámbito, la libertad. Los especiales acontecimientos de los últimos tiempos exigen también de los distribuidores de periódicos y revistas alemanes decisiones claras. Se observa cada vez más cómo los detentadores del poder utilizan la televisión y radio de la zona como un simple instrumento de propaganda. Las películas y los programas de esparcimiento, que no forman parte de la programación política, son interrumpidos arbitrariamente, para que los encargados de la propaganda de SED puedan presentarnos sus discursos difamatorios. De este modo estamos siendo calumniados todos en forma infame, y se falsean de la forma más dañina los acontecimientos en Berlín.

Por consiguiente, parece absolutamente incomprensible que existan todavía especuladores que se presten a la publicación de los programas de la zona oriental y con esto a la expansión de las mentiras de Pankow. En esta prueba de nuestro pueblo debemos esperar de los distribuidores de periódicos y revistas responsables, que se distancien de la venta de aquellos periódicos que aún no se encuentran dispuestos a renunciar a la publicación de la programación de radio y televisión de las cadenas de la zona oriental, como ocurre por ejemplo, en el caso del “Bildfunk”, “Fernsehprogramme” y “Loto-Toto- Expreß”. Las casas editoriales AXEL SPRINGER y DIE WELT están convencidas de que la gran mayoría de sus clientes comparten esta opinión, y actúan de este modo. Sin embargo, no puede ser, por supuesto, a nuestro parecer, que como resultado de su posición se produzcan perjuicios. Si, por esta razón, se diera que los distribuidores individualmente quisieran obtener provecho de la situación y, a pesar de todo, continuar con las publicaciones que favorecen la propaganda de Ulbricht, entonces las citadas casas editoriales examinarían si puede ser responsable continuar con las relaciones comerciales con tales distribuidores. Ustedes entenderán, en la actual situación, la necesidad de este llamamiento. Para que ustedes puedan explicarle a su clientela en forma adecuada, nosotros los mayoristas les proporcionaremos un volante (vea la muestra que se anexa). Muestren con su actitud que ustedes, como distribuidores de periódicos y revistas, son conscientes de su responsabilidad con los lectores alemanes.

Con un cordial saludo

EDITORIAL AXEL SPRINGER
EDITORIAL DIE WELT

Esta carta circular iba acompañada de un modelo del mencionado volante, con el siguiente texto:

¡No más programas del Este!

Las convulsiones políticas de nuestro tiempo exigen de nosotros una clara decisión. La industria editorial alemana ya ha tomado esa decisión. Es de la opinión de que existe un deber nacional de no vender provisionalmente ninguna publicación que contenga la programación de radio y televisión de la zona Este. La radio y la televisión del Este se han convertido en un simple instrumento de propaganda. Todos nosotros hemos sido calumniados y mancillados en forma infame, los acontecimientos en Berlín han sido falseados de la forma más dañina. Buenos programas de esparcimiento y valiosos filmes antiguos son interrumpidos para presentarnos las arengas de los propagandistas de la SED. La industria editorial alemana sabe lo que tiene que hacer: no está dispuesta a soportar los abusos de Ulbricht.

Hay muy buenas revistas de programación, que informan detalladamente sobre la radio y la televisión. Yo las recomiendo siempre gustosamente. Pero para las publicaciones con programación del Este no existe a partir de hoy más lugar. Esto deben entenderlo ustedes.

Atentamente,

LOS DISTRIBUIDORES DE PERIÓDICOS Y REVISTAS

Con el fundamento de que los demandados habían ejercido una competencia desleal porque las circulares enviadas contenían un llamado al boicot dirigido en contra de su empresa, el recurrente elevó una demanda para que se estableciera que los demandados se encontraban obligados al pago de una indemnización. El Tribunal Estatal de Hamburgo y el Tribunal Superior dieron curso a las peticiones. En la revisión de la demanda, el Tribunal Federal, mediante sentencia del 10 de julio de 1963 (*NJW*, 1964, p. 29, *JZ*, 1964, p. 95), anuló la sentencia recurrida y condenó en costas al recurrente.

El recurrente elevó un recurso de amparo en contra de la sentencia del Tribunal Federal. En ésta invocó la violación de los Arts. 2, 3 y 5 de la Ley Fundamental.

El recurso de amparo se encuentra fundado.

El proceso ante las instancias judiciales tenía el carácter de una controversia jurídica civil, que debía ser decidida de conformidad con el derecho privado. El orden de valores, orientado objetivamente en el capítulo sobre derechos fundamentales, influye sin embargo, en la interpretación de esas disposiciones en la medida que sean susceptibles a la luz de las normas constitucionales (BVerfGE 7, 198 [205]). En el marco del §823, párrafo 1 BGB, el derecho constitucional es relevante para la determinar la ilegalidad de la violación. De una parte se tiene que examinar en qué medida el boicot se encuentra cubierto por el derecho a la libertad de opinión, y de la otra, también, en qué medida el recurrente puede reivindicar para sí el derecho a la libertad de prensa. El Tribunal Federal reconoció en la sentencia impugnada la envergadura del derecho a la

libertad de opinión, desde la perspectiva del demandado; desde la perspectiva del recurrente no tuvo en cuenta el derecho fundamental a la libertad de prensa.

1. El Tribunal Federal consideró justificadas, con base en el Art. 5, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental, tanto la invitación que los demandados hicieron a los distribuidores para que suspendieran la venta de los periódicos que publicaran la programación de las cadenas de la Alemania central, como las directrices sobre la posibilidad de obstaculizar su distribución. De este modo extendió la esfera de protección de la esencia del derecho fundamental más allá de lo admisible.

La invitación de los demandados a los distribuidores de revistas, sin perjuicio de los motivos que le sirvieron de base, representa una invitación a un boicot, al tener el carácter de un llamamiento para que se impidiera en forma organizada, al menos en parte, al recurrente la venta del *Blinkfuer*. Como consecuencia de la posición económica dominante de los demandados y de las amenazas que se hicieron a los distribuidores de cancelar los envíos, esa invitación no era apta para que los destinatarios tuvieran la posibilidad de tomar libremente una decisión.

El llamado a un boicot, que se basa en la manifestación de una determinada opinión, se encuentra protegida especialmente por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, cuando se emplea como instrumento de lucha ideológica en un asunto de esencial importancia para la opinión pública, cuando se encuentra fundada no en una controversia privada, sino en una preocupación por los intereses políticos, económicos, sociales o culturales de la generalidad (BVerfGE 7, 198 [212]). La misma invitación a un boicot puede por tanto estar bajo la esfera de protección del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, cuando quien convoca al boicot se encuentra en una relación de competencia profesional, industrial o comercial, o cuando esa situación no comprende en sí una controversia ideológica. Si el convocante posee una cierta posición económica dominante entonces, por esos motivos, su opinión y lo que le sirve para su invitación al boicot, pueden tener un peso significativo. Esa desigualdad económica de las posiciones no convierte en inadmisibles por sí sola, la convocatoria al boicot, porque de acuerdo con la Constitución, a quienes tienen mayor poder económico tampoco les está prohibido llevar cabo una lucha ideológica.

No obstante, los medios de que se sirven quienes invitan a realizar un boicot, deben estar aprobados constitucionalmente. La invitación a un boicot no se encuentra protegida por el derecho fundamental a la libertad de opinión cuando no sólo se apoya en argumentos morales, o se limita al poder de convicción que tienen las reflexiones, aclaraciones y análisis, sino que además, se sirve de medios que no le dan al destinatario la posibilidad de tomar su decisión en plena libertad y sin presión económica. Dentro de éstas se encuentran especialmente las amenazas y el anuncio de graves perjuicios, así como el empleo de la dependencia social o económica, cuando éstos pueden servir para presionar el boicot. La libertad de las controversias ideológicas es un presupuesto inalienable para el funcionamiento de una democracia liberal, porque sólo ella garantiza la discusión pública sobre asuntos de interés general y de significado para la polí-

tica estatal (véase BVerfGE 5, 85 [205]; 7, 198 [212, 219]; 20, 162 [174 y ss.]). El ejercicio de una presión económica, que genera en el implicado graves perjuicios, y que tiene como finalidad impedir la difusión de opiniones y noticias, que se encuentran protegidas constitucionalmente, viola la igualdad de oportunidades en el proceso de formación de la opinión, y contradice el sentido y esencia del derecho fundamental de la libertad de opinión, que tiene por objeto garantizar la controversia *ideológica*.

El examen de las actuaciones de los demandados, con base en esos criterios, muestra que el Tribunal Federal ha extendido de manera bastante amplia la esfera de protección del derecho fundamental de la libertad de expresar opiniones [...]

Los medios que emplearon los demandados para llevar a cabo la invitación al boicot, no están de conformidad con el derecho fundamental consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Si los demandados hubieran expresado su opinión sobre la publicación de la programación de las cadenas de la Alemania central, de manera pública, por ejemplo, en los periódicos que ellos publican, y de este modo se hubieran limitado a invitar a los lectores a boicotear ciertos periódicos y revistas, no se habría podido atacar constitucionalmente ese proceder. Entonces, los demandados que se hubieran tomado como propio un interés público, tendrían para sí las posibilidades que esto conlleva. La circular que enviaron a los distribuidores de periódicos y revistas, por el contrario, no era adecuada para propiciar en la opinión pública una controversia ideológica sobre la idoneidad y admisibilidad de la publicación de la programación de las cadenas de Alemania central, porque estos destinatarios dependían legal o económicamente de los demandados [...]

En este sentido, el asunto se diferencia en forma esencial de la conocida sentencia Lüth (BVerfGE 7, 198 y ss.). Ahí, la libertad de expresión del director del Senado Lüth, que había apelado únicamente a la responsabilidad política y moral, no podía restringir directa y efectivamente las posibilidades de desarrollo artísticas y humanas del director de cine Harlan, debido a que Lüth no contaba con medio alguno para conferirle fuerza a su invitación. Sólo pudo apelar a la conciencia de responsabilidad y a las convicciones morales de las personas a las que convocó, y debió dejarles la libertad de decidir libremente. Por el contrario, la amenaza de suspender la distribución, que como consecuencia de su posición dominante, hicieron los demandados a los distribuidores mayoristas y minoristas que ellos eligieron, comprendía además la circunstancia de que se podían generar además perjuicios [...]

El recurrente se encontraba autorizado, con base en el derecho fundamental a la libertad de prensa, para informar sobre la programación de las emisiones de Alemania central, misma que los demandados querían obstaculizar, como se desprende del contenido de su circular. Ciertamente, el Tribunal Federal no consideró que la reproducción de la programación en el semanario *Blinkfuer* estuviera prohibida por la ley sino que, por el contrario, se encontraba permitida. Sin embargo, en este caso no tuvo en cuenta la contraposición que se daba entre el derecho fundamental a la libertad de opinión, de que gozaban los demandados, y el derecho a la libertad de prensa del recurrente, con base en

el cual publicaba la programación de las cadenas de la Alemania central, sino que se limitó a tener en cuenta sólo la controversia entre el derecho fundamental a la libertad de opinión de los demandados “con un bien jurídico del recurrente, protegido por el derecho civil”. Como consecuencia de esto, el Tribunal Federal desconoció el significado de la libertad de prensa en la determinación de la situación jurídica material del recurrente.

Ciertamente, los órganos de prensa frente al ejercicio de la libertad de opinión, pueden invocar en principio otros derechos y no la libertad de prensa, cuando tengan que soportar perjuicios económicos. La libertad de prensa y de opinión tienen por objeto proteger el libre ejercicio de la actividad intelectual y el proceso de formación de la opinión en la democracia liberal; ellas no sirven a la garantía de los intereses económicos. Pero, para la protección de la institución de la libertad de prensa se debe asegurar la independencia de los órganos de prensa frente a las intervenciones que los grupos de poder económicos ejercen con medios inadecuados, en la formación y difusión de la producción periodística (BVerfGE 20, 162 [175]) y ss.). El objetivo de la libertad de prensa (facilitar y garantizar la formación de una opinión pública libre) exige, por tanto, la protección de la libertad de prensa frente a los intentos de obstaculizar la contraposición de opiniones mediante el empleo de instrumentos de presión económicos.

El boicot del semanario *Blinkfuer* viola esa libertad garantizada constitucionalmente. Tenía como finalidad principal evitar que se continuara publicando la programación de las cadenas de radio y televisión de Alemania central, y retenerle al público la información, para lo cual, los distribuidores de periódicos debían suspender la venta de ese semanario. El recurrente, sin embargo, era el destinatario de este dispositivo de ventas. El comportamiento de los demandados se dirige, especialmente con medios económicos, a la libertad de informar, más que a una represión de las noticias.

49. Sentencia BVerfGE 44, 197 [Solidaridad de soldados contra planta atómica]

Resolución de la Segunda Sala, del 2 de marzo, 1977

Parte resolutiva:

Se rechaza el recurso de amparo.

Fundamentos:

A.

I.

El recurrente inició su servicio militar obligatorio a partir del 1 de enero de 1976 en el ejército federal.

El 13 de noviembre de 1976 apareció publicado en el *Periódico Popular Comunista* la siguiente “nota de solidaridad de los soldados del cuartel de Immendingen al pueblo de Kaiserstuhl”:

Nosotros, los soldados de Immendingen somos solidarios con vuestra enérgica oposición en contra de la construcción de la central atómica en Wyhl. Muchos de nosotros mismos venimos también de regiones en donde las centrales atómicas ya construidas, o planeadas, amenazan las condiciones de vida; en Brockdorf pudimos ver cómo el Estado, con todos los medios de violencia policial y militar, intentó imponer los intereses de los consorcios atómicos en contra de la voluntad del pueblo. La policía y las fuerzas de apoyo atacaron a los agitadores con porras, agua, gases lacrimógenos y caballos. El lugar destinado para la construcción se aseguró con alambre de púas, muros y patrullas de perros como en campos de concentración. También en Wyhl se han dado varias señales de que el Estado quiere acabar con las protestas de la población acudiendo al empleo de las fuerzas militares, incluso se han destinado al lugar de la construcción fuerzas militares y de frontera. Nosotros, los soldados, aclaramos que nosotros no nos dejaremos inmiscuir en ese sucio trabajo. Les pedimos a ustedes que se anticipen a los planes del gobierno estatal y ocupen ustedes mismos el lugar donde se va a realizar la obra. ¡Ninguna central atómica en Wyhl, ni en ninguna parte!

En dos días firmaron treinta soldados, la mayoría alistados de la compañía 4/292 de Immendingen.

El 20 de noviembre de 1976 el comandante del batallón de la unidad blindada en Immendingen, previa aprobación judicial, le impuso al recurrente, quien ostentaba el grado de cabo, un arresto disciplinario de catorce días. La motivación de la medida disciplinaria rezaba como sigue:

A comienzos de noviembre de 1976 en Immendingen, en el cuartel de Oberfeldweibel-Schreiber, en un día no suficientemente determinado, en los alojamientos militares, el recurrente intentó influir sobre los otros soldados para que adhirieran a favor de una opinión política, para lo cual los invitó a que se pronunciaran en contra de la construcción de la planta atómica en Wyhl, y a reforzar dicho compromiso, firmando en una lista que él mismo había elaborado y que iría acompañada de la ‘nota de solidaridad de los soldados del cuartel de Immendingen al pueblo de Kaiserstuhl’. Él mismo se ocupó además de que esa lista se rotara por los círculos de camaradas de la compañía.

Sin embargo, el recurso de amparo es infundado. La sanción disciplinaria no interviene de manera inadmisibles en el derecho fundamental del recurrente consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Tampoco existe una violación de otros derechos fundamentales.

1. La corrección disciplinaria aplicada por el comandante del batallón y la decisión del tribunal militar le reprochan al recurrente la violación del deber reglamentado en el §15, párrafo 2 SG. Según esto, dentro de los alojamientos e instalaciones de servicio, durante el tiempo libre, el derecho a la libertad de opinión se encuentra restringido a la

regla básica de la camaradería. El soldado tiene que comportarse de modo tal que no se disturbe seriamente la totalidad del servicio; no le está permitido, especialmente, actuar como agente publicitario de un grupo político, mediante discursos, la distribución de escritos o trabajando como representante de una organización política. El respeto recíproco no puede ponerse en peligro.

El §15, párrafo 2 SG no es violatorio de la Ley Fundamental.

El valor especial contenido en el derecho fundamental de la libertad de opinión en la democracia liberal, conlleva ciertamente una presunción básica de la libertad de expresión en todas las esferas, principalmente en la vida pública (véase BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [124 y ss.]). Para el caso de los soldados, sin embargo, de conformidad con el Art. 17 a de la Ley Fundamental, en el marco de los requisitos del servicio militar (véase §6 frase 2 SG) y con la finalidad de conservar la capacidad funcional de las fuerzas armadas federales (véase BVerfGE 28, 282 [292]), se permite restringir, además de otros, también el derecho fundamental a la libertad de opinión mediante deberes establecidos en la ley [...]

b) Las medidas disciplinarias impugnadas no permiten reconocer ningún tipo de violación constitucional. La interpretación del §15, párrafo 2 SG, en la que se basa la decisión del tribunal militar, no limita el derecho fundamental del recurrente consagrado en el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental más allá de los criterios admisibles de conformidad con la Constitución. El §15, párrafo 2 SG pretende excluir aquellas conductas que obliguen a los miembros de una compañía a ser involucrados durante su tiempo libre en controversias políticas contra su voluntad. Para la aplicación de la disposición no se puede perder de vista que el soldado en el cuartel no vive aislado y que por consiguiente, sólo puede proteger su esfera privada bajo difíciles condiciones. Está expuesto a las actividades políticas de los otros soldados, sin que se puedan retirar sin más. Su derecho fundamental a un respeto incondicionado de la esfera de su vida privada (Arts. 1, párrafo 1, 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental), su derecho a que “se le deje en paz” (véase BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6 y ss.]), en esta especial situación, se encuentran desde un comienzo en peligro, y por consiguiente son un valor protegido en forma especial. Esta circunstancia excluye el que se vea el §15, párrafo 2 SG sólo a la luz del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y de que se interprete restrictivamente bajo el punto de vista sólo del interés por un ejercicio “activo” de ese derecho fundamental. Más aún, bajo las especiales condiciones del ámbito de la vida militar, el derecho de los otros a que se les proteja de tener que exponerse, en contra de sus deseos, al acoso o influencia con ideas por parte de sus camaradas, exige una atención de igual grado. A la luz de todos los derechos fundamentales implicados, es admisible el restringir de manera general, aun durante el tiempo libre, las actividades políticas de los soldados en el ámbito espacial de las fuerzas armadas, de tal manera que se cierre de antemano la posibilidad de disputas entre camaradas. Esto tanto más, cuando la libertad del recurrente de ocuparse durante su tiempo libre y por fuera de las instalaciones de servicio, de su actividad política y de hacer propaganda a favor de sus ideas políticas, permanece intacta.

Voto particular del magistrado Dr. Rottmann

No estoy de acuerdo con la opinión de la mayoría de la Sala. La sanción disciplinaria viola el derecho fundamental del recurrente consagrado en el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El significado predominante del derecho fundamental de la libertad de opinión en una democracia liberal exige interpretar y aplicar el § 15, párrafo 2 SG de modo que no se limite a sancionar en abstracto el peligro de injerencia en el derecho de los otros; más bien, en cada caso individual debe realizarse una ponderación entre los bienes protegidos en la norma, con el derecho fundamental del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. De otro modo, la figura del “ciudadano en uniforme”³² amenaza con desvanecerse en el recuerdo. La conducta que se le reprocha al recurrente fue una contribución a la controversia de opiniones, en una cuestión esencial que interesa a toda la opinión pública. La sanción disciplinaria afecta, por tanto, la libertad de opinión en su significado central, como presupuesto de un proceso político libre y abierto (véase BVerfGE 42, 163 [170]), en el que el recurrente como soldado que estaba prestando su servicio militar obligatorio, le estaba permitido en principio, participar [...]

Me adhiero al voto particular del colega Dr. Rottmann; firma: Dr. Geiger.

Voto particular del magistrado Hirsch

Apruebo el voto particular del magistrado, Dr. Rottmann, adicionando lo siguiente:

La violación en contra del Art. 5 de la Ley Fundamental se hace especialmente evidente si se piensa que, de acuerdo con las particulares circunstancias de hecho, el recurrente ha hecho menos con miras al mandato de la tolerancia y consideración de lo que hubiera podido y hubiera tenido derecho a hacer, por ejemplo, participando en una discusión en clase de formación ciudadana. Si allí, por ejemplo, se hubiera discutido sobre la cuestión de la construcción de la planta de energía nuclear y las posibles acciones ciudadanas, habrían sido discusiones “de salón durante el descanso”, difícilmente susceptibles de ser prohibidas. La decisión atacada, por el contrario, hizo como si todas las charlas fuera del servicio sobre política “de salón” estuvieran penalizadas.

Si la finalidad del § 15 SG consiste en general, en que los soldados sean tratados en forma similar a los jueces y servidores públicos, respeten los intereses de los colegas o camaradas y aseguren la “paz del establecimiento”, entonces no se puede renunciar en un caso concreto a examinar si la conducta incriminada fue en realidad idónea para violar el objetivo protegido por la norma (en este mismo sentido se pronunció también el Tribunal Administrativo Federal, en la sentencia Strachwitz del 14 de noviembre de 1973, *NJW* 1974, pp. 874 y ss.; *NZWehrr* 1974, pp. 107 y ss.), y si alguien se ha sentido

³² La Ley Fundamental y la Ley para los Soldados consideran que el soldado, como cualquier otro ciudadano, es portador de derechos fundamentales; con ello se recoge la idea de que el soldado es “un ciudadano en uniforme”. [N. del t.]

perjudicado. Ambos presupuestos no se han cumplido. Al Tribunal Constitucional Federal le está permitido realizar este análisis en el caso de graves intervenciones en los derechos fundamentales, como aquí (BVerfGE 43, 120; EuGRZ 1977, p. 109), y así opina también la mayoría de la sala. En última instancia, el Tribunal Constitucional ha omitido señalar los motivos por los que el derecho fundamental deba retroceder. Por ejemplo, debe dejarse a salvo la posibilidad de preguntar a un camarada su opinión sobre una determinada iniciativa ciudadana, o si él también quiere participar en una manifestación o en una procesión. Quizá puedan entenderse con mayor claridad las consecuencias a las que conduce la opinión de la mayoría, considerando, por ejemplo, que el recurrente hubiera recogido firmas para una iniciativa de cristianos comprometidos en contra de la pena de muerte, de la despenalización del aborto o en contra del cierre de un jardín infantil y el periódico de la iglesia hubiera informado al respecto.

50. Sentencia BVerfGE 93, 266 [*Los soldados son asesinos*]

Sobre la relación entre la libertad de opinión y la protección de la honra en caso de una aseveración colectiva sobre los soldados.

Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre, 1995 –1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92–

Fundamentos:

A.

Los recursos de amparo –acumulados a fin de emitir una resolución conjunta– se refieren a sentencias penales por agravios en contra de las fuerzas militares federales y de algunos soldados en particular mediante expresiones como “los soldados asesinos” o “los soldados son potenciales asesinos” [...].

C.

Los recursos de amparo se encuentran fundados, y en esta medida se admiten. Las sentencias atacadas no han respetado en forma debida el derecho fundamental del recurrente consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.

I.

1. Las expresiones debido a las cuales el recurrente fue sancionado por agravio, gozan de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.

Esta norma constitucional da a cada persona el derecho a expresar y difundir su opinión en palabras, escritos e imágenes. Las opiniones, a diferencia de las declaraciones sobre hechos, se caracterizan por la actitud subjetiva de quien se expresa sobre algo (véase BVerfGE 90, 241 [247 y ss.]). Éstas comprenden su opinión sobre asuntos, ideas o personas. A esa posición personal se dirige la protección del derecho fundamental.

Existe, por tanto, independientemente de si la expresión se funda racional o emocionalmente o no es infundada, y si es considerada como útil o dañina, o sin valor, por los otros (véase BVerfGE 30, 336 [347]; 33, 1 [14]; 61, 1 [7]). La protección se dirige no sólo al contenido de la expresión, sino también a su forma. El que una afirmación sea formulada en forma polémica o injuriante, no la sustrae del ámbito de protección del derecho fundamental (véase BVerfGE 54, 129 [138 y ss.]; 61, 1 [7 y ss.]). Protege, además, la elección del lugar y momento para llevar a cabo la expresión. El que se expresa no sólo tiene el derecho de hacer pública su opinión, también le está permitido elegir aquellas circunstancias que le prometen una mayor difusión o el mayor efecto a la manifestación de su opinión.

En el caso de las expresiones a causa de las cuales el recurrente fue sancionado por agravio, se trata de opiniones en ese sentido, protegidas plenamente por el derecho fundamental. Con sus expresiones de que los soldados eran asesinos o potenciales asesinos, los recurrentes no se referían a unos soldados en particular, que en el pasado hubieren cometido un asesinato. Ellos expresaron más un juicio sobre los soldados y sobre la profesión de soldado, que obliga bajo determinadas circunstancias a dar muerte a otros seres humanos. Por tratarse de la existencia de un juicio de valor, y no de la afirmación de unos hechos, no son competentes los tribunales penales.

2. En la penalización de esas expresiones se configura una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de opinión.

3. El derecho fundamental a la libertad de opinión no se protege, empero, sin reserva. De conformidad con el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental encuentra sus límites en las disposiciones de las leyes comunes, como son las disposiciones legales para la protección de la juventud y el derecho a la honra personal. A éstas pertenece también el §185 del StGB,³³ en el cual se basan las sentencias impugnadas. Para poder imponer una sentencia, las disposiciones, sin embargo, deben ser acordes con la Ley Fundamental y ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución (véase BVerfGE 7,198 [208 y ss.]).

II.

En contra del §185 StGB no existe ninguna duda radical sobre su constitucionalidad.

1. La disposición penal es compatible con el Art. 5, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental.

a) La disposición protege en primer lugar, la honra de las personas. En el marco de los derechos personales en general, que se derivan del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ésta misma goza de protección constitucional como derecho fundamental (véase BVerfGE 54, 148 [153 y ss.]). Este derecho

³³ §185 StGB: *Injurias*. El agravio será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta un año o multa y cuando se cometa por medios violentos será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta dos años o multa.

puede ser violado principalmente a través de la expresión de opiniones. Por esta razón en el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental se le reconoce como un motivo de justificación para imponer límites a la libertad de opinión.

De esto no se deduce, sin embargo, que el legislador pueda restringir a gusto la libertad de opinión en interés de la honra personal (véase BVerfGE 7, 198 [202]). Más aún, él debe tener en cuenta cuándo hace uso de la autorización del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el contenido esencial del derecho fundamental y evitar las restricciones excesivas de la libertad de opinión. Esos requisitos, sin embargo, los tuvo en cuenta el §193 StGB,³⁴ en el que se excluye la sanción a causa de una expresión, cuando ésta tiene por objeto garantizar intereses legítimos. Esa disposición, que es preciso tener en cuenta antes de toda condena con base en el §185 StGB, con su amplia formulación, está abierta de manera especial a la influencia de la libertad de opinión, y permite así un equilibrio de los bienes jurídicos que se contraponen (véase BVerfGE 12, 113 [125 y ss.]).

b) Como se infiere del §194, párrafo 3, frase 2 StGB,³⁵ la protección del §185 StGB se refiere, en efecto, no sólo a las personas, sino también a las autoridades o determinados cargos, que garantizan las funciones de la administración pública. En esta medida la norma no se puede justificar desde el punto de vista de la honra de las personas, ya que las instituciones estatales no tienen una honra “personal” ni son portadoras del derecho general de la personalidad. Sin embargo, como norma de protección a favor de las instituciones públicas, se cuenta a pesar del §185 StGB, las leyes generales en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

Dentro de éstas se comprenden todas las leyes que no prohíben como tal una opinión, que no se dirigen en contra de la expresión de una opinión como tal, sino que sirven para la protección de un bien jurídico, susceptible de ser protegido, directamente sin que se tenga que considerar una opinión determinada (véase BVerfGE 7, 198 [209]; jurisprudencia reiterada). Éste es el caso para el §185 StGB. Sin un criterio mínimo de aceptación social, las instituciones estatales no tendrán autoridad para cumplir sus funciones. Por consiguiente, deben estar protegidas también frente a los ataques

³⁴ §193 StGB: *Garantía de los intereses legítimos*. Los juicios desaprobatorios sobre las producciones económicas, culturales o industriales, al igual que las expresiones que se hacen para la ejecución o defensa de derechos o para garantizar los intereses legítimos, así como los reproches y reprimendas de los superiores respecto de sus subordinados, las declaraciones o juicios por parte de los funcionarios en casos similares, son sancionables sólo en cuanto que se pueda deducir de ellos la existencia de un agravio por la forma en que se llevó a cabo la expresión o por las circunstancias en las cuales se dio.

³⁵ §194 StGB: *Petición de parte*. (3) Si el agravio se comete en contra de un funcionario, que se encuentra obligado de manera especial por razón del servicio público o de un soldado del ejército federal durante el cumplimiento de su servicio o en relación con su servicio, entonces se podrá perseguir también a solicitud del superior. Si el hecho se dirige en contra de una autoridad o de un determinado cargo, que cumpla funciones públicas, entonces éste se perseguirá a solicitud del director de la institución o del director de la autoridad de vigilancia. Lo mismo se aplica para el caso de los encargados de desempeñar funciones administrativas y para las autoridades eclesíásticas y otras sociedades religiosas de derecho público.

verbales, que amenazan con socavar ese presupuesto (véase BVerfGE 81, 278 [292 y ss.]). La protección penal no permite, sin embargo, llevar a que las instituciones estatales se blinden frente a las críticas públicas, aun cuando éstas sean hechas en forma concreta, ya que éstas deben estar garantizadas en forma especial por el derecho fundamental a la libertad de opinión (véase BVerfGE 28, 1919 [202]). Esos requisitos los tuvo, sin embargo, suficientemente en cuenta el §193 StGB, que le dio espacio a la influencia del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y adquiere un significado más intenso, cuando el §185 StGB se proyecta para la protección de las instituciones públicas y no para la protección de la honra personal.

2. El §185 StGB ni es indeterminado ni contraviene tampoco el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Ciertamente se distingue de las restantes disposiciones del Código Penal, en la medida que designa la conducta típica sencillamente con el concepto de injuria, pero no lo define posteriormente. A pesar de ser una disposición penal expedida bajo la vigencia de la Ley Fundamental que pareciera ser insuficiente, el concepto de injuriar ha tenido, a través de la jurisprudencia centenaria y esencialmente unánime, un contenido suficientemente claro, que le ofrece a los tribunales criterios suficientes para la aplicación y que la hace evidente a los destinatarios, cuando tienen que contar con una sanción a causa de un agravio (véase BVerfGE 71, 108 [114 y ss.]). Aun cuando para el agravio colectivo existen todavía cuestiones sin resolver, no se verá afectada con ello la certeza de la norma.

III.

La interpretación y aplicación de la ley penal es asunto de los tribunales penales. Si se trata de leyes que limitan la libertad de opinión, se tiene que respetar, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal, el derecho fundamental que la norma pretende restringir, para que pueda seguir conservando el significado valorativo, también en el plano de la aplicación legal (véase BVerfGE 7, 198 [209 y ss.]).

1. A nivel de la interpretación de la norma exige el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental una ponderación, que debe llevarse a cabo en el marco de las características circunstanciales de la respectiva ley, entre el significado de la libertad de opinión, de una parte, y de la otra, del bien jurídico en cuyo interés se ha restringido la primera. De ahí que sea incompatible una interpretación del §185 StGB que extienda tanto el concepto de injurias, que traspase los requisitos para la protección de las instituciones o de la honra (véase BVerfGE 71, 162 [181]) o que no deje espacio para tener en cuenta la libertad de opinión (véase BVerfGE 43, 130 [139]). Asimismo, el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, prohíbe una interpretación de los §§185 y ss. StGB de la cual se origine un efecto restrictivo para el ejercicio del derecho fundamental, que conduzca a que, por el temor a ser sancionado, se callen también las críticas admisibles (véase BVerfGE 43, 130 [136]; jurisprudencia reiterada).

Para la interpretación del §193 StGB es especialmente importante el hecho de que la libertad de opinión sea constitutiva del ordenamiento liberal democrático (véase

BVerfGE 7, 198 [208 y ss.]). Un interés legítimo puede, por consiguiente, existir no sólo cuando el implicado mismo es el que ha dado ocasión a la expresión o cuando alguien se defiende de ataques personales, sino también cuando participa en una controversia pública sobre asuntos políticos o sociales relevantes (véase BVerfGE 113 [125,127]). Esto se tiene que tener en cuenta especialmente cuando las disposiciones para la protección de la honra, contempladas en los §§185 y ss. StGB, no se dirigen a personas, sino a instituciones estatales. Éstas no se dirigen, por tanto, a la protección de la honra personal, sino que buscan garantizar el reconocimiento público que requieren los órganos del Estado para poder cumplir con sus funciones. Si esa finalidad de protección entra en conflicto con la libertad de opinión, entonces se tendrá que valorar su importancia porque el derecho fundamental se ha originado precisamente en la especial necesidad de protección del poder frente a la crítica y, por consiguiente, su significado permanece intacto.

2. A nivel de la aplicación de los §§185 y ss. StGB a casos individuales, el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental exige una valoración de los perjuicios que amenazan la honra personal de una parte, y la libertad de opinión de la otra, para lo cual, se deben tener en cuenta todas las circunstancias esenciales (véase BVerfGE 7, 198 [212], jurisprudencia reiterada). El resultado de esa ponderación no se puede anticipar de manera general y abstracta debido a su carácter casuístico. Sin embargo, en la jurisprudencia se han desarrollado una serie de puntos de vista que pretenden establecer los criterios para la evaluación en concreto.

En este sentido, la libertad de opinión debe retroceder cuando viola la dignidad humana de los demás. Este principio, que opera para la libertad artística (véase BVerfGE 75, 369 [380]) es válido también para la libertad de opinión, ya que la dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular. Pero, no sólo los derechos fundamentales en particular, sino también en su conjunto, son concreción del principio de la dignidad humana, se requiere siempre una justificación cuidadosa, cuando se crea que el ejercicio de un derecho fundamental puede transgredir la inalienabilidad de la dignidad humana.

Igualmente, en el caso de las expresiones denigrantes, que se representan como un agravio formal o injuria, la libertad de opinión debe ceder frente a la protección de la honra (véase BVerfGE 61, 1 [12]). Debido al efecto que tiene, al grado de desplazar la libertad de opinión, el Tribunal Constitucional Federal ha definido estrechamente el concepto de la crítica injuriosa, desarrollado en la jurisdicción especializada. De acuerdo con éste, una crítica exagerada o sensacionalista no puede ser tomada por sí como injurioso; debe haber algo más, como el que la opinión tenga como trasfondo no la controversia sobre el asunto, sino el deseo de difamar a la persona. Debe consistir también en críticas polémicas y exageradas dirigidas al desprestigio de la persona (véase BVerfGE 82, 272 [283 y ss.]). Por ese motivo, las críticas injuriosas se dan sólo en forma excepcional en el caso de opiniones sobre asuntos que se relacionan esencial-

mente con la opinión pública, y en lo restante se restringen a las controversias privadas (véase BGH, NJW 1974, p. 1762). Si un tribunal considera erróneamente una opinión como si fuera un agravio formal o una injuria, con la consecuencia de que se torna innecesaria la ponderación concreta atendiendo a todas las circunstancias del caso en particular, existirá allí un considerable error constitucional, que conlleva a la nulidad de la sentencia, cuando ésta se apoye en aquél (véase BVerfGE 82, 272 [281]).

Si no se puede clasificar la opinión como una intervención en la dignidad humana ni como un agravio formal o una injuria, entonces tendrá que tenerse en cuenta para la ponderación la gravedad del perjuicio ocasionado al bien jurídico en cuestión. Sin embargo, en esto no juega ningún papel, a diferencia de lo que ocurre cuando se aseveran hechos, el que las críticas sean legítimas o que los juicios de valor sean “correctos” (véase BVerfGE 66, 116 [151]; 68, 226 [232]). Por el contrario, es importante que en el marco de una controversia privada se haga uso del derecho fundamental a la libertad de opinión con miras a obtener un interés personal, o en relación con un asunto que afecta la opinión pública. Si en el caso de una opinión discutible, se trata de un informe dirigido a la formación de la opinión pública, entonces, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal, se favorecerá, por presunción, la libertad de expresión (véase BVerfGE 7, 198 [208, 212]; 61, 1 [11]). Para poder apartarse de esta posición se requiere de una justificación, que tenga en cuenta el significado constitutivo de la libertad de opinión para la democracia, y que se enraiza en la anterior regla de presunción.

3. El presupuesto de toda apreciación legal sobre opiniones es, efectivamente, que se tenga en cuenta plenamente su sentido. Si esto falta al juzgar un delito de opinión, entonces puede llevar a que el resultado sea la represión de una opinión admisible. Además, existe el peligro de que un juicio de este tipo pueda afectar negativamente, en general, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de opinión, ya que debido a las interpretaciones lejanas o indefendibles, hasta las declaraciones de buena voluntad, se arriesgan a una sanción (véase BVerfGE 43, 130 [136]). Como esas circunstancias caen en el plano de la interpretación, decisiones anticipadas sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de declaraciones, en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental se establecen no sólo los requisitos para la interpretación y aplicación de las leyes que limitan el derecho fundamental, sino también, para la interpretación de declaraciones que suscitan discusión.

El objetivo de la interpretación es la determinación del sentido objetivo de una declaración. No son decisivos, por consiguiente, ni el propósito subjetivo del que se expresa, ni la comprensión subjetiva del implicado con la declaración, sino el sentido que ésta tiene para la comprensión de un público entendido y desprevenido. De ahí que siempre se tenga que partir del tenor de la declaración. Éste determina su sentido, más no exclusivamente. El sentido lo determina más bien el contexto lingüístico de la declaración susceptible de discusión, y las circunstancias que la rodean, en la medida que éstas sean reconocibles por el receptor. La consideración aislada de una declaración

discutible no se ajustará, por tanto, a los requisitos de un examen regular de su sentido (véase BVerfGE 82, 43 [52]). Las sentencias que obvian el sentido de una declaración discutible y que por tal razón se apoyen en su apreciación legal, violan el derecho a la libertad de opinión. Lo mismo se aplica cuando un tribunal, en el caso de declaraciones ambivalentes, fundamenta el significado que conduce a la sentencia, sin haber descartado previamente, con motivos concluyentes, las otras posibles interpretaciones (véase BVerfGE 82, 43 [52]). Por tal razón el tribunal, sencillamente, no requiere partir ni de alternativas apartadas, apoyadas en el tenor o en las circunstancias de la declaración, ni desarrollar posibilidades de interpretación completamente abstractas, que en las circunstancias concretas no encuentran ningún punto de partida. Si empero, las formulaciones o circunstancias admiten una interpretación que favorece la honra, entonces la sentencia penal que ha incurrido en esa omisión, viola el Art. 5, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, también se debe tener en cuenta que algunas palabras o conceptos, en diferentes contextos de comunicación, pueden tener diferentes significados. Éste es el caso, entre otros, para conceptos que en la terminología jurídica especializada son utilizados en forma diferente a como se hace en el lenguaje común. Se comete por consiguiente un considerable error constitucional cuando la sentencia se basa específicamente en el sentido especializado, a pesar de que la declaración cae dentro del contexto del lenguaje común (véase BVerfGE 7, 198 [227]; 85, 1 [19]).

Los requisitos, que en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental rigen el análisis del sentido de la declaración, están sujetos a la revisión del Tribunal Constitucional Federal, y en especial cuando se trata, como en el caso de sentencias penales, de una profunda intervención en los derechos fundamentales. Esto lo ha subrayado permanentemente el Tribunal Constitucional Federal (véase BVerfGE 43, 130 [136 y ss.]; 54, 129 [136 y ss.]; 61, 1 [6, 9 y ss.]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 y ss.]). En esto no es posible ninguna desviación de la jurisprudencia reiterada sobre el ámbito de competencia que tiene el Tribunal Constitucional Federal para la revisión (véase BVerfGE 18, 85 [92]; 85, 248 [257 y ss.]). Por tanto, también en el caso de una condena por delitos contra la libertad de opinión, el Tribunal Constitucional Federal revisa sólo si el tribunal ha desconocido el significado y envergadura del derecho fundamental a la libertad de opinión. En lo restante, esto queda para la exclusiva competencia del tribunal especializado. En relación con los delitos en contra de la libertad de expresión se encuentran preguntas tales como si la declaración en cuestión efectivamente se hizo, cuál fue su tenor, de quién provino y bajo cuáles circunstancias se dio, máxime cuando las comprobaciones tienen que ver con la unicidad de la impresión general en la actuación verbal (véase BVerfGE 43, 130 [137]). Los argumentos vertidos en el voto particular y que se separan de la jurisprudencia reiterada, no dan ocasión para abandonar la práctica que se ha seguido hasta ahora y restringir la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión.

IV.

Estos requisitos no fueron cumplidos plenamente por las sentencias impugnadas [...].

VI.

En ninguno de los cuatro casos puede excluirse que si los tribunales hubieran considerado otras posibilidades de interpretación más a la mano, si hubieran tenido en cuenta la diferencia entre una declaración denigrante sobre todos los soldados del mundo y los soldados del ejército federal, y si hubieran aplicado el concepto de la crítica injuriosa de conformidad con la Constitución, habrían llegado a un resultado diferente. Las decisiones impugnadas deben, por consiguiente, ser anuladas y el asunto reenviado. Sin embargo, con esto no se absuelve a los recurrentes, ni se declara la admisibilidad de ofensas en contra de soldados en particular o de miembros de determinadas fuerzas armadas mediante afirmaciones como “los soldados son asesinos”. Más aún, las respectivas declaraciones deben ser nuevamente examinadas atendiendo a los requisitos expuestos para la aplicación del Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

Esta decisión ha sido tomada con relación a los recursos de amparo 1), 3) y 4) con tres votos contra tres, y respecto del recurso de amparo 2) por unanimidad.

51. Sentencia BVerfGE 103, 44 [Videograbación de audiencias judiciales]

1. *El derecho a revelar una fuente de información no se deriva ni de la libertad de información consagrada en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, ni de la libertad de radio prevista en el Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. Sobre el acceso a la fuente de información y las modalidades del mismo, deciden quiénes cuentan con un derecho de disposición. Únicamente cuando se ha permitido el acceso de manera general a una fuente informativa puede una intervención del derecho fundamental afectar el ámbito de protección de la libertad informativa.*
2. *El derecho fundamental consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 abarca un derecho de acceso (dirigido contra del Estado); éste tiene aplicación cuando una fuente de información –que cae dentro del ámbito de responsabilidad estatal– se encuentra destinada al acceso público (autorizado jurídicamente) y el Estado niega el acceso.*
3. *Las audiencias judiciales son fuentes de información. El legislador –en el marco de su competencia para reglamentar el proceso judicial– decide sobre su acceso por parte del público.*
4. *La exclusión contemplada en el §169 frase 2 GVG de las grabaciones de televisión, de radio y de sonido durante las audiencias judiciales, es constitucional.*

Sentencia de la Primera Sala, del 24 de enero, 2001
–1 BvR 2635/95, 622/99–

Parte resolutive:

El recurso de amparo fue rechazado.

Fundamentos:

A.

El proceso del recurso de amparo se relaciona con la aceptación de las tomas televisivas en las audiencias judiciales, y durante el pronunciamiento de decisiones.

I.

Los fundamentos legales para la publicidad de las audiencias judiciales y la presentación de informes por parte de los medios de comunicación, se encuentran para el ámbito de la jurisdicción ordinaria, en el §169, frase 2 de la Ley de Organización de los Tribunales (GVG). El §169 dispone que:

Las audiencias ante los tribunales son públicas, incluyendo aquéllas en las que se pronuncian las sentencias y autos. Las tomas y las grabaciones para la radio y la televisión, así como las grabaciones y filmaciones con el objeto de ser presentadas públicamente o de publicar su contenido, son inadmisibles.

La vigilancia del cumplimiento de la prohibición establecida en el §169, frase 2 GVG, corresponde de conformidad con el §176 GVG al presidente. El §176 GVG tiene el siguiente tenor:

La conservación del orden en la audiencia corresponde al Presidente.

II.

Los recursos de amparo no se encuentran fundados. El §169 frase 2 GVG es compatible con la libertad de información y radio consagrada en el Art. 5, párrafo 1, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental, en concordancia con el principio de la democracia y el Estado de Derecho.

1. El Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental protege la libertad de informar en la radio; a la libertad de radio pertenece al igual que como ocurre con la libertad de prensa por virtud del Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, la protección de la información desde que se genera, hasta la difusión de la noticia y la formación de la opinión (véase BVerfGE 10,118 [121]; 91, 125 [134]; jurisprudencia reiterada). En principio, el acceso ilimitado a la información transfiere a los medios de comunicación, la protección que se les atribuye en una democracia libre. Dentro de la información,

comprendida en el derecho fundamental, se cuenta la posibilidad de transmitir acústica y ópticamente un suceso a los oyentes y televidentes, completa o parcialmente, en vivo o diferidamente. A las posibilidades específicas de los medios de comunicación pertenece también el empleo de equipos de grabación y transmisión (véase BVerfGE 91, 125 [134]).

En la medida que los medios de comunicación participen de una fuente de información a la que tienen acceso todas las personas, este acceso estará protegido por la libertad de información consagrada en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, en esto no se diferencian los medios de comunicación de los ciudadanos en general. La utilización de equipos de grabación y transmisión específicos para la radio, con el objeto de difundir la información con ayuda de la radio, se encuentra comprendida, por el contrario, en la libertad de radio consagrada en el Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. A su ámbito de protección pertenece, sin embargo, como ocurre en el caso de la libertad de información, el derecho a publicar la fuente de información. En esta medida, la libertad de radio no va más allá de la libertad de información consagrada en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, que como derecho de defensa sólo asegura el acceso a las fuentes de información admisibles en general, frente a las restricciones del Estado.

Sólo después de permitir el acceso general y sólo en esta extensión, puede afectarse el ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Las restricciones por parte del Estado a ese acceso tienen el carácter de intervenciones al derecho fundamental. En general, una fuente de información es asequible cuando es determinada y adecuada para permitir al público –esto es, a un grupo de personas no determinable individualmente– el acceso a la información (véase BVerfGE 27, 71 [83 y ss.]; 90, 27 [32]; jurisprudencia reiterada). Se pueden considerar como fuentes de información adecuadas, todos los portadores de informaciones, dentro de los cuales se encuentran también los sucesos y acontecimientos. Por consiguiente, se protege no sólo la obtención de información de las fuentes, sino también la toma de informaciones de una fuente. Sin embargo, el derecho fundamental garantiza sólo el derecho a que no se obstaculice la obtención de información de una fuente determinada, que es asequible al público. En esa disposición, falta que la obtención de información se encuentre protegida por el derecho fundamental de la libertad de información (véase BVerfGE 66, 116 [137]). El derecho fundamental consagrado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1, comprende un derecho al acceso, dirigido en contra del Estado, cuando una fuente de información que cae dentro del ámbito de responsabilidad estatal, se encuentra destinada al acceso del público por motivos legales, pero a las cuales el Estado ha negado el acceso.

Sobre el acceso a la fuente de información y las modalidades del mismo, deciden quiénes cuentan con un derecho de disposición. El ejercicio de ese derecho no implica una restricción para los terceros en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental. El derecho de disposición se rige por las disposiciones generales, para las personas privadas especialmente por las del derecho civil, para el Estado prevalentemente por

las del derecho público. Los legitimados pueden también ejercer su derecho de disposición en forma diferente, y determinar las modalidades del acceso; por ejemplo, mediante el requisito del pago de una entrada o de una autorización para tomar fotos en un concierto. También en la medida que el Estado se encuentra legitimado para disponer, puede en el marco de sus funciones y competencias determinar la forma y extensión del acceso.

Si el legislador establece el tipo de acceso a los acontecimientos estatales y con esto la dimensión del acceso a esas fuentes de información, entonces el ámbito de protección de la libertad de información tendrá esa extensión. Si los medios de comunicación tienen acceso con la finalidad de informar, pero en forma plenamente legal, con excepción de la toma y difusión de tomas de televisión y radio, esta limitación no tendrá el carácter de una intervención en los derechos fundamentales.

Si se permite el acceso a las fuentes de información con limitaciones—por ejemplo, un acceso especial a la radio—, entonces la constitucionalidad de la norma limitante dependerá de si una limitación tal se encuentra cubierta por el derecho a determinar el acceso, sin que adicionalmente se deba evaluar con base en el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Pero si del derecho constitucional se sigue que el acceso como tal se tiene que permitir en mayor medida o por completo, el portador del derecho fundamental a la libertad de información podrá hacer valer esto, en el caso en que se hubiere excluido la posibilidad de emplear equipos de radio específicos para realizar grabaciones y difundirlas.

2. Las audiencias ante los tribunales, incluyendo aquéllas donde se dicta la sentencia, son fuentes de información. Su acceso al público lo regula el legislador en el marco de su competencia para reglamentar los procedimientos judiciales y atendiendo a los aspectos constitucionales como el principio del Estado de Derecho, el principio de la democracia y el de la protección de la personalidad. El §169 GVG regula para el caso de la jurisdicción ordinaria la publicidad en los tribunales.

De acuerdo con esto, toda persona puede tener acceso a las audiencias de los tribunales, en la medida que no se haya contemplado excepción alguna. Dentro de los favorecidos se encuentran también los representantes de los medios de comunicación, que podrán ver y oír, y se encuentran autorizados para difundir la información con ayuda de la prensa, la radio y otros medios electrónicos. El carácter público de los tribunales está garantizado en la ley, pero se ha previsto sólo para el caso de las salas de audiencia. La prohibición contemplada en el §169 frase 2 GVG, para las grabaciones y tomas televisivas y radiales, así como para las grabaciones y tomas filmicas, con el objeto de transmitir las al público o de publicar su contenido, excluye las publicaciones que llevan a cabo los medios de comunicación en forma indirecta, que se hacen posibles con la ayuda de las técnicas para realizar tomas y hacer transmisiones. El legislador federal ha hecho uso por tanto de su derecho de disposición en forma tal que el acceso general se encuentra permitido sólo a aquellos que quieren seguir las audiencias judiciales en los espacios que se han previsto para tal efecto.

El §169 frase 2 GVG prevé de antemano el acceso a las fuentes de información, limitado sólo en ese sentido. No se trata de una ley restrictiva en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

b) El legislador no se encuentra obligado constitucionalmente, a expedir una reglamentación que posibilite las excepciones.

aa) El principio de publicidad de las audiencias públicas, contemplado en el derecho constitucional, hace parte del principio del Estado de Derecho, así como del principio general de la publicidad de la democracia (véase BVerfGE 70, 324 [358]). El principio constitucional de la publicidad es válido, aunque no sin excepción alguna (véase BVerfGE 4, 74 [94]); el público puede, por motivos apremiantes del bien común, quedar excluido en forma parcial o completa, en aquellos casos en que la Constitución así lo ordene (véase BVerfGE 70, 324 [358]). El principio de publicidad, especialmente, no señala las modalidades bajo las cuales se admite el público.

El principio de publicidad de las audiencias públicas se apoya, en Alemania, en una larga tradición, que encuentra sus raíces en la época de la Ilustración. La publicidad en los tribunales tiene que servir, de una parte, como una garantía procesal, a la protección de los que participan en la audiencia, especialmente de los acusados en un proceso penal, y en contra de una justicia secreta, sustraída del control público. De otra parte, se tiene que partir de que “el pueblo, para hacer valer sus derechos, puede aparecer ante los tribunales”. Se ha considerado como una posición legal del pueblo, el conocer lo que está ocurriendo en los tribunales, para así poder someter el poder estatal, ejercido a través de los tribunales, a un control público. Ambos puntos de vista se encuentran comprendidos en la Ley Fundamental, en el principio del Estado de Derecho, y son también esenciales para una democracia.

bb) Los principios constitucionales del Estado de Derecho y de la democracia requieren de una reglamentación por parte de la ley. Esto se aplica también a la determinación de los presupuestos y modalidades de la publicidad en los tribunales. El legislador, para la reglamentación de publicidad en los tribunales, debe atender a sus funciones, así como a los diversos intereses. La publicidad de las audiencias públicas debe servir para garantizar la equidad en los procesos. La información sobre los acontecimientos es el presupuesto de un control, en la búsqueda de esos fines.

A la publicidad ilimitada de las audiencias ante los tribunales de conocimiento, se le contraponen, sin embargo, importantes intereses. Dentro de los intereses que se le contraponen se encuentra el derecho a la personalidad de los que participan en el proceso (Art. 1, párrafo 1, en relación con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental), el derecho de los participantes a un debido proceso (Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental; al respecto véase BVerfGE 57, 250 [274 y ss.]; 89, 120 [129]), así como la aptitud funcional de la administración de justicia, especialmente de la búsqueda de la verdad y la legalidad (al respecto véase BVerfGE 33, 367 [382 y ss.]; 77, 65 [76]).

El legislador no se encuentra obligado por la Constitución, aunque sí tiene la competencia, para limitar la presencia del público en las salas donde se llevan a cabo las audiencias. Una limitación de esta clase al público satisface los intereses del Estado de Derecho del control público de los procesos judiciales, así como el principio del acceso a las informaciones consagrados en el principio de la democracia, que son significativos para la formación de la opinión pública e individual. El componente de Estado de Derecho de la publicidad en los tribunales tiene como objetivo garantizar el cumplimiento del derecho material y formal, y con esa finalidad posibilitar el examen de la forma como funciona el ordenamiento jurídico. De manera especial se debe promover que las actuaciones no se lleven a cabo como si “fueran entre sí”, dejando por fuera las garantías procesales, u omitiendo puntos de vista esenciales de carácter material o legal, con la finalidad de acelerar el proceso. Éstas, en ausencia de los no participantes, deben satisfacer el principio de la imparcialidad. El juicio acerca de si el comportamiento de los participantes en el proceso es adecuado, si las palabras que se seleccionan o la intensidad del sonido, la indulgencia o la penalización, la benevolencia o la rigidez del juez en la respectiva situación procesal son justos, se deja –preferiblemente en la medida de lo posible– a los presentes.

El principio del acceso a las informaciones para la formación de la opinión pública, enraizado en el principio de la democracia, tampoco ofrece nada diferente a la publicidad en las salas. A los medios de comunicación les está permitido el acceso a las salas de los tribunales; los periodistas radiales pueden participar en las audiencias judiciales e informar sobre ellas. Para tal efecto, la ley tuvo en cuenta suficientemente el hecho de que hoy en día las informaciones son transmitidas al público ante todo por los medios de comunicación. Éstos se encargan no sólo de informar sobre eventos, acerca de los cuales el público tiene especial interés. Las audiencias judiciales por lo general no se encuentran incluidas allí. Incluso tratándose de procesos con considerable resonancia pública –como demuestra la experiencia extranjera en la que se permite la participación de los medios de comunicación–, suele existir por lo general sólo un interés limitado de los medios de comunicación por transmitir la totalidad del proceso o gran parte de éste. Los resultados de los procesos judiciales no se encuentran orientados hacia los intereses de los medios de comunicación. El desarrollo de la audiencia es formal. La minuciosidad y las repeticiones, así como las reflexiones y la paulatina reconstrucción de la realidad no corresponden a las exigencias de la dramaturgia de los medios de comunicación. A lo mucho, existe un interés de los medios de comunicación por realizar informes breves, con el objetivo de satisfacer la curiosidad del público.

dd) Mediante la prohibición consagrada en el §169, frase 2 GVG, de usar determinadas técnicas, propias de las radiodifusoras, para tomar, apuntar o transmitir, se le impide a la radio reproducir sonidos o imágenes originales, editarlos y utilizarlos. Se encuentra impedida especialmente para visualizar su informe mediante el uso de imágenes en movimiento provenientes de la audiencia. Esto afecta ante todo a la televisión. En opinión de los tribunales especializados y de la doctrina sólo se admiten los dibujos

y las fotografías sin movimiento (“fotos fijas”), en tanto que ellas no hayan sido excluidas con base en medidas policivas. El §169, frase 2 GVG, en vista del significado creciente que ha tenido en épocas recientes los informes con imágenes, no impide los informes televisivos. Además de los informes de los corresponsales, se pueden considerar las grabaciones y las tomas en movimiento, antes de que comience y luego de que concluya la audiencia, así como en los recesos (véase BVerfGE 91, 125 [134 y ss.]).

ee) La limitación de la publicidad judicial mediante la prohibición legal de grabar y filmar las audiencias judiciales, tiene en cuenta los intereses de la protección de la personalidad (1), así como los requisitos de un debido proceso y de la búsqueda de la verdad y de la justicia (2).

(1) En el proceso judicial, la protección de la personalidad requiere de una mayor protección, que la que se reconoce en el ordenamiento legal general. Esto se aplica no sólo, pero con especial intensidad, a la protección de los demandados y los testigos, en el proceso penal, quienes tienen que exponerse involuntariamente al público, en una situación cargada de emociones y, no raras veces, tensionante. Las informaciones se recogen con ayuda de los tribunales judiciales y en caso dado bajo presión. Si éstas quedan grabadas y filmadas y, por consiguiente, salen de la efímera observación de los que se encuentran presentes en la sala, a fin de ser presentadas total o parcialmente en el contexto de una emisión de televisión, se hará más evidente la injerencia en el derecho de la personalidad. La difusión de tomas puede generar en el proceso considerables efectos, por ejemplo, debido a la vergüenza que produce la presentación en público de la conducta ante el tribunal, o debido a los recuerdos negativos del proceso que quedan en la memoria del público, se puede dificultar la posterior resocialización (véase BVerfGE 35, 202 [219 y ss., 226 y ss.]).

Existe también un riesgo alto de que se modifique el contenido de las declaraciones, cuando las tomas son recortadas o editadas, para ser utilizadas con otro orden o más tarde, en otro contexto. A la defensa ante los peligros a que se ve expuesto el derecho a la autodeterminación de la información (sobre éste véase BVerfGE 65, 1), sirve la exclusión de las tomas y su difusión.

(2) La posibilidad de las grabaciones y las filmaciones debe igualmente quedar excluida en interés de un debido proceso y la seguridad de encontrar la verdad y poder aplicar el derecho. La publicidad de los medios de comunicación es algo completamente distinto frente a la publicidad en las salas. Muchas personas cambian su comportamiento ante la presencia de los medios de comunicación. Algunos se sienten tranquilos ante los medios de comunicación, otros se atemorizan. El debido proceso se ve así en peligro, especialmente en lo que respecta a los acusados en un proceso penal, cuando debido a la presencia de los medios temen hacer referencia a cosas que son de importancia para encontrar la verdad; por ejemplo, circunstancias íntimas, penosas, o deshonrosas. El proceso de encontrar la verdad puede también sufrir cuando las personas que participan en el proceso dirigen su comportamiento con el objetivo de causar los efectos que esperan los medios de comunicación.

El desarrollo externo del proceso puede verse afectado también mediante la presencia y la actividad de los equipos de camarógrafos, especialmente con la instalación y puesta en funcionamiento de los equipos de grabación. Los efectos negativos en el desarrollo y contenido del proceso pueden disminuirse ciertamente con unas disposiciones adecuadas; por ejemplo, con la admisión sólo de un equipo de grabación, por la vía de una conferencia de prensa, restringiendo el número de personas en el equipo de grabación, mediante directrices para la colocación de las cámaras, así como prohibiendo las tomas de cerca o cualquier toma del acusado o de los testigos; sin embargo, esto no asegura que se eviten los efectos negativos.

La publicidad de los medios no requiere de la autorización de los participantes. Aun cuando ésta exista, se debe decidir si los citados intereses de la administración de justicia se contraponen a las grabaciones y filmaciones. El legislador puede partir, por tanto, del hecho que esta clase de intereses por lo general prevalece.

52. Sentencia BVerfGE 102, 347 [*Benetton* - Publicidad ofensiva]

1. *La libertad de prensa de un editor de revistas puede ser conculcada cuando se le prohíba la publicación de anuncios publicitarios respecto de los cuales el anunciante goza de la libertad de expresión.*
2. *Sobre la valoración jurídico-constitucional de la publicidad a través de imágenes con temas de crítica social.*

Sentencia de la Primera Sala, del 12 de diciembre, 2000 –1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95–

Fundamentos de la resolución:

A.

La recurrente –una compañía editorial– interpuso sendos recursos de amparo en contra de dos sentencias del Tribunal Supremo Federal, por las que se le prohíbe la publicación de anuncios publicitarios de la empresa Benetton, por transgredir las buenas costumbres (§1 de la Ley contra la Competencia Desleal,³⁶ en lo sucesivo UWG).

I.

En la revista *Stern* –de la cual la recurrente es editora– se publicaron tres anuncios de la empresa Benetton, empresa dedicada a la venta de textiles en todo el mundo. Uno de los anuncios muestra a un pato impregnado en petróleo nadando sobre un manto de petróleo; otro de ellos muestra a niños de diversas edades realizando trabajos pesados en el tercer mundo; el tercero muestra el trasero de una persona desnuda, en el que

³⁶ Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

aparece estampado un sello con las palabras VIH-Positivo. Al margen de cada imagen hay una franja verde con la leyenda “United Colors of Benetton”. Los primeros dos anuncios fueron objeto del recurso de amparo 1 BvR 1787/95; el recurso 1 BvR 1762/95 se refiere al tercer anuncio.

La Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal³⁷ exigió a la recurrente abstenerse de publicar dichos anuncios; cuando ésta se negó a dicha pretensión, aquélla acudió a los tribunales. El Tribunal Estatal dio entrada a ambas demandas. La recurrente interpuso sin éxito sendos recursos directos de casación ante el Tribunal Supremo Federal. La misma empresa Benetton recurrió también a los tribunales civiles para oponerse –sin éxito– a los requerimientos correspondientes (cf. BGHZ 130, 196); sin embargo, dicha empresa ya no interpuso recurso de amparo alguno [...]

B.

Los recursos de amparo son fundados. Las dos sentencias del Tribunal Supremo Federal, atacadas por la recurrente, lesionan su derecho a la libertad de prensa garantizada por el Art. 5, párrafo 1, frase 2, alternativa 1 de la Ley Fundamental.

I.

1. El ámbito de protección de la libertad de prensa abarca el contenido de los órganos de prensa en su totalidad incluyendo también anuncios publicitarios (cf. BVerfGE 21, 271 [278 s.]; 64, 108 [114]). En la medida en que la expresión de una opinión por parte de un tercero –la cual goza de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental– es publicada en algún órgano de prensa, la libertad de prensa abarca también dicha protección: a un órgano de prensa no se le puede prohibir la publicación de la expresión de una opinión de un extraño cuando a la persona que emite dicha opinión no se le pueda prohibir la manifestación y difusión de la misma. En esta medida, la compañía editorial puede invocar una violación a la libertad de opinión de terceros en caso de controversia judicial. Lo mismo cabe decir para el caso de una controversia de carácter civil por la que se exija a una parte se abstenga de realizar cierta conducta con fundamento en el derecho de competencia.

La protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (que en el presente caso se encuentra injertada la protección de la libertad de prensa) se extiende también a la expresión de una opinión de carácter comercial, así como a la publicidad netamente comercial y de negocios, la cual tiene un contenido valorativo que influye la creación de opinión (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). En la medida en que la expresión de una opinión –un punto de vista, un juicio de valor, una concepción o postura determinada– es expresada a través de una imagen, cae dentro del ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 30, 336 [352]; 71, 162 [175]). Las tres fotos controvertidas cumplen con estas exigencias. Éstas ponen de relieve situaciones generales de injusticia (contaminación ambiental, trabajo infantil, exclusión y discriminación de personas infectadas con el VIH) y con ello encierran a su vez un

³⁷ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.

juicio negativo de valor respecto de cuestiones social y políticamente relevantes. Constituyen imágenes parlantes, cuyo contenido sirve para la creación de opinión. Éste es también el punto de partida de las sentencias controvertidas, cuando en ellas se señala que los anuncios acusan la miseria del mundo. La expresión de opiniones que persigan este fin –y de este modo llamen la atención de los ciudadanos hacia problemas generales– gozan en especial medida de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 28, 191 [202]).

El hecho de que la empresa Benetton trate estos temas en el marco de una campaña destinada exclusivamente a destacar su imagen, que prescinda de cualquier comentario y se dé a conocer en exclusiva a través del logotipo de la empresa, no cambia nada de lo dicho anteriormente. A través de ello pudiera, ciertamente, crearse la impresión de que a la empresa anunciante no le interesa en absoluto contribuir a la creación de opinión, sino que únicamente le interesa llamar la atención. Una interpretación de este tipo, por la que se ponga en entredicho la relación subjetiva del emisor respecto del contenido de la expresión, no es la única interpretación posible; es una entre muchas y ni siquiera se trata de la interpretación más cercana. En la apreciación del público los mensajes que se desprenden de los anuncios son atribuidos a la empresa Benetton como propios; en este sentido tampoco los tribunales han externado duda alguna [...]

2. La prohibición hecha a la revista *Stern*, confirmada en las dos sentencias recurridas, de volver a reproducir los controvertidos anuncios de la empresa Benetton en dicha revista, restringe a la recurrente en su libertad de prensa [...]

3. Esta prohibición no se justifica desde el punto de vista constitucional.

a) El Tribunal Supremo Federal alemán fundamenta la prohibición de publicación con base en el § 1 de la UWG, el cual constituye una ley de carácter general en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 62, 230 [245]; 85, 248 [263]). Esta disposición busca la protección de los competidores, los consumidores y de los otros actores involucrados en el mercado, así como de la colectividad. La libertad de ocupación económica no debe conducir a que sujetos en particular obtengan ventajas respecto de sus competidores por medio de prácticas inamisibles. Dichos fines se encuentran en concordancia con el orden valorativo axiológico de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 32, 311 [316]).

b) En la medida en que la recurrente aduce que el § 1 de la UWG no es suficientemente concreto o que de entrada no admita una interpretación del mismo para casos como los aquí presentes, no puede ser admitida [...]

d) Sin embargo, la recurrente invoca con éxito que el Tribunal Supremo Federal al hacer el examen de los anuncios publicitarios bajo la perspectiva del derecho de competencia no haya tomado en cuenta el significado y los alcances de la libertad de opinión.

aa) Si una resolución de carácter civil incide en la libertad de opinión, el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, exige que los tribunales consideren adecuadamente la importancia de este derecho fundamental a la hora de interpretar y de aplicar

el derecho privado (cf. BVerfGE 7, 198 [206 ff.]; 86, 122 [128 f.]; jurisprudencia reiterada). Las sentencias controvertidas se apoyan sobre el § 1 de la UWG, es decir sobre una disposición del derecho civil. Su interpretación y aplicación al caso concreto es tarea de los tribunales civiles. El Tribunal Constitucional puede intervenir únicamente cuando se aprecian errores derivados de una concepción fundamentalmente equivocada acerca del significado de un derecho fundamental, especialmente aquellas que descansan sobre una extensión de su ámbito de protección y que en su significado desde el punto de vista material tengan cierta relevancia para el caso jurídico concreto (cf. BVerfGE 18,85 [92 f.]; jurisprudencia reiterada). Esto es lo que sucede en el presente caso.

bb) El Tribunal Supremo Federal reconoció acertadamente que los anuncios publicitarios constituyen la expresión de una opinión, que tiene por contenido problemas de carácter económico, político, social y cultural, y por lo tanto, gozan de manera especial de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. La interpretación del § 1 de la UWG—y para el caso del tercer anuncio (VIH-Positivo), en la aplicación de esta norma—las sentencias recurridas no cumplen satisfactoriamente con el significado y extensión de este derecho fundamental.

En un orden estatal libre y democrático el derecho a la libre expresión de las ideas tiene carácter constitutivo (cf. BVerfGE 20, 56 [97], jurisprudencia reiterada); restricciones a este derecho requieren fundamentalmente estar justificadas a través de exigencias del bien común de cierta importancia o de la protección de derechos e intereses legítimos de terceros. Lo anterior tiene especial vigencia tratándose de la expresión de opiniones críticas sobre cuestiones sociales o políticas. Las sentencias recurridas no aportan indicios para justificar dichas restricciones. Tampoco se encuentra evidencia alguna en este sentido.

aaa) En la opinión del Tribunal Supremo Federal, el § 1 de la UWG prohíbe aquellas conductas publicitarias que despiertan sentimientos de compasión mediante la representación de sufrimientos graves de personas y animales y explotan dichos sentimientos—sin que exista un motivo objetivo—para fines de competencia comercial, presentándose con ello el anunciante como persona igualmente afectada, logrando con ello que el consumidor se solidarice con el nombre y actividad comercial del anunciante.

Este juicio sobre conductas contrarias a las buenas costumbres fue formulado por el Tribunal Federal Supremo en interpretación del § 1 de la UWG y como regla moral del decoro es absolutamente digna de aprobación, y bien puede ser aceptada por amplios sectores de la población. Detrás de esta norma se encuentra el deseo de vivir en una sociedad en la que se reaccione con empatía y con medidas de apoyo frente al sufrimiento—es decir, en forma dirigida primariamente a ese sufrimiento—y no con el afán insensible de obtener ganancias. Determinar si con ellos se protegen a la par tanto los intereses públicos como privados relevantes en forma suficiente no puede afirmarse sin más.

bbb) Que de los anuncios pueda derivarse una molestia considerable para el público—como hizo valer el actor en el proceso inicial—no convenció al Tribunal Federal Supremo. El Tribunal Federal Supremo no considera que las lesiones al “buen gusto”

o a la configuración chocante de anuncios como contrarias a las buenas costumbres en el sentido del § 1 de la UWG. Lo anterior no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional. Para que exista un efecto molesto –que pudiera justificar una regulación restrictiva de los derechos fundamentales– no basta con que el público se vea confrontado por medio de imágenes con realidades desagradables o que susciten compasión –también o incluso fuera del espacio redaccional de los medios. Lo anterior tiene también validez aun cuando haya que asumir la posibilidad de un aumento general de este tipo de publicidad por un efecto de imitación, como señala la Asociación Alemana para la Protección de la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor. El ánimo de los ciudadanos –despreocupados por la miseria del mundo– no constituye un asunto para cuya protección el Estado deba restringir la posición jurídica en lo referente a los derechos fundamentales de otros. Habría que juzgar de modo distinto si se tratara de la presentación de imágenes que pusieran en peligro a la juventud, inspiraran miedo o suscitaran asco.

En la medida en que el actor en el juicio de origen catalogó los anuncios publicitarios como intrusivos y molestos porque apelan con fuerza sugestiva –que nada tienen que ver con los productos de la empresa anunciante o con su actividad de negocios– a los sentimientos de los consumidores, no resulta convincente. Gran parte de la publicidad actual está caracterizada por el afán de estimular, atraer la atención y ganar simpatía mediante motivos emocionales. La publicidad comercial con imágenes con fuerza sugestiva que conjuran o evocan el deseo de libertad e independencia o que prometen el esplendor de la prominencia social se encuentra en todos lados. Bien puede ser cierto que el consumidor se encuentra más curtido frente a esta clase de motivos, como sustenta el actor en el proceso de origen. Sin embargo, el efecto de este acostumbramiento no justifica considerar que una interpelación a los sentimientos de compasión de las personas –sentimientos menos gastados y explotados– tenga efectos importunantes molestos para los consumidores.

eee) En el presente caso no se lesionan intereses de la colectividad [...] Que la publicidad comercial que denuncia situaciones inhumanas (trabajo infantil, discriminación o etiquetamiento de personas infectadas con el VIH, etc.) pueda fomentar las tendencias de insensibilización o embrutecimiento, o resultar perjudicial para una cultura de solidaridad ante el sufrimiento del resto de la humanidad, no puede determinarse –al menos en relación con los anuncios controvertidos.

cc) En conjunto, el principio formulado por el Tribunal Federal Supremo (considerado como parte integrante de las buenas costumbres del comerciante), según el cual la compasión hacia el sufrimiento grave no debe ser suscitada ni explotada con fines comerciales o publicitarios, no es suficiente para fundamentar la pretensión del actor que exige que las revistas se abstengan de publicar dichos anuncios, todo ello a la luz del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Como se demostró anteriormente, no se afectan intereses de la colectividad ni intereses particulares que sean dignos de ser protegidos.

Por otro lado, en el presente caso existe un severo menoscabo de la libertad de opinión. Los anuncios publicitarios hacen referencia a temas social y políticamente relevantes, y son además idóneos para llamar la atención del público hacia dichos temas. La protección especial que confiere el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental a este tipo de expresiones no disminuye por el hecho de que no aporten nada sustancial a la discusión sobre la miseria mostrada, como lo sostuvo el Tribunal Superior Federal. También la simple fustigación de una situación de injusticia social puede constituir una aportación significativa para la libre discusión intelectual. Que la expresión de una opinión lleve a algo más o, por el contrario, se abstenga de aportar una propuesta de solución, en principio no influye en absoluto a la protección del derecho fundamental contenido en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Esta protección subsiste independientemente de que la expresión de una opinión sea racional o emocional, fundada o carezca de fundamento, o que ésta sea considerada por otros como útil o perjudicial, valiosa o carente de valor (cf. BVerfGE 30, 336 [347]; 93,266 [289] con más referencias).

El contexto publicitario de los anuncios no pone en tela de juicio el efecto fustigador y de crítica social de los mismos. Ciertamente, tematizar problemas sociales en anuncios publicitarios es poco común y puede, de hecho, parecer extraño en relación con el giro empresarial de la firma Benetton. Sin embargo, ello tampoco pone en tela de juicio la seriedad del mensaje a los ojos de un espectador imparcial. De otro modo, no suscitaría en él ningún tipo de compasión.

dd) Después de todo lo dicho anteriormente, se concluye que el Tribunal Supremo Federal, con la norma de rectitud que puso como fundamento de su sentencia, interpretó el § 1 de la UWG en un sentido que no resiste un examen a la luz de la libertad de opinión. Por ese solo hecho, esa norma—con esa interpretación—no puede ser tomada para fundamentar una injerencia en la libertad de prensa de la quejosa. Por tanto, se revoca la sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1787/95 (pato impregnado en petróleo, trabajo infantil), que se basa exclusivamente en la interpretación del § 1 de la UWG en el sentido de la regla señalada.

El asunto debe ser turnado nuevamente al Tribunal Federal Superior.

ee) La sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1762/95 no se apoya exclusivamente en la interpretación del § 1 de la UWG arriba señalada. El Tribunal Federal Supremo, en dicho procedimiento considera que el anuncio publicitario (VIH-Positivo) que dio origen al proceso, constituye además una práctica de competencia desleal debido a que infringe en forma burda los principios de defensa de la dignidad humana, en cuanto que presenta a los enfermos de sida como personas etiquetadas y, por tanto, como excluidos de la sociedad humana.

aaa) En principio, esta fundamentación merece aceptación. Una interpretación del § 1 de la UWG—en el sentido de que la publicidad por medio de imágenes que lesiona la dignidad de las personas retratadas es contraria a las buenas costumbres—no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional. De este modo da un trato

justo, correcto a un bien jurídico protegido, lo que justifica restricciones a la libertad de opinión –también el insensible terreno de la crítica política y social. El Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental obliga al Estado a proteger a todos los individuos contra atentados opuestos a la dignidad humana, tales como denigración, estigmatización, persecución, proscripción, etcétera (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Por tanto, anuncios publicitarios que den a personas en particular o a grupos de personas un trato discriminatorio que lesione la dignidad humana, los traten con desprecio, los ridiculicen o de cualquier otro modo denigren, pueden en principio ser prohibidos con base en motivos de competencia desleal, aun cuando en sí mismos gocen de la protección de los derechos fundamentales de comunicación contemplados por el Art. 5 de la Ley Fundamental o de la protección de algún otro derecho fundamental.

bbb) Sin embargo, la aplicación de estos principios al anuncio en cuestión (VIH-Positivo) no resiste un análisis según el criterio de juicio del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. En principio, la interpretación de expresiones que se encuentran protegidas por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental puede ser revisada por el Tribunal Constitucional únicamente en la medida en que éste debe garantizar el respeto a los parámetros exigidos por el derecho constitucional. No es tarea del Tribunal Constitucional determinar en forma concluyente el significado de una expresión controvertida, como tampoco lo es sustituir una interpretación llevada a cabo tomando en consideración las exigencias impuestas por los derechos fundamentales por otra que considere más acertada. En cambio, las exigencias impuestas por los derechos fundamentales implican que la expresión de una opinión sea interpretada tomando en consideración su contexto, y que no se le atribuya un significado que objetivamente no tenga. Tratándose de expresiones equívocas –que admiten diversos significados–, los tribunales deben analizar las diversas posibilidades de interpretación (teniendo presente la diversidad de significados) y deben aportar una argumentación lógica de los motivos que le llevaron adoptar determinada solución (cf. BVerfGE 94, I [10 s.]).

El Tribunal Federal Supremo interpretó el anuncio “VIH-Positivo” en el sentido de que con ello se marcaba a los enfermos de sida, se les etiquetaba y, con ello, se les presentaba como excluidos de la sociedad humana. En otro pasaje se dice que el anuncio estigmatiza a los enfermos de sida y su sufrimiento y los excluye de la sociedad humana. Una incipiente mentalidad del “etiquetamiento” por parte de algunos integrantes de la sociedad debería ser contrarrestada. Al menos por parte de las personas infectadas con VIH el anuncio debía ser considerado como burdamente escandalizante y lesivo de la dignidad humana. Sin embargo, tampoco otros espectadores pueden ignorar un efecto como éste.

Sin embargo, dicho anuncio no admite una interpretación unívoca en este sentido. El anuncio muestra –sin hacer comentario alguno– a una persona que aparece marcada como infectada por el VIH. Decir que con dichos anuncios se fortalezca, impulse o banalice la discriminación social y la segregación de personas infectadas con el VIH –actos ciertamente escandalosos pero no ajenos a la realidad– no se concluye con cer-

teza. Al menos igual de cercana resulta la interpretación de que: hace falta llamar la atención –adoptando una tendencia acusadora– respecto de una situación criticable, como lo es la segregación de personas infectadas con el VIH. Como señala acertadamente la quejosa, la fotografía podría utilizarse también para promocionar un congreso sobre sida.

El lenguaje de las imágenes es ciertamente sensacionalista y, en sentido convencional, inapropiado. De la persona retratada se alcanza a ver únicamente la mitad superior de un glúteo desnudo, en el cual se encuentra escrito con mayúsculas en color negro la abreviatura “V.I.H.” y debajo de ella aparece puesta en diagonal la palabra “Positivo”, a manera de un sello. Esa simple imagen no permite inferir una tendencia afirmativa ni una actitud de cinismo. La representación está orientada a cautivar la atención del espectador, como corresponde al medio de los anuncios publicitarios.

Tampoco puede ponerse en entredicho tal interpretación del anuncio en el sentido de un llamamiento crítico atendiendo al contexto publicitario en que se encuentra. Que una empresa del ramo textil realice publicidad de imagen a través de temas políticos sociales serios resulta poco común y aparece en notorio contraste con la manera en que los competidores se presentan a sí mismos, la cual es frecuente en el ramo. Esto pudiera alimentar dudas respecto de la seriedad de la intención crítica del anunciante y ser considerada como escandalizante en el sentido del *deber de corrección* formulado por el Tribunal Federal Supremo. Sin embargo, por virtud del contexto publicitario tampoco se genera la impresión de que el anuncio, por su parte, estigmatice o segregue a las personas infectadas con VIH. Su tendencia crítica, su efecto sacudidor no pueden ser ignorados. Quizá habría que juzgar en forma distinta si el anuncio hiciera publicidad para un producto determinado. En relación con ciertos objetos de uso o ciertos servicios pudiera generarse un efecto banalizador o ridiculizante. La franja con la leyenda “United Colors of Benetton” en sí misma no suscita ningún efecto como el señalado. Frente a esto, la interpretación hecha por el Tribunal Federal Supremo en el sentido de que el anuncio lesione la dignidad humana de las personas enfermas de sida aparece bastante menos plausible; en todo caso, no es ésta la única posible. Ello se muestra también con la declaración del fotógrafo Oliviero Toscani acerca de esta publicidad: “Con este anuncio espectacular quise dar entender que la empresa Benetton sigue aferrada a su disposición de mezclarse con otros, mostrando nuestro compromiso en contra de la discriminación de enfermos de sida con la misma fuerza con que nos oponemos al racismo” [...]

ff) La sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1762/95 (VIH-Positivo) recurrida en el presente juicio de amparo, no cumple con las exigencias constitucionales establecidas para la protección de la libertad de opinión en relación con la interpretación de la expresión de una opinión. El Tribunal Federal Supremo ignoró la posibilidad –bastante posible– de que con los anuncios se buscara llamar la atención del público en forma crítica hacia una discriminación y segregación –que de hecho pueden ser constatadas– de los enfermos de sida. En esta interpretación no existe lesión a la dignidad humana de

los enfermos de sida. Cuando el Tribunal Federal Supremo vuelva analizar el asunto, deberá considerar la interpretación alternativa expuesta anteriormente.³⁸

b) Libertad de información por radio, televisión y cinematografía
- Art. 5 (1) frase 2

Artículo 5

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. *La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas.* No se ejercerá censura.
2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.
3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

53. Sentencia BVerfGE 12, 205 [1ª Sentencia sobre Radiodifusión]

10. *El Art. 5 de la Ley Fundamental exige que en las leyes mediante las cuales se organiza la presentación de programas de radio, se permita la participación en la organización de todas las fuerzas a considerar, se les permita participar en la totalidad de la programación. Asimismo, deberán establecer directrices de carácter vinculante para la programación, que garanticen un mínimo de equilibrio, objetividad y respeto mutuo.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 28 de febrero, 1961
–2 BvG 1, 2 /60–

[...] la radio, al igual que la prensa, forman parte indispensable de los medios de comunicación masivos modernos, debido a la influencia que tienen sobre la opinión pública y a su participación en la formación de la opinión pública. La radio es más que un simple “medio” para la formación de la opinión pública; es un “factor” eminente de la formación de la opinión pública. Esa participación en la formación de la opinión pública no se restringe únicamente a la emisión de noticias, comentarios políticos, programas en serie sobre problemas políticos del pasado, el presente o el futuro; la

³⁸ Finalmente la publicidad fue retirada a solicitud de cámaras de comercio e industria, organismos de autorregulación y por presiones de la sociedad civil. [N. del t.]

formación de la opinión se da también en programas musicales, la transmisión de programas artísticos, hasta en la conformación escénica de una presentación. Cada programa de radio tiene una cierta tendencia que se refleja en la selección y en la manera como se organizan las emisiones, especialmente cuando se trata de decidir lo que no se va a emitir, lo que no se quiere que interese a los oyentes; aquello que, sin causar daños a la formación de la opinión pública, puede ser dejado de lado, así como la forma y el modo en que debe decirse lo emitido.

En el caso de tales consideraciones es evidente que para la radio—como uno de los indispensables medios de comunicación modernos, junto a la prensa, o por lo menos igualmente significativo, y como factor de la formación de la opinión pública—la libertad institucional no es menos importante que para la prensa. En el Art. 5 de la Ley Fundamental esto se expresa de manera evidente, cuando el párrafo 1, frase 2, además de la libertad de prensa, garantiza “...la libertad de informar a través de la radio y la cinematografía...”.

Con ello, no se ha dicho nada aún acerca del modo en que esa libertad general de radiodifusión y la libertad de informar a través de la radio en particular haya de ser garantizada, a fin de satisfacer los requerimientos del Art. 5 de la Ley Fundamental. Aquí se hace evidente una particularidad que hace diferente la prensa de la radio. Ciertamente, no se puede negar que las editoriales y periódicos se han creado en la cantidad que se ha querido y se pueda mantener. Pero la diferencia entre la prensa y la radio consiste en que dentro de la industria de la prensa alemana existe, relativamente, un gran número de productos que concurren entre sí, independientes y orientados de acuerdo con su tendencia, color político, o posiciones ideológicas, mientras que en el campo de la radio, tanto por motivos técnicos como también en consideración a los extraordinarios costos financieros para la presentación de un programa radial, el número de participantes en tales presentaciones debe ser comparativamente más pequeño. Esa situación especial en el ámbito de la industria de la radio exige especiales precauciones para garantizar y mantener la libertad de radio, consagrada en el Art. 5 de la Ley Fundamental. Uno de los instrumentos que sirve a esa finalidad es el principio, de acuerdo con el cual se crearon las emisoras de radio existentes actualmente: para la presentación de programas radiales se debe establecer por ley una persona jurídica del derecho público, sustraída de la influencia del Estado, o que tan sólo se encuentre sometida a un control restringido por parte del Estado; sus órganos colegiados deben estar conformados fácticamente, en relación adecuada, por representantes de todos los grupos significativos en el campo político, ideológico y social; ellos tienen el poder de controlar y corregir las fuerzas que colaboran en la estructuración de la programación, para hacer cumplir los principios establecidos en la ley, atendiendo en forma proporcional a todos aquellos que tengan un interés en la radio. No está en contradicción con el Art. 5 de la Ley Fundamental el que una institución, dotada con tales seguridades, bajo las actuales circunstancias técnicas y en todo el país, detente el monopolio para la emisión de programas radiales; pero del Art. 5 de la Ley Fundamental no se sigue, en modo alguno, la necesidad de crear un monopolio tal en el país.

El Art. 5 de la Ley Fundamental no exige, efectivamente, la modalidad que se encuentra consagrada en las leyes estatales sobre radio, y que fue adoptada para las instituciones radiales federales, para garantizar la libertad de radio. Especialmente, la Constitución no establece que sólo las personas jurídicas de derecho público puedan presentar programas radiales. Una sociedad de derecho privado, capaz legalmente, también puede ser presentadora de programas de este tipo, cuando su organización ofrece las suficientes garantías, para que en ella, como ocurre en los establecimientos de derecho público, puedan expresarse todas las fuerzas sociales relevantes, y se conserve intacta la libertad de información. En la Constitución no existe duda alguna acerca de la existencia de una sociedad de este tipo, cuando por ejemplo, mediante ley se dispone de una forma societaria especial, que asegura las finalidades específicas de la radio, en especial la conservación de su libertad institucional, y cuando toda sociedad que satisfaga los requisitos señalados para emitir programas radiales, se someta a la vigilancia del Estado, en forma similar a como ocurre con la vigilancia de los bancos e instituciones de seguros.

El Art. 5 de la Ley Fundamental exige en todo caso que ese moderno instrumento para la formación de la opinión no se ponga en manos del Estado o de *un* grupo societario. Los presentadores de programas radiales deben estar organizados de tal manera que todas las fuerzas que se deban considerar, tengan participación y puedan tener voz en la totalidad de la programación, y que las directrices sobre el contenido de la programación tengan carácter vinculante, en forma tal que aseguren un mínimo de equilibrio en el contenido, objetividad y respeto mutuo. Esto se puede asegurar sólo si mediante ley esos principios organizacionales y objetivos se hacen vinculantes. El Art. 5 de la Ley Fundamental exige, por tanto, la expedición de una ley en este sentido.

54. Sentencia BVerfGE 57, 295 [3ª Sentencia sobre Radiodifusión]

1. *El Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental exige para la presentación de programas de la radio privada una reglamentación legal en la que se establezcan las medidas tendientes a garantizar la libertad de radio. Esa necesidad subsiste también cuando la especial situación de la radio, caracterizada por la falta de frecuencias y el alto costo financiero de la presentación de programas de radio, haya sido superada gracias al desarrollo moderno.*
2. *Dentro de las preguntas de qué es lo que tiene que reglamentar el legislador, se encuentra el decidir acerca de las directrices para la reglamentación de la radio. En el marco de los modelos de ordenamiento existentes, el legislador tiene que asegurar que la totalidad de la oferta de los programas nacionales corresponda esencialmente a la diversidad de opiniones existente. Además debe darles carácter vinculante a las directrices, para garantizar un mínimo de equilibrio en el contenido, la objetividad y el respeto mutuo. Debe prever*

una vigilancia estatal limitada, reglamentar el acceso de los presentadores privados de programas radiales, y en tanto que no lo pueda abrir a todos los interesados, determinar las reglas de selección. Si el financiamiento de la radio privada requiere también de una reglamentación legal, no es un asunto que se deba decidir aquí.

3. *Las disposiciones que la ley sobre la presentación de programas radiales en Saarland establece para las emisiones privadas de radio, en idioma alemán, no satisfacen partes esenciales de estos requisitos constitucionales; por tanto son nulas.*

Sentencia de la Primera Sala, del 16 de junio, 1981

Objeto del proceso es la pregunta acerca de si las disposiciones de la ley sobre la presentación de programas de radio en Saarland, que regula la emisión privada de programas de radio en idioma alemán, es compatible con la Ley Fundamental.

El Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental exige para la emisión privada de programas de radio una reglamentación legal. En ésta se deben establecer las disposiciones necesarias para garantizar la libertad de radio.

1. Para que pueda ser efectiva, la libertad de radio garantizada en el Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, requiere de una reglamentación legal.

a) La libertad de radio cumple las mismas funciones que las demás garantías del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental: la protección de la formación de la opinión pública, libre e individualmente, de manera amplia, no restringida a la simple información o a la transmisión de opiniones políticas, sino a toda transmisión de información y opinión en sentido amplio (véase BVerfGE 12, 205 [260] –televisión alemana–; 31, 314 [326] –impuesto sobre las ventas–; 35, 202 [222 y ss.] Lebach). La libre formación de la opinión se lleva a cabo en un proceso de comunicación. En la medida que el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental garantiza como derecho humano la libertad de expresar opiniones, difundirlas e informarlas, busca al mismo tiempo proteger constitucionalmente ese proceso, hasta el punto que fundamenta derechos subjetivos; en este contexto regula, por consiguiente, la libertad de opinión como principio objetivo de la totalidad del ordenamiento, de donde los elementos legales objetivos y subjetivos, se condicionan y apoyan entre sí (véase BVerfGE 7, 198 [204 y ss.] Lüth).

La radio es “medio” y “factor” de ese proceso de la formación de la libre opinión, protegido constitucionalmente (BVerfGE 12, 205 [260]). Según esto, la libertad de radio es, en principio, una libertad que *sirve* a la libre formación de opinión en sus elementos legales subjetivos y objetivos; constituye (bajo las condiciones de la moderna comunicación de masas), un complemento necesario y un fortalecimiento de esa libertad; sirve a la labor de garantizar la libre y amplia formación de la opinión a través de la radio.

Esa labor determina las peculiaridades y significado de la libertad de radio.

La libre formación de la opinión pública e individual a través de la radio exige, en principio, la libertad de radio frente al imperio estatal y su influencia. Según esto, la libertad de radio tiene, como ocurre con las libertades clásicas, un significado defensivo. Sin embargo, ello no es suficiente para garantizar este derecho. Por tanto, la libertad estatal no significa que la libre y amplia formación de la opinión a través de la radio sea posible; esa función no se puede justificar mediante una estructuración negatoria. Se requiere para esto más de un orden positivo que asegure que la diversidad de opiniones existente en la radio se exprese lo más amplia e integralmente posible, y que de esa forma se ofrezca la información comprendida. Para lograr esto, se requiere de reglas materiales, organizacionales y constitucionales, que orienten las funciones de la libertad de radio, y por consiguiente, sean idóneas para obtener lo que el Art. 5, párrafo 1 quiere garantizar.

b) La estructuración jurídica que se requiere está sujeta a la reserva de ley (BVerfGE 47, 46 [78 y ss.] –clases de educación sexual–; 49, 89 [126 y ss.] –con otras anotaciones– Kalkar):

Las decisiones necesarias son, además, esenciales, porque ellas, prescindiendo del significado material de la radio para la vida individual y pública actual, se dan en un campo relevante para los derechos fundamentales, y esencial para el desarrollo de los derechos fundamentales (BVerfGE 47, 46 [79]). Aquí se encuentran reunidas, nominalmente, diversas posiciones de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión entre sí; de una parte, el derecho a una información amplia y veraz, que se deriva de la libertad de información, y de la otra, la libertad de expresión de los productores de los programas y de las personas que participan en las transmisiones. Es asunto del legislador equilibrar tales colisiones.

Esa reserva de ley es una reserva parlamentaria –de los Estados– (véase BVerfGE 47, 46 [79]): lo esencial para la garantía de la libertad de radio lo debe determinar el mismo Parlamento; esta decisión no la puede tomar el Ejecutivo, por ejemplo, en el ejercicio de una autorización amplia para el cumplimiento de esas funciones, ni siquiera en forma no expresa, como cuando se da a través de una reglamentación no suficientemente determinada. Tampoco se permite reglamentar la libertad de radio mediante la expedición de estatutos por parte de los organizadores de los programas, o mediante reglas contractuales.

La labor que se deriva del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, de estructurar legalmente la libertad de radio, no autoriza, sin embargo, a limitar el derecho fundamental. Esto sólo es posible con base en el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, de acuerdo con el cual los derechos del, párrafo 1 encuentran su límite en las disposiciones de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de la juventud, y en el derecho a la honra personal.

La manera en que el legislador cumple sus deberes, es asunto que él mismo tiene que decidir. La Ley Fundamental no prescribe una forma determinada para la organización de la radio, sólo se establece que se tiene que garantizar la formación de una opinión veraz, comprensiva y libre, de modo tal que se eviten perjuicios y desarrollos

fallidos. El legislador tiene que establecer, en especial, disposiciones que aseguren que la radio no se quede en un sólo grupo social, que las fuerzas sociales que se tienen que considerar puedan expresarse en toda la programación, y que la libertad de informar permanezca incólume (véase BVerfGE 12, 205 [262]; 31, 314 [325 y ss.]).

c) Esa necesidad de expedir normas legales que regulen la configuración de la radio subsiste a pesar de la especial situación de la radio, condicionada por la falta de frecuencias radiales y de los altos costos financieros para la presentación de programas, ha sido superada gracias al desarrollo moderno. De esa especial situación ha partido hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 12, 205 [261]; 31, 314 [326]). En cambio, no se ha decidido aún lo que deba hacerse frente a esta nueva situación (véase BVerfGE 31, 314 [326]). En esos casos se conservan también los requisitos constitucionales de las disposiciones legales para la protección de la libertad de radio. Ciertamente, éstas pueden ser muy importantes en una situación en la que se restrinja inevitablemente a pocos presentadores de radio, y se requiera de otros medios, como por ejemplo, de una situación en la que no se den más restricciones. Pero queda aún la necesidad de ocuparse de la garantía de la libertad de radio, en el sentido expresado, mediante disposiciones legales.

Aun en el caso de que las restricciones existentes hasta ahora fueran removidas, no se puede esperar con suficiente seguridad que la oferta de programas en su totalidad, en razón de las particularidades de la competencia, cumpla los requisitos de la libertad de radio. Esto ha llevado ciertamente a que algunos hablen a favor de una diversidad limitada, como ocurre actualmente con los periódicos nacionales. Sin embargo, en este caso se trata sólo de una posibilidad. Mientras que para la prensa, el desarrollo histórico ha llevado a que exista un cierto equilibrio —que hoy día puede ser suficiente para asegurar la información y la formación de la opinión pública a través de la prensa y garantizar lo existente—, en el terreno de la radiodifusión privada no puede partirse, de entrada, de que vaya a suceder lo mismo. Tomando esto en consideración, resulta incierto determinar si el hecho de subsanar las deficiencias actualmente existentes en la “totalidad de la programación” —entendida ésta como la suma de todos los programas emitidos a nivel nacional—, será suficiente para que todos los grupos sociales y corrientes ideológicas (o por lo menos una parte considerable de éstos), realmente se expresen, permitiendo así establecer un “mercado de opinión” en el cual la diversidad de las corrientes de pensamiento puedan expresarse sin recorte alguno. Además de ello, debe considerarse que en un medio tan relevante como la radio, existe la posibilidad de una concentración de poder de opinión, así como el peligro de que se abuse de este poder a fin de influenciar unilateralmente la opinión pública (véase BVerwGE 39, 159 [167]); BayVerfGH, VerfGH 30, 78 [97]). En este estado de cosas, el mandato constitucional de garantizar la libertad de radio quedaría incumplido, si sólo se excluyeran las intervenciones estatales y se dejara la libertad de radio al libre juego de las fuerzas [del mercado] (véase BVerfGE 31, 314 [325]); esto es más grave aún si se considera que algo que ha estado mal desde el principio, una vez que se desarrolla, difícilmente —si acaso— puede ser corregido (y ello bajo considerables dificultades).

Más bien queda bajo la responsabilidad del legislador crear las condiciones para que se dé una oferta amplia, en la que se refleje la diversidad de opinión, constitutiva de la democracia liberal. Se deben tomar medidas para evitar el peligro de que las opiniones expresadas se excluyan de la difusión de la opinión pública, y que aquellos que tienen una opinión, y que son dueños de una radiodifusora y cuentan con los medios económicos, ejerzan una influencia predominante en la formación de la opinión pública (véase OVG Münster, DVBl, 1977, p. 210). Ciertamente, no es posible garantizar esto con absoluta certeza; pero debe existir por lo menos, una probabilidad suficiente de que en el sistema de radiodifusión, regulado legalmente, se incluya una distribución equilibrada de este tipo.

Esa necesidad tampoco cambia nada, si los requisitos de la libertad de radio como mínimo, se consideran cumplidos a través de los establecimientos de derecho público existentes, de modo tal que todos los grupos sociales –que en todo caso tengan derecho– y las distintas orientaciones se encuentren presentes en el marco de la programación pública, y que los participantes puedan ser informados plenamente. Por tanto, el que la radio privada le preste atención sólo a un tipo de opinión violaría, si no lo anula, el equilibrio esencial que da el “tener la oportunidad de hablar”, aplicable a todos los programas nacionales, y del cual gozan los diferentes grupos sociales.

2. Qué requisitos establece la Ley Fundamental de acuerdo con las directrices fijadas, de manera particular para la reglamentación de la radiodifusión privada, no se puede determinar en este proceso de manera concluyente. Esto es válido principalmente también para la pregunta de si la reglamentación de la financiación de las emisiones de radio privadas –por ejemplo, debido a sus efectos sobre la estructuración de la programación o a la situación de otros medios de información, especialmente la prensa– requiere, como algo esencial, que se haga mediante ley.

a) La decisión sobre las directrices para la reglamentación de la radio responde en todo caso, a la pregunta de qué es lo que tiene que reglamentar el legislador como esencial; la introducción de la radiodifusión privada requiere por tanto, de un fundamento legal y de la decisión del Parlamento. Esto es válido también para los intentos limitados temporal y localmente, porque éstos tienen la misma relación con el derecho fundamental, como con la reglamentación definitiva. Al legislador, finalmente, se le atribuye en esta medida una amplia libertad para la reglamentación; por tanto, tales intentos sirven a la labor de ganar experiencia (véase BVerfGE 54, 173 [202] con otras anotaciones).

b) El legislador no puede darse por satisfecho con esta decisión fundamental.

Se requieren, además, disposiciones legales que, en el marco de los modelos de reglamentación en los cuales se basan, aseguren que la radiodifusión no será dejada en manos de un solo grupo social en particular y que las fuerzas que deban considerarse en la oferta total de la programación tengan la posibilidad de expresarse.

En tanto que el legislador se decida a favor de una estructura “interna pluralista” de la organización –de acuerdo con la sentencia sobre la televisión (BVerfGE 12, 205 [262]), no objetable constitucionalmente–, para la cual la influencia de las fuerzas que

se deben tener en consideración, se pueda facilitar a través de los órganos de las respectivas organizaciones, requiere principalmente de una disposición adecuada, que tenga en cuenta, en principio, las diferencias existentes y le dé la importancia que se requiere a las fuerzas sociales, y les asegure una influencia efectiva en los respectivos órganos en los que se encuentran representadas.

El legislador puede, sin embargo, elegir también otras formas de estructuración, siempre y cuando garantice mediante las disposiciones adecuadas, que la oferta total de los programas nacionales corresponda esencialmente a la diversidad de opiniones existentes. El hecho de que pueda producir y mantener la libertad de radiodifusión mediante diferencias externas (“extra-pluralistas”), no le exime de expedir una reglamentación; garantizar la libertad sigue siendo su responsabilidad (véase 1 c). En la medida que no se disponga de un número suficiente de frecuencias, la posibilidad de ejercer esa responsabilidad se limita a determinar qué sectores de opinión pueden usar las mismas frecuencias, en forma limitada temporalmente.

c) El legislador tiene, por añadidura, que hacer que las directrices vinculantes que establezca, para todo el contenido de la programación, garanticen el equilibrio en el contenido, la objetividad y el respeto mutuo (BVerfGE 12, 205 [263]). En el caso de una estructura interna “pluralista” de las organizaciones es válido este requisito para la totalidad de la programación de todo establecimiento en particular. En el caso de un modelo “pluralista externo”, el establecimiento en particular no tiene el deber de mantener el equilibrio; sin embargo, sigue obligado a informar objetivamente, en forma comprensiva y veraz, y a garantizar un mínimo de respeto. De acuerdo con esto, todos los establecimientos se encuentran sujetos a las restricciones del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental. En la ley de radio se debe cuidar principalmente de tener en cuenta lo relativo a la protección de la juventud.

d) A la reglamentación legal que se requiere para la radio privada, pertenece en todo caso, la reglamentación de una vigilancia estatal restringida, que –sólo– tiene la función de garantizar el cumplimiento de las disposiciones que tienen por objeto proteger la libertad de radio (véase BVerfGE 12, 205 [262]).

e) Finalmente, para la conformación del ordenamiento legal sobre radiodifusión es irrenunciable una revisión previa, para determinar si se satisfacen los requisitos expuestos para la admisión de emisoras de radio privadas o para la asociación de otras emisoras. En la medida que el legislador se decida por una forma de organización para la radio, que comprenda las emisoras privadas, debe establecer las reglas de acceso que aseguren esa revisión, y que si se diera el caso puedan negar el acceso, y que prevean para el examen y decisión un proceso legal. Un proceso de autorización de este tipo –que ciertamente puede revisar requisitos generales, tales como la capacidad jurídica o la confiabilidad del solicitante– debe estar encaminado únicamente a garantizar la libertad de radio, tal como está ordenado constitucionalmente.

En esto le corresponde al legislador determinar los presupuestos para dar o negar la autorización. Le está prohibido por el Parlamento, trasladar al Ejecutivo el derecho a decidir sobre las emisoras privadas de radio (véase 1 b).

Esa reserva y el principio de la separación de poderes le ordenan al legislador a limitar la esfera legal de las medidas estatales que aún restan. La ley debe normar el contenido de la actividad de la administración y no se puede limitar a establecer principios generales (BVerfGE 52,1 [41] –huertas pequeñas–). Lo mismo se aplica para la negación de la autorización.

f) En la medida que las posibilidades de difusión de que se disponen no permitan abrir a todos los interesados el acceso a una emisora de radio privada, se debe prever en las reglas de acceso, la reglamentación para la selección de los solicitantes. Esto lo ordena el principio de igualdad (Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

La pregunta sobre quién debe ser el favorecido con una de las escasas posibilidades para establecer una emisora, no puede ser dejada al destino o al libre juego de las fuerzas. Tampoco es suficiente trasladar la decisión al juicio arbitrario del Ejecutivo. Esto sería incompatible con la reserva de ley (véase BVerfGE 33, 303 [345 y ss.] *numerus clausus*). Más aún, el legislador mismo debe determinar los presupuestos bajo los cuales se permite o se niega el acceso, y debe poner a disposición un proceso legal, en el que se pueda decidir al respecto. La función de la igualdad en el trato se puede justificar sin grandes dificultades en el marco de un sistema que posibilita una distribución de los tiempos de emisión y, en caso de urgencia, el recorte de la participación. Si esto no es suficiente o si el legislador tiene que decidirse por un sistema en el que sólo se puedan otorgar licencias a una emisora para programas completos, debe determinar los principios de selección, los cuales deben garantizarle a los solicitantes la igualdad de oportunidades (BVerfGE 33, 303 [345]); el grado de realización de las oportunidades debe determinarse mediante criterios objetivos e individuales (véase BVerfGE 43, 291 [316 y ss.]).

55. Sentencia BVerfGE 73, 118 [4ª Sentencia sobre Radiodifusión]

1. a) *En el ordenamiento dual de la radiodifusión, como se ha venido desarrollando en la actualidad en la mayor parte de los Estados alemanes, con base en la nueva ley de medios, la imprescindible “provisión básica” es asunto de los establecimientos de derecho público, cuya programación terrestre llega prácticamente a la totalidad de la población y está en posibilidad de ofrecer una programación con un amplio contenido. La labor que se le atribuye abarca las funciones esenciales de la radiodifusión para el ordenamiento democrático, así como para la vida cultural en la República Federal. De este modo encuentran su justificación la radiodifusión de derecho público y su especial peculiaridad. Las labores, que de acuerdo con esto le han sido atribuidas, hacen necesario asegurar los requisitos técnicos, organizacionales, personales y financieros para su cumplimiento.*

b) En tanto, y en la medida que el cumplimiento de las funciones mencionadas por parte de las emisoras radiales de derecho público, se asegure efectivamente, parece justo establecer requisitos diferentes a los de las emisoras públicas, para la extensión de la programación y la diversidad de la participación en las radiodifusoras privadas. Las disposiciones que el legislador tiene que dictar deben, sin embargo, estar determinadas y ser idóneas para asegurar y lograr la mayor participación posible en las emisoras privadas. Para los controles que ejercen los gremios (externos), creados para asegurar la diversidad de opiniones, y los tribunales se requiere de un estándar básico que comprenda los presupuestos esenciales para todas las corrientes de opinión: la posibilidad para todas las corrientes de opinión –aun las de las minorías– de contar con un espacio en las emisoras privadas, y la exclusión unilateral de la influencia, en gran medida desigual, que ejercen los establecimientos individuales o los programas, en la conformación de la opinión pública, principalmente la obstaculización del establecimiento de un poder de opinión predominante. La labor del legislador es asegurar el estricto cumplimiento de esos estándares básicos mediante reglas procedimentales, materiales y organizacionales.

2. *Estos requisitos de la libertad de radio, y los restantes, satisfacen en principio una concepción del ordenamiento, que se expresa en la financiación privada de la radio por medio de la publicidad y que, junto a los requisitos generales mínimos, determina claramente el presupuesto de asegurar la participación y el equilibrio en la programación, así como el deber de asegurar que su contenido, y todas las decisiones significativas para el contenido de la programación las determine un órgano externo, independiente del Estado, que se encuentre bajo la influencia de las fuerzas y grupos sociales decisivos, y que establezca disposiciones legales efectivas en contra de la concentración del poder de opinión.*

[...]

Sentencia de la Primera Sala, del 4 de noviembre, 1986

–1 BvF 1/84–

En el proceso sobre la solicitud de revisión de constitucionalidad de la ley de radio estatal de Niedersachsen, del 23 de mayo de 1984 (GVBl, p. 147). Solicitante Dr. Hans-Jochen Vogel, MdB, y otros 200 miembros del Parlamento alemán.

56. Sentencia BVerfGE 35, 202 [Asesinatos de soldados de Lebach]

1. *Una estación de radio o de televisión puede invocar, en principio, para cada emisión, la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. La libertad de radio cubre tanto la selección del material que se va a presentar, como también la forma que se elija para la emisión. Sólo cuando la libertad de radio entra en conflicto con otros bienes jurídicos, pueden entrar en juego los intereses que se persiguen con la emisión en concreto, la forma y tipo de la presentación, y el efecto que se persigue o se prevé.*
2. *Las disposiciones de los §§22 y 23 de la Ley de Propiedad Artística ofrecen suficiente espacio para una ponderación de intereses, que tenga en cuenta el efecto irradiante de la libertad de radio de conformidad con el Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, de una parte, y la protección de la personalidad de conformidad con el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, de la otra. Con todo esto, ninguno de los dos valores constitucionales puede reclamar la supremacía. En el caso particular, la intensidad de la intervención en la esfera de la personalidad se debe ponderar frente al interés del público por la información.*
3. *Tratándose de reportajes sobre delitos graves de actualidad, el interés del público por la información adquiere prevalencia en general respecto de la protección de la personalidad del delincuente. Sin embargo, además de considerar la inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida, se debe respetar el principio de proporcionalidad; de ahí que no siempre sea admisible el nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente.
La protección constitucional de la personalidad no admite, sin embargo, que la televisión, más allá de informar sobre cuestiones de actualidad, se ocupe por ejemplo, en forma de documentales sin límite de tiempo, de la persona y la vida privada del autor de un crimen.
Un informe posterior es en todo caso inadmisibles, si éste es susceptible de causar, frente a la información actual, un perjuicio nuevo o adicional al autor del hecho. Especialmente cuando pone en peligro su reinserción en la sociedad (resocialización). Se supone la puesta en peligro de la resocialización cuando se hace un programa sobre un crimen, identificando al autor del hecho, luego de que éste ha sido puesto en libertad o está pronto a serlo.*

Sentencia de la Primera Sala, del 5 de junio, 1973
–1 BvR 536/72–

El recurrente, nacido en 1945, participó en un crimen grave, conocido como “el asesinato de soldados de Lebach”, y que fue objeto de un proceso penal con jurados.

El recurso de amparo se dirige en contra del rechazo de una solicitud del recurrente para que se dicte una decisión provisional a través de una providencia en un tribunal civil. Mediante la solicitada decisión provisional, se le debía prohibir a la ZDF –Zweites Deutsches Fernsehen–,³⁹ la emisión de un documental que ella había producido, en la medida en que se representaba al recurrente o se mencionaba su nombre.

La radio y la televisión hacen parte, al igual que la prensa, de los indispensables medios de comunicación masiva, que ejercen una decisiva influencia en la formación del vínculo entre la ciudadanía y los órganos del Estado, así como para su control y la integración de la comunidad en todas las esferas de la vida. Ellos le proveen al ciudadano la información requerida sobre los sucesos actuales y sobre los desarrollos que se dan en el Estado y en la sociedad. Posibilitan la discusión pública y dan lugar para que se pueda difundir el conocimiento de las diferentes opiniones, dándole a los particulares y a los diferentes grupos de la sociedad la posibilidad de influir en la formación de la opinión, y de que se conviertan en factor decisivo en el permanente proceso de la formación de la voluntad y la opinión pública (véase BVerfGE 12, 113 [125]); 12, 205 [260]). No obstante, la cortedad de la expresión (“rendir informes”) la libertad de radio no se diferencia en esencia de la libertad de prensa; ésta se aplica en igual forma a una simple emisión informativa como a una emisión de cualquier otro tipo. Las informaciones y las opiniones se pueden transmitir bien a través de un programa televisivo o de un programa musical, como también de noticias o de comentarios políticos; cada programa de radio, a través de la selección y estructuración de la emisión, afecta de determinada manera la formación de la opinión (véase BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).⁴⁰

La libertad de radio permite diferenciar previamente las emisiones de acuerdo con los intereses que se persiguen o la cualidad de la presentación; la restricción a producciones que sirvan a los “serios” intereses públicos o privados, cuyo valor se reconoce, conduce en última instancia a una valoración y direccionamiento por parte de los establecimientos públicos, que violaría la esencia de ese derecho fundamental (véase BVerfGE 25, 296 [307]; 34 269, 282 y ss.). En consecuencia, un canal de televisión o una emisora de radio puede en principio, invocar la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental para cada emisión, tanto si se trata de un programa político o una controversia crítica sobre asuntos de interés público, como si se trata de un musical o programa de cabaret o cualquier otro programa de entretenimiento. La inter-

³⁹ Programadora Pública de Televisión.

⁴⁰ Ambas en este tomo.

vención de las garantías constitucionales tampoco depende de la correspondiente justificación de un interés “legítimo” o “justificado” en la respectiva emisión (véase Adolf Arndt, *op. cit.*). Del mismo modo, la libertad de radio cubre no sólo la selección del material que se va a presentar, sino también la decisión sobre la clase y forma de la presentación, incluyendo la determinación de las diferentes formas de emisión que se van a elegir.

Una vez que la garantía de la libertad de radio entra en conflicto con otros bienes jurídicos, se deben tener en cuenta los intereses que se persiguen con la emisión en concreto, el tipo y forma de estructuración del programa, y los efectos que se persiguen o se prevén. La Constitución ha reglamentado los posibles conflictos entre la libertad de radio y los correspondientes intereses de los particulares, grupos o comunidades, mediante la remisión al ordenamiento legal general; de conformidad con el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental la presentación de programas de radio está sujeta a las restricciones que se contemplan en las leyes generales. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal no se puede, sin embargo, relativizar la libertad de radio con la posibilidad de considerar otros bienes jurídicos; más aún, las leyes que restringen la libertad de radio, por su parte, deben interpretarse a la luz de la garantía constitucional y, en caso dado, tienen que autolimitarse ellas mismas con el fin de asegurar a la libertad de prensa una adecuada realización (véase BVerfGE 20, 162 [176 y ss.]; 7, 198 [208 y ss.]). Esto exige en un caso particular una ponderación general y concreta de los bienes jurídicos que están en contraposición.

A las leyes generales, en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, pertenecen también las disposiciones de los §§ 22, 23 de la Ley de Derechos de Autor sobre Obras de Arte Plásticas y Fotografía del 9 de enero de 1907, que sirven de base a la sentencia impugnada (RGrBl, p. 7) [...]

En casos de conflicto como el actual es válido, de una parte, el principio de que la aplicación de los §§ 22, 23 de la KUG a los programas de televisión y radio no se puede restringir excesivamente. De otra parte, respecto de algunas leyes generales en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental existe aquí la particularidad de que las restricciones a la libertad de radio sirven por su parte a la protección de un valor constitucional, de alto rango; lo que se debe tener en cuenta en el marco del § 23 KUG, relativo a la presentación o reproducción de un aspecto que interesa a la persona implicada, experimenta un fortalecimiento directo mediante la garantía constitucional de la protección de la personalidad.

La solución a ese conflicto puede estar en el hecho de que, de acuerdo con la voluntad de la Constitución, ambos valores constitucionales forman parte esencial del ordenamiento democrático liberal de la Ley Fundamental, de modo tal que ninguno de ellos puede reclamar para sí, en principio, la prevalencia. El concepto de ser humano contemplado en la Ley Fundamental, y la estructura de la comunidad estatal, que corresponde a éste, exigen tanto el reconocimiento de la autonomía de la personalidad individual como la seguridad de un clima de vida liberal, que en la actualidad no es

pensable sin una libre comunicación. En caso de conflicto debe encontrarse un equilibrio entre ambos valores constitucionales; si esto no se puede lograr, se deberá decidir, atendiendo a las características típicas y a las especiales circunstancias del caso en particular, qué intereses deben prevalecer. En este sentido se deben analizar ambos valores constitucionales en su relación con la dignidad humana, como centro del sistema de valores de la Constitución.

De acuerdo con esto, de la libertad de radio se pueden originar efectos restrictivos para las pretensiones que se derivan del derecho a la personalidad; sin embargo, los menoscabos de la “personalidad”, que se originan con una representación pública, no pueden estar por fuera del contexto que tiene el significado de lo público para la libertad de comunicación (véase Adolf Arndt, entre otros). Adicionalmente, de ese objetivo se origina el que la ponderación requerida deba tener en cuenta, de una parte, la intensidad de la intervención en la esfera de la personalidad, mediante un programa que tiene una forma dudosa y, de la otra, el interés concreto, a cuya satisfacción sirve y es idónea la emisión, y respecto del cual se tienen que evaluar y revisar si, y en qué medida, esos intereses, aún sin causar un perjuicio –o un daño considerable–, pueden satisfacer la protección de la personalidad [...]

Queda aún por examinar si al documental que aquí se cuestiona, el cual pretende representar con fidelidad acontecimientos reales, se le pueda reconocer el carácter de una obra de arte en el sentido del Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental; para la aplicación de esa norma constitucional también debe tener en cuenta que la libertad artística, a pesar de que no se le aplican las restricciones del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, no prevalece sobre la protección de la personalidad garantizada en los Arts. 1 y 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 30, 173 [193 y ss.]) –Mephisto– [a continuación].

Las decisiones impugnadas violan, por consiguiente, los derechos fundamentales del recurrente consagrados en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1 de la Ley Fundamental, y de conformidad con el §95, párrafo 2 BVerfGG se revocan.

c) Libertad artística y científica - Art. 5 (3) de la Ley Fundamental

Artículo 5

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.
2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

57. Sentencia BVerfGE 30, 173 [*Mephisto*]

1. *El Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental es una norma fundante por la que se señalan los principios que han de regular las relaciones entre el ámbito artístico y el Estado. Al mismo tiempo, la norma garantiza un derecho individual de libertad.*
2. *La garantía de la libertad artística concierne no sólo a la actividad artística, sino también a la presentación y difusión de obras de arte.*
3. *Un editor de libros puede invocar también el derecho a la libertad artística.*
4. *Las restricciones señaladas por el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental y el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental no son aplicables a la libertad artística.*
5. *Un conflicto entre la garantía de la libertad artística y la esfera de la personalidad –protegida constitucionalmente–, se debe solucionar de acuerdo con los criterios del orden de valores de los derechos fundamentales; en este contexto se debe tener en cuenta de manera especial la dignidad humana, garantizada por el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 24 de febrero, 1971

El recurso de amparo se dirige en contra de la prohibición que obtuvo el hijo adoptivo y único heredero del actor y director artístico Gustaf Gründgens, para que no se reprodujera, distribuyera ni publicara el libro *Mephisto – Roman einer Karriere* de Klaus Mann.

El autor, quien en 1933 había abandonado Alemania, publicó la novela en 1936 en la Editorial “Querido-Verlag” de Amsterdam. Luego de su muerte en 1946, la novela se publicó en la Editorial Aufbauverlag en 1956 en Berlín Oriental.

La novela describe el ascenso del talentoso actor Hendrik Höfgen, quien abjura de sus convicciones políticas y abandona todo vínculo personal y ético para, en pacto con los detentadores del poder en la Alemania nacionalsocialista, hacer una carrera artística. La novela presenta los presupuestos psíquicos, espirituales y sociológicos que hicieron posible ese ascenso.

El autor del libro tomó la figura del actor Gustaf Gründgen como modelo para el personaje de Hendrik Höfgen [...]

III.

El Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental declara el arte –junto con la ciencia, la investigación y la enseñanza– como libre. Con esta garantía de libertad, el

Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental –en su redacción y contenido– contempla una norma objetiva de principios, que reglamenta directamente la relación del campo artístico con el Estado. Del mismo modo, la disposición garantiza el derecho a la libertad a todo aquel que ejerza su actividad en este campo.

1. El ámbito de la vida “artística” se debe determinar a través de sus características estructurales propias, marcadas por la esencia de la cultura. De éstas debe partir la interpretación constitucional del concepto de arte. Lo esencial de la actividad artística es la libre estructuración de la creatividad, que se da intuitivamente en las impresiones, experiencias y vivencias del artista, mediante el empleo de una determinada forma de lenguaje. Todas las actividades artísticas son una mezcla de procesos conscientes e inconscientes que no se pueden separar racionalmente. En el caso de las creaciones artísticas actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y los conocimientos artísticos; no se trata de un mero “hacer partícipe” sino, ante todo, de una “expresión” (ciertamente, la expresión más directa) de la personalidad individual del artista.

La garantía de la libertad artística incluye por igual tanto el “ámbito de la obra” (*Werkbereich*) como el “ámbito de actuación” o de influencia (*Wirkbereich*) de la creación artística. Ambos constituyen una unidad indisoluble. No sólo la actividad artística (ámbito de la obra), sino también, además, la presentación y difusión del trabajo artístico (ámbito de influencia) son materialmente necesarios para el encuentro con la obra como un proceso, en todo caso, específicamente artístico; principalmente es en este “ámbito de influencia” –mediante el cual se logra que el público tenga acceso al trabajo artístico– donde ha crecido y se ha desarrollado la garantía contemplada en el Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental [...]

3. El Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental garantiza plenamente la libertad de ejercer una actividad en el campo artístico. Por ello, en la medida en que se requiera de la actuación de intermediarios (así como de medios publicitarios) para establecer una relación entre el artista y el público, también las personas que ejercen una actividad mediadora de este tipo se encuentran protegidas por la garantía de libertad artística [...]

4. El arte tiene un carácter autónomo y obedece a leyes propias, y se encuentra protegido sin reserva alguna por el Art. 5, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Los intentos de restringir la libertad artística –ya sea mediante una interpretación restrictiva del concepto de arte, o bien mediante una interpretación amplia de las restricciones contempladas para otras disposiciones constitucionales o aplicándolas por analogía a la libertad artística– deben ser excluidas, atendiendo a la redacción clara del Art. 5, párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental.

Es inaplicable, en particular, como también el Tribunal Constitucional Federal lo ha aceptado, el Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que limita los derechos fundamentales consagrados en el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental. En el Art. 5 la Ley Fundamental regula en forma separada dos ámbitos de protección distintos; así, la reglamentación particular del párrafo 3 constituye *lex specialis* frente a la regulación del

párrafo 1 y prohíbe, por consiguiente, aplicar las restricciones del Art. 2 a los ámbitos contemplados por el Art. 3. Lo anterior corresponde con una interpretación lógico-sistemática de la Constitución. Tampoco sería admisible suprimir algunas partes del contexto de una obra narrativa y tratarlas como la expresión de una opinión en el sentido del Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, dando lugar así a la aplicación de las restricciones contempladas en el párrafo 2. La historia legislativa del Art. 5, párrafo 3 tampoco ofrece sustento alguno para aseverar que el constituyente hubiese querido considerar la libertad artística como un sub-tipo de la libertad de expresión [...]

Se debe rechazar también la opinión de que, de acuerdo con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la libertad artística se encuentra limitada por los derechos de los otros, el orden constitucional y las buenas costumbres. Esta opinión es incompatible con el principio de subsidiariedad del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental sobre la especialidad de las libertades individuales, reconocido en reiteradas jurisprudencias del Tribunal Constitucional Federal (véase, entre otras, BVerfGE 6, 32 [36 y ss.]; 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 55 [58]; 10, 185 [199]; 11, 234 [238]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 y ss.]), que no admite la extensión de la reserva contemplada en el Art. 2, párrafo 1 a las esferas de la vida protegidas mediante derechos fundamentales especiales. Con base en las mismas consideraciones se prohíbe acudir al Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental como regla para la interpretación del Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental. Esa regla tampoco es aplicable al ámbito de los “efectos” del arte.

5. Por otra parte, este derecho de libertad tampoco se encuentra garantizado absolutamente y sin restricción alguna. La libertad garantizada en el Art. 5, párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental tiene su origen –como todos los demás derechos fundamentales– en la concepción del ser humano que tiene la Ley Fundamental, esto es, del ser humano como una personalidad responsable de sí misma, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social (BVerfGE 4, 7 [15 y ss.]; 7, 198 [205]; 24, 119 [144]; 27, 1 [7]). Sin embargo, la ausencia de reservas que caracteriza este derecho significa que los límites de la garantía de la libertad artística sólo los puede determinar la Constitución misma. Como la libertad artística no contempla ninguna reserva para el legislador ordinario, no puede ser relativizada mediante el ordenamiento legal general ni a través de una cláusula indeterminada, que sin un punto de partida constitucional y sin la suficiente seguridad que provee el Estado de Derecho, pone en peligro los bienes necesarios para la estabilidad de la comunidad estatal. Más bien, los conflictos que se den en el marco de la garantía de la libertad artística deben resolverse mediante la interpretación constitucional, con base en el orden de valores de la Ley Fundamental y atendiendo a la unidad de ese sistema de valores básico. Como parte del sistema de valores de los derechos fundamentales, la libertad artística se encuentra subordinada a la dignidad humana, la cual se encuentra garantizada en el Art. 1 de la Ley Fundamental y, como valor supremo, domina la totalidad del sistema de valores de los derechos fundamentales (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]). No obstante, la garantía de la libertad artística puede entrar en conflicto con la esfera de la personalidad, protegida constitu-

cionalmente, porque una obra artística puede desarrollar consecuencias también en el plano social.

IV.

El Tribunal Constitucional Federal tiene, por consiguiente, que decidir si los tribunales, en el caso de la ponderación que llevaron a cabo entre la esfera de la personalidad del fallecido Gustaf Gründgen y de su hijo adoptivo (protegida mediante el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental) y la libertad artística (garantizada en el Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental), tuvieron suficientemente en cuenta los principios antes expuestos. Al resolver dicha cuestión se dio un empate en la Sala. En consecuencia, de conformidad con el § 15, párrafo 2, frase 4 BVerGG, no se puede establecer que la sentencia impugnada hubiera violado la Constitución.

§ 12. EL MATRIMONIO, LA FAMILIA Y LOS HIJOS - ARTÍCULO 6 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 6

1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.
2. El cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y el deber que más prioritariamente les incumbe. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.
3. En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados.
4. La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición en la sociedad.

58. Sentencia BVerfGE 6, 55 [Tasación conjunta de los esposos]

5. *El Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental no es sólo un “derecho fundamental clásico” para la protección específica de la esfera privada del matrimonio y la familia, así como para la garantía de la institución, sino que es también una norma de principios, que implica una decisión valorativa vinculante para la esfera del matrimonio y la familia en el marco del derecho público y del derecho privado.*

Éste es, por lo menos para el legislador, un derecho constitucional vinculante, en la medida que prohíbe el menoscabo del matrimonio y la familia mediante

intervenciones perturbadoras por parte del Estado mismo. La discriminación de los cónyuges mediante la tasación conjunta del impuesto sobre la renta—§26 de la Ley de Impuesto al Ingreso en la versión de 17 de junio de 1952—EstG 1951—(BGBl I p. 33)—, representa una intervención perturbadora.

6. *A la igualdad de derechos de la mujer pertenece el que ella tenga la posibilidad de lograr un ingreso en la economía de mercado, con las mismas oportunidades que un ciudadano del sexo masculino.*

Resolución de la Primera Sala, del 17 de enero, 1957

En el presente caso resulta decisivo el hecho de que con la tasación conjunta —en vista de que las tarifas tributarias progresivas se encuentran determinadas por el desempeño y el ingreso del individuo—, los cónyuges, atendiendo a las consecuencias económicas, son tratados peor que las otras personas[...]⁴¹

El Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental es una norma de principio fundante. Ésta coloca a la pareja y a la familia bajo la protección del orden estatal, como la célula germinal de toda comunidad humana, cuyo significado no puede ser comparado con ningún otro vínculo humano.

Se trata, por tanto, de una disposición en el sentido de los derechos fundamentales clásicos, que en vista de las experiencias en la época de la dominación nacionalsocialista, debe servir a la protección de la esfera privada específica de la pareja y la familia ante las presiones externas del Estado. Al contrario del régimen totalitario del nacionalsocialismo, la Ley Fundamental se pronuncia a favor de la autonomía y la responsabilidad del ser humano.

Indiscutiblemente el reconocimiento constitucional de la pareja y la familia comprende igualmente la garantía de ambos aspectos de la vida, y contempla también la garantía de la institución o del establecimiento. Con esa particularidad asegura a la pareja y a la familia sólo en su estructura esencial, en la medida que su efectividad en la realidad jurídica se limita a garantizar constitucionalmente el núcleo normativo del derecho de familia y de la pareja.

El efecto legal del Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental no se agota, sin embargo, en esas funciones. Como todo el conjunto de normas constitucionales —especialmente aquellas que determinan la relación del Estado con los ciudadanos o que regulan la vida en comunidad— este artículo cumple otras funciones, que se encuentran entrelazadas y vinculadas entre sí. La labor de la jurisprudencia constitucional es desarrollar las diferentes funciones de la norma constitucional, especialmente de un derecho fun-

⁴¹ La Ley del Impuesto al Ingreso de 1939 disponía que, cuando ambos cónyuges estuvieran obligados a tributar conforme a dicha ley, sus ingresos debían acumularse como si se tratara de un solo sujeto. De este modo, la tasa aplicable (que era progresiva) resultaba mayor. Esta disposición (así lo había reconocido el legislador) buscaba desalentar que la mujer casada trabajara. [N. del t.]

damental. De ahí que se le deba dar prevalencia a toda interpretación “que más desarrolle la efectividad jurídica de las respectivas normas” (Thoma).

Una interpretación del Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental con base en ese principio, señala que éste no sólo contempla un reconocimiento y actúa como garantía de una institución, sino que además, tiene el carácter de una norma fundante de principios esenciales, que implica una decisión valorativa vinculante para la esfera del derecho matrimonial y al familiar en el marco del derecho público y privado.

Dicho artículo ordena de conformidad con su tenor la especial protección de la pareja y la familia a través del ordenamiento estatal. Esta amplia formulación caracteriza la disposición de manera evidente –también– como norma de principios para la totalidad del derecho familiar y matrimonial. Sólo esta interpretación corresponderá con el principio rector del Estado social de Derecho y con la clasificación de la norma en las partes de los derechos fundamentales de la Constitución [...]

Para la valoración constitucional del §26 EstG 1951 es idóneo en todo caso el efecto del Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental como norma actual de protección; por tanto, la tasación conjunta de los cónyuges para el impuesto sobre la renta contraviene el principio de tributación individual y, ciertamente, se convierte en una desventaja para las personas casadas, y representa también una intervención perturbadora en el matrimonio.

De lo anterior se sigue que el §26 EstG 1951 constituye una disposición de excepción, perjudicial para los casados, y por tanto, viola el valor constitucional contemplado en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

59. Sentencia BVerfGE 47, 46 [Clases de educación sexual]

1. *La educación sexual individual pertenece en primera línea al derecho natural de los padres a la educación de los hijos, en términos del Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Sin embargo, el Estado se encuentra autorizado –con base en la encomienda constitucional de educar y formar (Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental)– para impartir educación sexual en la escuela.*
2. *La educación sexual en la escuela debe estar abierta a las diferentes concepciones y valores existentes al respecto, y debe tomar en consideración el derecho natural de los padres a la educación, así como sus convicciones religiosas o ideológicas, en la medida que éstas sean significativas en el campo de la sexualidad. De manera particular, la escuela debe abstenerse de cualquier intento de adoctrinamiento de la juventud.*
3. *Respetando estos principios, la educación sexual –como materia que abarca diversas disciplinas– no depende de la aprobación de los padres.*

4. *Los padres tienen, sin embargo, el derecho a ser informados oportunamente sobre el contenido y los métodos didácticos a emplear para la educación sexual en la escuela.*
5. *La reserva de ley obliga al legislador a tomar la decisión sobre la introducción de la educación sexual en la escuela. Esto no se aplica en la medida que sencillamente se impartan conocimientos sobre hechos biológicos y de otro tipo.*

Sentencia de la Sala Primera, del 21 de diciembre, 1977

–1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75–

Los criterios para responder a las preguntas constitucionales planteadas en este contexto, son principalmente el Art. 6, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental (el derecho de los padres a la educación), el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental (la función del Estado de educar e instruir) y el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (el derecho del niño a la personalidad).

El Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental designa el cuidado y la educación de los niños como “el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos”, cuyo cumplimiento será inspeccionado por el Estado. Los padres tienen

el derecho y el deber de determinar libremente el cuidado y la educación de sus niños de conformidad con sus propias ideas y, bajo reserva del Art. 7 de la Ley Fundamental, con prevalencia frente a otras responsables de la educación. La libre decisión de los padres al respecto y cómo se legitima esta responsabilidad de los padres, se encuentra protegida de las intervenciones del Estado a través de un derecho fundamental, en la medida que tales intervenciones no se encuentran cubiertas por la vigilancia del Estado en el sentido del Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental (BVerfGE 31, 194 [204 y ss.] en concordancia con las sentencias BVerfGE 4, 52 [57]; 7, 320 [323]; 24, 119 [138, 143 y ss.]).

Las recomendaciones de la KMK⁴² aseveran lapidariamente sobre la cuestión del derecho de los padres a la educación en el ámbito sexual: “la educación sexual es, en primer lugar, labor de los padres”. Motivos de peso hablan, efectivamente, a favor de que la educación sexual individual se atribuya prevalentemente a la esfera de los padres –del hogar– y al derecho natural de los padres a la educación en el sentido del Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La instrucción en asuntos sexuales puede llevarse a cabo en forma más natural en la segura y protegida atmósfera familiar [...]

Tomando esto como punto de partida, deberá preguntarse a continuación si el Estado –y, dado el caso, dentro de qué margen– puede impartir educación sexual. Las recomendaciones de la KMK señalan al respecto que “la escuela está obligada, con fundamento en su deber de educar e instruir, a colaborar en la educación sexual“. El

⁴² Kultusministerkonferenz: Conferencia de Ministros de Educación. [N. del t.]

fundamento del deber de educar e instruir atribuido al Estado, lo ha encontrado el Tribunal Constitucional Federal en el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 34, 165 [181] y ss.). Como lo ha explicado el Tribunal Constitucional Federal (*ibid.*, [182]) la vigilancia estatal de las escuelas, estatuida en el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental, comprende en todo caso la competencia de planear y organizar la educación con el objetivo de garantizar un sistema escolar que le ofrezca a todos los jóvenes ciudadanos –de acuerdo con sus habilidades– posibilidades de formación acordes con la sociedad actual. Dentro del ámbito del poder estatal para la estructuración de la educación se encuentra no sólo la organización de las escuelas, sino también la fijación de los contenidos de los planes de estudio y los objetivos educacionales. El Estado, por consiguiente, puede en principio perseguir objetivos educacionales propios, independientemente de los padres. La encomienda general de las escuelas para instruir y educar a los niños no está subordinada al derecho de los padres, sino que tiene el mismo rango. Ni el derecho de los padres ni la competencia del Estado tienen una supremacía absoluta. En contra de lo que algunas veces se ha sostenido en la doctrina, la encomienda de la escuela de instruir y educar no se puede limitar a transmitir conocimientos. Esa función del Estado, que el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental presupone, tiene también como contenido la preparación de los niños para convertirlos en miembros responsables de la sociedad. Por consiguiente, las labores de la escuela se extienden también al ámbito educativo. Ciertamente muchos elementos indican que el lugar más idóneo para la educación sexual individual es el hogar, como se expresó anteriormente. Por otro lado, debe considerarse también que la sexualidad tiene diversas implicaciones de carácter social. El comportamiento sexual forma parte del comportamiento general. Por tanto, no se le puede prohibir al Estado considerar la educación sexual como componente importante de la educación integral de los jóvenes. Dentro de esto se encuentra también alertar y proteger a los niños frente a posibles peligros de tipo sexual.

Por los motivos expuestos, en principio no debe objetarse (desde el punto de vista jurídico-constitucional) que el Estado convierta algunos temas referentes a la sexualidad humana en materia escolar [...]

También los derechos de los niños –contemplados en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental– se ven implicados con la educación sexual en la escuela.

La Ley Fundamental ha incluido la esfera sexual e íntima del ser humano –como parte de su esfera privada– dentro de la protección constitucional del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Estos preceptos de la Ley Fundamental aseguran al ser humano el derecho a determinar por sí mismo su postura frente a la sexualidad. Por ello, cada persona puede establecer su relación con su sexualidad y decidir si –y en qué medida y con qué fines– permite que terceras personas influyan en dicha postura. Pero si la relación del ser humano con la sexualidad se encuentra bajo la protección de la Constitución, entonces ese derecho (derivado del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental) debe corresponder también a cada joven en particular. Su esfera íntima puede verse afectada de manera

esencial por el modo y la forma en que se lleve a cabo la educación sexual en la escuela. El joven no es sólo objeto de la educación impartida por los padres y el Estado. De entrada (y, ante todo) el joven tiene una personalidad propia –y cada vez en mayor magnitud, a medida que tiene más edad. Ésta se encuentra protegida por el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La experiencia muestra que especialmente los jóvenes, a causa de medidas educativas equivocadas en el campo de la sexualidad, pueden ser afectados espiritual y psicológicamente y pueden sufrir daños graves en su desarrollo.

De lo anterior se desprende que la educación sexual en la escuela se encuentra particularmente en un ámbito de tensión entre el derecho de los padres a la educación de los hijos (consagrado en el Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental), el derecho del niño a la personalidad (en términos del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental), y la encomienda –atribuida al Estado– de instruir y educar, prevista implícitamente en el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

Para la valoración legal de las colisiones que se dan por la mencionada tensión, se debe partir del hecho de que la educación sexual acusa, en principio, una mayor afinidad con la esfera de los padres que con la del sector escolar [...]

El Tribunal Constitucional Federal se ha ocupado hasta ahora en tres sentencias de manera especial con la reserva de ley en la relaciones escolares: BVerfGE 34, 165 [192 s.]; BVerfGE 41, 251 [259 s.]; y BVerfGE 45, 400 [417 s.]. En esta última se estableció, con base en las dos sentencias precedentes, lo siguiente:

El principio del Estado de Derecho y el principio de la democracia consagrados en la Ley Fundamental obligan al legislador a tomar las decisiones *esenciales* en materia de educación escolar y a no trasladarlas a la administración escolar [...]. Esto se aplica especialmente a la estructuración estatal de ámbitos abiertos de la esfera jurídica en el campo del ejercicio de los derechos fundamentales...

Debe considerarse que el principal avance de esa posición jurídica consiste en que la reserva de ley se separa de su vínculo con fórmulas anticuadas (“intervención en la libertad y la propiedad”) y, partiendo de su función en el marco de la democracia y el Estado de Derecho, establece un nuevo fundamento con el cual se puede determinar un nuevo alcance y extensión de esa institución jurídica. La crítica a esta postura se refiere principalmente a los límites del concepto de *esenciales* con el que se califica el ámbito de competencia reservado al legislador (véase Kisker, en Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, t. II, informe de la sesión M 82; Pieske, *op. cit.*, p. 677). Durante la discusión de la 51ª Conferencia de Juristas Alemanes (véase *op. cit.*, M 108 y ss., y M 115) se mencionó que el término *esencial* debía entenderse, en principio, como un concepto heurístico, y no como una contribución a la dogmatización, es decir, como un concepto que en el fondo no expresara más que una trivialidad: “que las cosas verdaderamente importantes de un Estado democrático-parlamentario pertenecen a la compe-

tencia del Parlamento”. Para la delimitación en particular, se debe ir con mucha prudencia y se deben tener en cuenta los peligros de una reglamentación excesiva y omniabarcante, la cual podría tener consecuencias fatales para las relaciones escolares. Determinar si una medida es *esencial*—y, por tanto, debe quedar reservada al legislador (o, al menos, requiera de una autorización parlamentaria con un contenido determinado para poder ser delegada)— debe determinarse primeramente y en forma general con base en la Ley Fundamental. Aquí la protección de los derechos fundamentales proporciona un importante punto de vista. La mayor parte de los artículos que contienen derechos fundamentales prevén, sin más, que las intervenciones en los derechos fundamentales pueden llevarse a cabo únicamente mediante una ley o con fundamento en una ley. La participación del Parlamento para asegurar la protección de los derechos fundamentales corresponde además —en su esencia— con la tradicional doctrina de la “reserva” (aunque sin necesidad de distinguir entre intervenciones y prestaciones). En el ámbito relevante para los derechos fundamentales, “esencial” significa por regla general “esencial para la realización de los derechos fundamentales” (véase BVerfGE 34, 165 [192]; 40, 237 [248 y ss.]; 41, 251 [260 y ss.]).

En la relación escolar juega también un considerable papel la relevancia de los derechos fundamentales. Los límites entre la encomienda estatal en materia de educación (Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental) y el derecho de los padres (Art. 6, párrafo 2 de la Ley Fundamental), así como el derecho del niño a la personalidad (Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental) son por lo general difusos y difícilmente distinguibles. Por tanto, su delimitación tiene frecuentemente un significado decisivo para el ejercicio de esos derechos. Tal delimitación corresponde al legislador.

Esto no significa, sin embargo, que por mandato constitucional se tengan que reglamentar en una ley formal todas las modalidades de la educación sexual, como se ha consignado, por ejemplo, en las directrices de Hamburgo (véase BVerfGE 41, 251, 83 [265]). Más bien, se trata de delinear en términos generales —mediante directrices parlamentarias suficientemente determinadas— los alcances de la encomienda de las escuelas en materia educativa. Respecto de la fijación mediante ley de disposiciones vinculantes y las directrices orientadoras para el desarrollo de la clase, debe actuarse con cautela. La fijación de esto debe examinarse siempre para determinar si se le ha dejado suficiente espacio a la libertad pedagógica y si a los maestros se les ha dejado en la clase el espacio que ellos requieren para poder ejercer sus responsabilidades pedagógicas. Los detalles de los métodos de enseñanza y aprendizaje no pueden, por tanto, estar reservados, en principio, a la reglamentación legal, en la medida que los detalles no son muy susceptibles de reglamentación y que la estructuración de las clases debe dejar espacio para adaptarse a las condiciones de determinadas situaciones.

(Véase sobre la reserva de ley también la Sentencia BVerfGE 49, 89, en este tomo).

60. Sentencia BVerfGE 105, 313 [Ley de Sociedades Registradas de Convivencia]

[...]

2. *Si el Gobierno Federal o el Parlamento Federal (Bundestag) divide una materia en diferentes leyes, a fin de evitar que el Senado (Bundesrat) impida la aprobación de dichas reformas (tratándose de materias que no se encuentran de suyo reservadas a la aprobación del Senado), ello no ofrece objeción desde el punto de vista constitucional.*
3. *La introducción de la forma jurídica de las sociedades registradas de convivencia para parejas del mismo sexo no lesiona el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La protección especial del matrimonio contenida en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental no impide al legislador prever derechos y obligaciones iguales o similares a los del matrimonio para las sociedades homosexuales de convivencia. Una forma jurídica dirigida a personas que no pueden contraer matrimonio entre sí, no amenaza con mermar la institución del matrimonio.*
4. *Negar el acceso a la forma jurídica de sociedades registradas de convivencia a las sociedades de convivencia entre personas de distinto sexo, así como a las sociedades de apoyo y ayuda mutuos entre parientes, no constituye una violación al Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 17 de julio, 2002 –1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01–

Fórmula de la resolución:

La “Ley para terminar con la discriminación de sociedades homosexuales (sociedades de convivencia)”, del 16 de febrero de 2001 (Bundesgesetzblatt I, p. 266) en la versión de la ley, del 11 de diciembre de 2001 (Bundesgesetzblatt I, p. 3513) es compatible con la Ley Fundamental.

Fundamentos de la resolución:

A.

Las acciones de inconstitucionalidad se refieren a la compatibilidad con la Ley Fundamental de la “Ley para terminar con la discriminación de sociedades homosexuales (sociedades de convivencia)”,⁴³ del 16 de febrero de 2001 (BGB I S.266; en lo sucesivo: LPartDisBG), la cual entró en vigor el 1 de agosto de 2001.

⁴³ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften.

I.

Esta ley tiene por objeto eliminar la discriminación de parejas del mismo sexo y conferirles la posibilidad de dar a su relación un marco jurídico. Con este fin fueron creadas las sociedades registradas de convivencia, una figura jurídica de derecho familiar, con diversas consecuencias jurídicas, para comunidades de personas del mismo sexo establecidas con ánimo de permanencia [...]

B.

Los recursos de inconstitucionalidad son infundados. La “Ley para terminar con la discriminación de sociedades homosexuales (sociedades de convivencia)” (LPartDisBG) es compatible con la Ley Fundamental.

I.

La LPartDisBG fue emitida conforme a la Constitución; en el presente caso, no se requería ratificación del Senado.

1. La LPartDisBG no contiene disposiciones que, según el Art. 84 párrafo 1 de la Ley Fundamental, deban ser ratificados por el Senado [...]

3. El “Proyecto de Ley para terminar con la discriminación de sociedades homosexuales (sociedades de convivencia)” (BTDrucks 14/3751), presentado por las fracciones en el poder, fue dividido durante el transcurso del proceso legislativo, por recomendación de la Comisión Jurídica del Parlamento, en dos proyectos de ley: el primero —con el mismo nombre que el proyecto de ley y objeto de la presente resolución— contenía una regulación de carácter material de las sociedades registradas de convivencia (BTDrucks 14/4545); el segundo proyecto de ley se refería a una ley con reglas de ejecución, especialmente de carácter jurídico-procesal (BTDrucks 14/4550 con anexos); esta repartición de materias no viola la Constitución. En especial, la distribución de materias realizada no hace que la ley deba ser ratificada por el Senado.

a) Desde el punto de vista jurídico-constitucional, el Parlamento no está impedido —en el ejercicio de su libertad legislativa— para sacar adelante un proyecto legislativo en varias leyes distintas. Durante el proceso legislativo el Parlamento puede, como en el presente caso, reunir las disposiciones de un proyecto de regulación de carácter jurídico-material en una ley que no requiera la aprobación expresa del Senado (y respecto de la cual el Senado tiene únicamente un derecho de oposición o veto), y en otra ley puede aglutinar las disposiciones que deben regular procesos administrativos en el interior de los Estados Federados; una ley de este tipo requiere forzosamente la ratificación del Senado (Zustimmungsgesetz). Lo anterior no es infrecuente en la práctica (cf. BVerfGE 34, 9 [28]; 37, 363 [382]).

El Parlamento puede dividir una materia que ha de regular legislativamente en dos o más leyes, y de este modo limitar el “derecho de ratificación” del Senado a únicamente una parte de la reglamentación pretendida; ello deriva del derecho del Parlamento a legislar. Una distribución de este tipo no viola ni restringe en forma inaceptable el derecho de los Estados Federados a colaborar en la legislación de la federación. Lo anterior tampoco implica una descompensación del peso e importancia que la Constitución ha otorgado al Senado y al Parlamento en la creación de las leyes [...]

Juntar disposiciones de carácter material y procesal en una misma ley implica el surgimiento de un “derecho de ratificación” del Senado respecto de las normas de carácter material; la distribución de materias en dos leyes separadas impide precisamente el surgimiento de tal “derecho de ratificación” a favor del Senado. Al mismo tiempo, dicha distribución asegura que el Parlamento pueda regular las materias sobre las que se le ha conferido la facultad de legislar exclusivamente, sin necesidad de estar sujeto a la ratificación del Senado. Si el Parlamento decide proceder de esta forma, lo hace precisamente ajustando su facultad legislativa a la distribución de competencias entre la Federación y los Estados Federados establecida por la Constitución. Lo anterior no implica para los Estados Federados ningún tipo de menoscabo de sus competencias constitucionales. Dichos Estados, mientras tanto, han adoptado, con base en su exclusiva competencia, normas de carácter procesal necesarias para la ejecución de la LPartDisBG.

b) En el presente caso, puede dejarse abierta la cuestión de determinar si en ciertos casos concretos las facultades de disposición del Parlamento para la distribución de una materia jurídica en diferentes leyes pudiera estar sujeta a límites de carácter jurídico-constitucional, así como los presupuestos en que se transgreden dichas fronteras (cf. BVerfGE 24, 184 [199 s.]; 77, 84 [103]) [...]

II.

La LPartDisBG, desde el punto de vista material, es también constitucional.

1. La ley es compatible con el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La introducción de la nueva figura de las sociedades registradas de convivencia para parejas del mismo sexo y su configuración jurídica no viola la libertad de celebrar matrimonio, garantizada por el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental, ni tampoco las garantías de la institución jurídica del matrimonio contenidas en ese artículo. La sociedad registrada de convivencia también es compatible con la norma axiológica fundamental contenida en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

a) El Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege, en cuanto derecho fundamental, la libertad de toda persona de celebrar matrimonio con la persona que cada quien elija (cf. BVerfGE 31, 58 [67]; 76, 1 [42]). Este derecho a acceder sin restricciones al matrimonio no resulta afectado por la LPartDisBG [...]

b) El legislador, con la introducción de las sociedades registradas de convivencia a través de la LPartDisBG, no ha actuado en contravención del mandato jurídico constitucional contenido en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental de ofrecer y proteger el matrimonio como una opción de vida (garantía de la institución jurídica del matrimonio) (cf. BVerfGE 10, 59 [66 s.]; 31, 58 [69 s.]; 80, 81 [92]). El objeto regulado por dicha ley no es el matrimonio.

aa) La Ley Fundamental no contiene definición alguna de matrimonio, sino que la presupone, como una forma muy especial de la convivencia humana. La realización de la protección jurídico constitucional exige en esa medida una regulación jurídica que configure y delimite qué forma de convivencia ha de ser considerada como matrimonio

y ha de gozar, por tanto, de la protección constitucional. Para ello, el legislador tiene un amplio margen de configuración para determinar la forma y el contenido del matrimonio (cf. BVerfGE 31, 58 [70]; 36, 146 [162]; 81, 1 [6 s.]). La Ley Fundamental no garantiza la institución jurídica del matrimonio de forma abstracta, si no de acuerdo con la configuración de las distintas (cosmo)visiones dominantes en una sociedad, las cuales se expresan a través de la reglamentación legal (cf. BVerfGE 31, 58 [82 s.]). Sin embargo, al configurar la institución jurídica del matrimonio, el legislador debe respetar los principios estructurales esenciales, que se deriva de la referencia que hace el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental a una forma de vida preexistente, así como en relación con el carácter de derecho de libertad que se desprende del derecho fundamental protegido y de otras normas constitucionales (cf. BVerfGE 31, 58 [69]). Dentro del contenido del matrimonio se encuentra –independientemente del cambio social y de las modificaciones que dicho cambio implica para su configuración jurídica– que éste constituye la unión de un hombre con una mujer, por la que se forma una comunidad de vida con permanencia en el tiempo, fundada sobre una determinación libre y con la intervención del Estado (cf. BVerfGE 10, 59 [66]; 29, 166 [176]; 62, 323 [330]); en dicha comunidad, hombre y mujer se encuentran en igualdad de derechos y obligaciones respecto uno de otro (cf. BVerfGE 37, 217 [249 ss.]; 103,89 [101]), y ambos determinar libremente la configuración de su vida en común (cf. BVerfGE 39, 169 [183]; 48, 327 [338]; 66, 84 [94]). Lo anterior ha sido reconocido así por la Constitución, la cual a su vez ha modelado la institución jurídica del matrimonio de este modo.

bb) Esta protección no abarca la figura jurídica de las sociedades registradas de convivencia. La igualdad de sexos representa una diferencia respecto del matrimonio, al mismo tiempo que esa igualdad se convierte en el elemento constitutivo de las sociedades registradas de convivencia. Por tanto, una sociedad registrada de convivencia no es “matrimonio” en el sentido del Art. 6 párrafo 1 de la Ley Fundamental. La sociedad registrada de convivencia simplemente reconoce derechos a las parejas del mismo sexo. Con ello, el legislador toma en consideración lo dispuesto por el Art. 2, párrafo 1 y Art. 3, párrafos 1 y 3 de la Ley Fundamental en tanto que ayuda a esas personas a un mejor desarrollo de su personalidad y contribuye a eliminar la discriminación.

cc) La LPartDisBG no incide en la institución del matrimonio como tal, ni en sus principios estructurales jurídico-constitucionales ni en su configuración por el legislador. El fundamento jurídico de la institución matrimonial no sufrió ninguna modificación a consecuencia de la ley. Todas y cada una de las disposiciones regulatorias del matrimonio, las que configuran su marco jurídico y señalan las consecuencias jurídicas de esta institución jurídica permanecen intactas (cf. BVerfG, Sentencia del 18 de julio de 2001- 1 BvQ 23/01 y 1 BvQ 26/01 -, *NJW* 2001, pp. 2457 s.). De la garantía del matrimonio como institución jurídica –precisamente debido a que se refiere exclusivamente al matrimonio– no puede derivarse la prohibición de dotar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de contar con una sociedad de convivencia que posea una configuración jurídica similar.

c) El Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental no se limita a garantizar el matrimonio en su estructura esencial, sino que establece una decisión axiológica vinculante, que obliga a todo el orden jurídico —a las diversas ramas del derecho público y privado relacionadas con el matrimonio y la familia— a garantizar al matrimonio una protección especial a través del orden estatal (cf. BVerfGE 6, 55 [72]; 55, 1[4 [126]). A fin de cumplir con la protección que la Constitución encomienda al Estado, éste debe, por un lado, abstenerse de todo aquello que pueda dañar el matrimonio o de cualquier forma lesionarlo; por otro lado, el Estado debe fomentar y proteger el matrimonio con medidas adecuadas (cf. BVerfGE 6, 55 [76]; 28, 104 [113]; 53, 224 [248]; 76, 1 [41]; 80, 81 [92 s.]; 99, 216 [231 s.]). Al expedir la LPartDisBG, el legislador no infringió lo anterior.

aa) La LPartDisBG no daña ni, de algún otro modo, lesiona al matrimonio. La protección especial que corresponde al matrimonio de acuerdo con el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental prohíbe dar al matrimonio un tratamiento inferior o perjudicial frente a otras formas de vida (cf. BVerfGE 6, 55 [76]; 13, 290 [298 s.]; 28, 324 [356]; 67, 186 [195 s.]; 87, 234 [256 ss.]; 99, 216 [232 s.]).

(1) Que la LPartDisBG abra la posibilidad para parejas del mismo sexo de acceder a una sociedad registrada de convivencia, con derechos y obligaciones similares a los del matrimonio, no implica un detrimento de la institución matrimonial.

Ciertamente, en diversos ámbitos del derecho el legislador ha formulado las consecuencias jurídicas de la nueva forma jurídica de las sociedades registradas de convivencia, tomando como modelo las reglas jurídicas del matrimonio. Ello no genera un detrimento para el matrimonio o los cónyuges, en relación con su situación anterior, ni representa una desventaja frente a la sociedad registradas de convivencia o los convivientes. Una forma jurídica dirigida a personas que no pueden contraer matrimonio entre sí, no amenaza con mermar la institución del matrimonio [...]

bb) Con la introducción de esta nueva figura jurídica de las sociedades registradas de convivencia, el legislador tampoco violó el mandato de promover y fomentar el matrimonio como modelo de vida. La ley no sustrae ningún tipo de apoyo que el matrimonio hubiera recibido hasta entonces. Simplemente pone otra forma de convivencia bajo la protección jurídica y le atribuye derechos y obligaciones.

cc) La protección jurídico-constitucional del matrimonio prevista en el Art. 6 párrafo 1 de la Ley Fundamental no impide al legislador adoptar normas que favorezcan al matrimonio frente a otros modelos de vida (cf. BVerfGE 6, 55 [76]). Sin embargo, que el Estado pueda privilegiar al matrimonio frente a otras formas de vida al cumplir y dar forma a la encomienda de fomentar el matrimonio, no significa que el Art. 6 párrafo 1 de la Ley Fundamental obligue a perjudicar a otras formas de vida frente al matrimonio.

La juez Haas, en su voto particular, desconoce lo anterior al interpretar el deber de promoción del Estado contenido en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental como un mandato de dar un tratamiento inferior a las formas de vida distintas al matrimonio. El Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental privilegia al matrimonio mediante una pro-

tección jurídico-constitucional que atribuye únicamente al matrimonio, y que obliga al legislador a fomentar el matrimonio con medios adecuados. De ello, no cabe derivar un mandato de dar un tratamiento inferior a otras formas de vida [...]

§ 13. EL SISTEMA ESCOLAR - ARTÍCULO 7 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 7

1. El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado.
2. Quienes tienen a su cargo la educación del menor tienen derecho de decidir sobre la participación de éste en las clases de religión.
3. La enseñanza religiosa será asignatura ordinaria en el programa de las escuelas públicas; se exceptúan de ello las escuelas que se declaren aconfesionales. La enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas, sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado. Ningún docente podrá ser obligado contra su voluntad a impartir enseñanza religiosa.
4. Se garantizará el derecho a erigir escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes de los Estados Federados. Deberá concederse la autorización cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente, y no fomentan una segregación de los alumnos con base en la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente.
5. Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial, o si quienes tienen a su cargo la educación de los menores solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o perteneciente a una determinada postura ideológica y no exista escuela primaria pública de este tipo en la localidad.
6. Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias.⁴⁴

⁴⁴ Esta frase constituye una reminiscencia de la Constitución de Weimar. Se trata de un tipo de escuela preparatoria—un año más breve que la ordinaria— en la que los alumnos debían pagar altas cuotas (por lo que únicamente las clases más altas tenían acceso) y eran preferidos para ingresar a la universidad. Fue abolida por la Constitución de Weimar en 1918 y la prohibición pasó de ahí a la Ley Fundamental de 1949. [N. del t.]

61. Sentencia BVerfGE 52, 223 [Oración en la escuela]

1. *En el marco de la autonomía escolar, garantizada en el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en las escuelas comunitarias no confesionales, corresponde al libre arbitrio de los niños participar en las oraciones interconfesionales escolares realizadas fuera de la clase de religión.*
2. *En principio, la oración escolar no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional, aun cuando un estudiante o sus padres se opongan a ella; su derecho fundamental a la libertad religiosa en sentido negativo, no se ve vulnerado cuando ellos puedan decidir libremente y sin presión alguna su participación en las oraciones.*
3. *La libre voluntad, como presupuesto habitual para el respeto del mandato de tolerancia, no se garantiza excepcionalmente cuando los estudiantes, en circunstancias particulares, no pueden evitar su participación.*

Resolución de la Primera Sala, del 16 de octubre, 1979**–BvR 647/70 y 7/74–**

Los amparos constitucionales, acumulados para emitir una decisión conjunta, se refieren a la cuestión de la admisibilidad de una oración escolar por fuera de la clase de religión en las escuelas públicas, cuando los padres de un estudiante la rechacen.

I.

1. Criterios para la valoración de la cuestión constitucional que suscita la oración escolar son, en primer lugar, el Art. 6, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental (derecho de los padres a la educación), Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental (libertad de pensamiento y derecho a ejercer libremente la religión), así como el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental (competencia del Estado para formar e instruir). El Art. 6, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental le garantiza a los padres el derecho y el deber de determinar el cuidado y la educación de sus hijos de conformidad con sus propias ideas libremente y –con reserva de lo dispuesto en el Art. 7 de la Ley Fundamental– con prevalencia sobre otros que tengan también la competencia de impartir educación (véase BVerfGE 24, 119 [138, 143 y ss.]; 47, 46 [69 y ss.]). Dentro de ésta se encuentra también el derecho a educar a los hijos en los aspectos religiosos e ideológicos (BVerfGE 41, 29 [44]).

El Art. 4, párrafo 1 de la Ley Fundamental incluye también el derecho de los padres de transmitir a sus hijos las creencias religiosas o ideológicas que consideren convenientes (BVerfGE 41, 29 [47 y ss.]).

De otra parte, el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental le atribuye al Estado una competencia constitucional en materia de educación relacionada con la educación escolar (BVerfGE 34, 165 [181 y ss.]). Dentro de la esfera de estructuración estatal, que en el área de la educación escolar se encuentra atribuida a los Estados (BVerfGE 6, 309

[355]), se encuentra no sólo la organización de las escuelas, sino también la determinación de los contenidos de los programas educativos y de las clases. La competencia del Estado en materia educativa es autónoma y el derecho a la educación de los padres tiene el mismo rango: ni el derecho de los padres ni la competencia del Estado, prevalecen el uno sobre el otro (BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]).

2. El problema de la oración escolar se debe ver, en principio, dentro del marco amplio de si las percepciones religiosas son admisibles en las escuelas públicas (obligatorias) o si el Estado está obligado a prescindir absolutamente de toda concepción religiosa o ideológica en la estructuración de la educación escolar –con excepción de la clase de religión garantizada expresamente en el Art. 7, párrafo 3 de la Ley Fundamental– en aquellas escuelas que no tengan carácter confesional.

De esas preguntas se ha ocupado el Tribunal Constitucional Federal detalladamente en las decisiones del 17 de diciembre de 1957 sobre las escuelas públicas en Baden (BVerfGE 41, 29 [44 y ss.]) y sobre las escuelas públicas en Bayern (BVerfGE 41, 65 [77 y ss.]). A esas explicaciones nos remitiremos.

De acuerdo con éstas, la introducción de las creencias cristianas en la organización de las escuelas públicas no se encuentra prohibida absolutamente, incluso cuando una minoría de quienes ejercen la patria potestad no puedan evitar hacer uso de esas escuelas para la educación de sus hijos, no deseen ningún tipo de educación religiosa. La escuela, sin embargo, no puede ser una escuela misional ni exigir la aceptación de las creencias cristianas: ella debe estar abierta también a otros contenidos y valores ideológicos y religiosos. El objetivo de la educación de una escuela de este tipo no puede fijarse –con excepción de la clase de religión, a la que nadie puede ser obligado a asistir– con base en los criterios confesionales cristianos. La aceptación del cristianismo en las materias profanas se relaciona ante todo con el reconocimiento de su influencia cultural y su función formativa, como la que ha tenido en la cultura occidental, y no a la creencia religiosa y es por esta razón que se encuentra legitimada también frente a los no cristianos, mediante la continua influencia que ejercen los acontecimientos históricos. Dentro de este factor, entre otros, se encuentra la idea de la tolerancia de quienes piensan distinto [...].

3. Si atendiendo a los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional Federal, son admisibles las concepciones religiosas en las escuelas públicas obligatorias, entonces, el llevar a cabo una oración escolar no tendrá en principio reparo constitucional alguno, si también su ejecución se cumple en el marco de la estructuración atribuida a los Estados en el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y no se violan con esto otros principios constitucionales, especialmente los derechos fundamentales de los participantes, consagrados en el Art. 4 de la Ley Fundamental.

a) La oración escolar, que es el objeto de este recurso de amparo, representa un invocar a Dios de carácter interconfesional (ecuménico), con fundamento en las creencias cristianas [...]

La oración escolar como acto religioso, que se lleva a cabo por fuera de la clase de religión, no forma parte de la instrucción escolar general, que se establece en el marco de la competencia en materia educativa y formativa. No se trata de una “enseñanza”, que es el factor que caracteriza a las clases, ya que no implica ninguna transmisión de conocimientos a los escolares, pero tampoco significa que la escuela y los maestros tengan como objetivo ejercer una influencia educativa sobre los niños, sino simplemente de una actividad religiosa, ejercida por lo general conjuntamente con los maestros. De acuerdo con esto, la oración escolar tampoco cae dentro de la transmisión de valores e ideas cristianas, y es así como el Tribunal Constitucional Federal la ha considerado admisible en el marco de las clases generales en las escuelas cristianas (BVerfGE 41, 29 [52]). De la admisibilidad de este tipo de escuelas no se deduce sin más la constitucionalidad de la oración escolar.

b) Como la oración escolar no forma parte de las clases en el sentido de una instrucción escolar, tampoco puede formar parte de un plan de enseñanza obligatorio. Su desarrollo debe darse con base en una voluntad plenamente libre—esto es, en términos indiscutibles por virtud de la reglamentación contemplada en el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, así como en el Art. 140 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 136, párrafo 4 WRV. Esto se aplica no sólo a las escuelas, sino también a los maestros de cada clase, en las cuales se lleve a cabo una oración escolar (véase al respecto también el Art. 7, párrafo 3, frase 3 de la Ley Fundamental) [...]

Aun cuando la oración escolar no forme (ni pueda formar) parte obligatoria de las clases, no por ello deja de ser—en cualquiera de las formas mencionadas— una actividad escolar atribuible al Estado. Ello tiene validez por lo menos cuando la oración escolar se lleve a cabo a instancias del profesor dentro del horario de clase.

c) Si en este sentido el Estado admite la oración escolar fuera de las horas de clase de religión como un ejercicio religioso y como parte de la “programación escolar”, entonces estaría promoviendo él mismo una concepción cristiana y, por tanto, un elemento religioso en la escuela, que va más allá de las ideas religiosas que se originan en el reconocimiento del cristianismo como factor constitutivo y de influencia cultural (BVerfGE 41, 29 [52]). La oración, aun en su forma interconfesional, se vincula a una verdad de fe, es decir, a la creencia de que Dios puede conceder aquello que se le pide. No obstante—siempre y cuando se garantice la libre voluntad de los participantes—, la admisión de esos elementos religiosos en las escuelas públicas (obligatorias) se mantiene en el marco de la libre autodeterminación de los estados, en el ámbito de la autonomía escolar que les confiere el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental, incluso tomando debidamente en consideración el derecho fundamental de quienes piensan distinto, consagrado en el Art. 4 de la Ley Fundamental, mismo que ha sido valorado a fin de alcanzar una solución armónica.

El Art. 4 de la Ley Fundamental garantiza no sólo la libertad de credo, sino también, la libertad externa de profesar públicamente un credo (BVerfGE 32, 98 [106]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]); el Art. 4, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental aseguran en ese sentido un espacio para el ejercicio activo de las convicciones religiosas.

Si el Estado admite en las escuelas públicas la oración escolar, con ello no hace otra cosa que ejercer el derecho de estructuración de conformidad con el Art. 7, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en forma tal que los estudiantes que así lo quieran, puedan profesar su credo religioso –aun cuando sea en la forma restringida de una invocación a Dios, de carácter general e interconfesional [...]

Ese espacio libre para el ejercicio de la libertad positiva de profesar una religión mediante la admisión de la oración escolar lo tiene que equilibrar el Estado de antemano, respecto de la libertad negativa de credo de los otros padres y estudiantes, que rechazan la oración escolar. El equilibrio se logra aquí básicamente mediante la garantía de la libre voluntad de participar para estudiantes y maestros.

4. Si bien la admisión de la oración escolar, en el sentido expuesto, pertenece a la esfera de la libertad de los Estados –competentes para la estructuración de la educación escolar–, ello no significa que, por otra parte, estén siempre obligados a admitir en las escuelas públicas que se lleve a cabo la oración escolar.

Por mandato constitucional los Estados sólo pueden prever la clase de religión en las escuelas confesionales como materia ordinaria (Art. 7, párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental). Los padres tampoco tienen un derecho positivo para introducir la oración escolar, aunque tienen el derecho de establecer escuelas con determinada orientación religiosa o ideológica [...]

II.

Ciertamente no existe, en principio, ninguna objeción desde el punto de vista constitucional en contra de la oración escolar; sin embargo, el resultado puede ser distinto cuando, en un caso concreto, un estudiante o sus padres se niegan a participar en la oración.

1. El Tribunal Estatal de Hessen opinó que la oración escolar debería ser prohibida en caso de que un estudiante la rechazara, porque no estaría permitido colocar al estudiante en una situación tal, que deba hacer público su rechazo a la oración escolar por motivos religiosos o ideológicos, mediante la no participación. Sin embargo, una interpretación tan amplia del *derecho a guardar silencio* que considere que éste se vería lesionado –no ya con obligar a la persona a hacer público lo que cree o lo que piensa–, sino simplemente con manifestar que uno se adhiere o no al comportamiento (determinado por motivos religiosos) de los otros, no se encuentra cubierta por el derecho fundamental a la libertad negativa de credo [...]

3. La negativa de un estudiante con otra orientación ideológica, o de quienes se encuentran encargados de su educación, puede conducir a la inadmisibilidad de la oración escolar sólo cuando el derecho del estudiante para decidir en forma libre y sin presión alguna, acerca de su participación en la oración escolar, no se garantiza. Por regla general, el estudiante puede evitar razonablemente la participación, de modo que puede decidir con plena libertad su participación en la oración.

a) Como posibilidades para no participar se consideran: el estudiante puede salirse del salón de clases mientras se lleva a cabo la oración; puede, por ejemplo, entrar al

salón una vez que se ha concluido la oración, o puede dejar el salón al final de la clase y antes de que inicie la oración. El estudiante que tenga otras convicciones, también puede permanecer en el salón de clases a pesar de que no comparta la oración; en este caso puede permanecer sentado en su asiento —a diferencia de sus compañeros que oran.

b) Debe admitirse que el estudiante que hace uso de esas posibilidades cada vez que se lleve a cabo una oración escolar, se coloca en situación diferente a sus otros compañeros. Esto es válido, en especial, cuando se trata de un sólo estudiante que profesa otro credo: éste se comporta visiblemente de manera diferente a sus condiscípulos. El distinguirse de este modo podría resultar insostenible para el implicado, cuando lo lleve obligatoriamente a desempeñar el papel de “asocial”, y lo discrimine respecto de la comunidad escolar.

4. Sin embargo, no se puede presuponer que el abstenerse de participar en la oración escolar arrastre siempre (o en un considerable número de casos) a los estudiantes de otras convicciones a una situación de insostenibilidad como la expuesta. Por ello, deben evaluarse las condiciones marco bajo las cuales se lleva a cabo la oración, las tareas que en este contexto se atribuyen al maestro y las circunstancias concretas del ámbito escolar, a fin de excluir el temor —al menos en general— de que quienes no participen en las oraciones sean discriminados.

§ 14. LIBERTAD DE REUNIÓN - ARTÍCULO 8 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 8

1. Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permisos previos.
2. Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley.

62. Sentencia BVerfGE 69, 315 [Libertad de reunión - Brokdorf]

1. *El derecho del ciudadano de participar activamente en el proceso de formación de la opinión y la voluntad política, mediante el ejercicio de la libertad de reunión, es uno de los elementos indispensables de una comunidad democrática. Este significado fundamental que tiene este derecho de libertad debe ser respetado por el legislador al expedir las disposiciones que limitan el derecho fundamental, así como para su interpretación y aplicación por parte de las autoridades y los tribunales.*
2. *La reglamentación de la ley para la celebración de reuniones relativa al deber de dar aviso de las reuniones que se celebren al aire libre, y a los presupuestos*

para su disolución o prohibición (§§14,15) satisface los requisitos constitucionales, siempre y cuando, para su interpretación y aplicación, se tenga en cuenta que:

- a) El deber de dar aviso no aplica tratándose de demostraciones espontáneas, y su violación no autoriza automáticamente su disolución o prohibición,*
 - b) La disolución y la prohibición sólo pueden llevarse a cabo cuando tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de igual valor, bajo la garantía estricta del principio de proporcionalidad y sólo en caso de que ese bien jurídico esté ante un peligro, que se derive de circunstancias directas y reconocibles.*
- 3. Las autoridades estatales están obligadas a comportarse amigablemente hacia los manifestantes, tomando como ejemplo grandes demostraciones que se desarrollan pacíficamente, y a no dejar atrás sin un motivo suficiente las experiencias probadas. Entre más dispuestos estén los organizadores a tomar medidas unilaterales que generen confianza o a una cooperación amable durante la demostración, mayor será el límite para las intervenciones de las autoridades en caso de peligrar la seguridad pública.*
 - 4. Si no se tiene el temor de que una demostración va a tener un desarrollo poco amistoso, o que los organizadores y sus seguidores persiguen un desarrollo de este tipo o que por lo menos lo aprueban, el participante pacífico conserva la protección garantizada a todo ciudadano en la Constitución, de la libertad de reunión, aun cuando se cuente con excesos de algunos o de una minoría. En un caso tal, la prohibición preventiva de toda la organización presupone requisitos estrictos para el pronóstico del peligro, así como del agotamiento previo de todos los medios idóneos aplicables, que posibiliten a los manifestantes pacíficos la realización de su derecho fundamental.*
 - 5. Los tribunales administrativos han tenido en cuenta ya en procesos para la protección provisional a través de una revisión intensa, la circunstancia de que la ejecución inmediata de la prohibición de una demostración conduce, por regla general, a una obstaculización definitiva de la realización del derecho fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 14 de mayo, 1985
–1 BvR 233, 341/81–

Fundamentos:

A.

El recurso de amparo tiene por objeto la prohibición de las demostraciones que se planearon en contra de la construcción de la planta nuclear en Brockdorf. Su objetivo es la ejecución inmediata de la prohibición de una demostración general, que expidió provisionalmente el Consejo Estatal competente en forma de una resolución general, y que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Superior.

Como base constitucional para la garantía de la libertad de demostración se tiene que considerar, además de la libertad de opinión, en especial, el derecho fundamental de la libertad de reunión:

Art. 8

- 1) Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permisos previos.
- 2) Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por la ley o en virtud de una ley.

Una reglamentación legal similar contempla la Ley sobre Reuniones y Manifestaciones (Ley de Reunión) del 24 de julio de 1953 en su nueva versión del 15 de noviembre de 1978 (BGBl. I p. 1789). Se afirma en el §1 el derecho de cada persona de organizar reuniones públicas y manifestaciones, y de participar en éstas. En la sección III se contemplan las siguientes disposiciones para las “reuniones públicas al aire libre y las manifestaciones”:

§14

- 1) Quien tenga la intención de organizar una reunión pública al aire libre o una manifestación, tiene que ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes con una anticipación de por lo menos 48 horas, informando sobre el objeto de la reunión o de la manifestación.
- 2) En la comunicación se debe designar la persona responsable de dirigir la reunión o la manifestación.

§15

- 1) La autoridad competente puede prohibir la reunión o la manifestación, o hacerla depender de ciertas imposiciones, si para la época de expedición de la resolución, circunstancias reconocibles ponen en peligro la seguridad pública o el orden en caso de llevarse a cabo la reunión o manifestación.
- 2) Las autoridades pueden disolver una reunión o una manifestación cuando ésta no ha sido informada, cuando se han apartado de lo informado en la notificación, o cuando

se han infringido las imposiciones o cuando se dan los presupuestos para una prohibición de conformidad con el párrafo 1.

3) Las manifestaciones prohibidas se tienen que disolver.

C.

I.

El criterio constitucional para la revisión es el derecho fundamental a la libertad de reunión (Art. 8 de la Ley Fundamental).

1. Las medidas adoptadas en el proceso inicial, así como las disposiciones legales que la fundamentan, limitan al recurrente en la libertad de llevar a cabo las demostraciones planeadas. Esa libertad se encuentra garantizada en el Art. 8 de la Ley Fundamental, que protege las reuniones y manifestaciones –a diferencia de los simples amotinamientos o los festejos populares– como expresión del desarrollo social comunicativo. Esa protección no se limita a las manifestaciones, en las que se argumenta y discute, sino que abarca diversas formas de comportamientos conjuntos, incluyendo formas no verbales de expresión. Dentro de éstas se encuentran también aquellas que tienen el carácter de una demostración, cuyo objetivo es poner en conocimiento una opinión en forma espectacular o mediante pancartas, para lo cual se puede invocar la libertad de reunión. Como en el proceso de origen faltan puntos de partida que indiquen que la expresión de determinadas opiniones debían haber sido prohibidas –por ejemplo, en proclamas, discursos, canciones o pancartas– no se requiere de examen alguno para el caso de medidas en contra de demostraciones complementarias al Art. 8 de la Ley Fundamental, para establecer cómo invocar como criterio de examen el derecho fundamental a la libertad de opinión.

2. Como derecho de defensa, que tiene por objeto favorecer también, y de manera especial a las minorías de otras ideologías, el Art. 8 de la Ley Fundamental garantiza a los destinatarios del derecho fundamental, el derecho a la autodeterminación del lugar, hora, contenido y forma de la reunión, y prohíbe al mismo tiempo la coerción estatal para participar o no en una manifestación. En ese sentido adquiere el derecho fundamental en un Estado libre un rango especial; el derecho a reunirse con otros, sin obstáculos y sin necesidad de permisos especiales es expresión de la libertad, independencia y capacidad de los ciudadanos conscientes de sí mismos. Al aplicarla a las reuniones políticas, la garantía de la libertad implica, sin embargo, una decisión fundamental, que en su significado para la protección frente a las intervenciones del Estado alcanza el libre desarrollo de la personalidad. En el círculo legal anglo-americano, la libertad de reunión, enraizada en la ideología del derecho natural, se ha entendido recientemente como expresión de la soberanía popular y, por consiguiente, como el derecho democrático que tienen los ciudadanos de participar activamente en el proceso político.

a) En la jurisprudencia constitucional, que hasta el momento no se ha ocupado de la libertad de reunión, se ha considerado por largo tiempo la libertad de opinión dentro de los elementos funcionales, indispensables y fundamentales, de una comunidad de-

mocrática. Ésta tiene el carácter de expresión directa de la personalidad humana y como uno de los derechos humanos más importantes, constitutivo de un ordenamiento democrático liberal, en tanto que posibilita la controversia intelectual permanente y la confrontación de opiniones como elemento vital de esa forma de Estado (véase BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]). Si la libertad de reunión se entiende como la libertad de expresar una opinión colectiva, no puede valer en principio, nada diferente para ella. Nada se opone a que para el caso de las demostraciones en especial, se recurra a la argumentación que caracteriza por regla general el ejercicio de la libertad de opinión. En esta medida, el manifestante puede expresar su opinión, con su presencia física y de manera pública, y sin la intermediación de los medios, y desarrollar también su personalidad en forma directa. En su forma típica ideal, las demostraciones son la representación corpórea de las convicciones de la comunidad, donde los participantes, de una parte, se cercioran con otros en la comunidad de sus convicciones y, de la otra, adoptan una posición pública, en el estricto sentido de la palabra –ya sea mediante la simple presencia, la forma en que aparecen, las relaciones con los otros y la elección del lugar – y ratifican sus puntos de vista. El peligro de que tales expresiones de opinión, al ser utilizadas con fines demagógicos y en forma dudosa, puedan ser emocionalizadas, no puede ser determinante en el ámbito de la libertad de reunión para la valoración fundamental, como ocurre en el campo de la libertad de opinión y prensa.

b) El significado fundamental de la libertad de reunión se reconoce de manera especial cuando se tiene en cuenta la particularidad del proceso de formación de la voluntad en la comunidad democrática. Sobre el ordenamiento democrático liberal se afirma en la sentencia KPD que éste es necesario y susceptible de mejorar en el actual contexto social y estatal, desarrollado históricamente; de ahí que haya un trabajo aún no concluido, que debe ser cumplido a través de una siempre renovada expresión de la voluntad (BVerfGE 5, 85 [197]). La vía para la formación de esa voluntad se ha descrito como un proceso de *trial and error*, que mediante la permanente controversia intelectual, el control y las críticas mutuas, constituyen la mejor garantía para una (relativamente) correcta línea política, como resultante y equilibrio entre las fuerzas políticas efectivas del Estado (*ibid.*, [135]); véase también BVerfGE 12, 113 [125]). Con estas consideraciones en una sentencia posterior sobre la financiación de los partidos se subraya que, en una democracia, la formación de la voluntad debe partir del pueblo hacia el Estado, y no al contrario; el derecho del ciudadano a participar en la formación de la voluntad política se expresa no sólo en las elecciones, sino también en la posibilidad de influir en el proceso permanente de la formación de la opinión política, que en un Estado democrático se cumple en forma libre, abierta, no reglamentada y fundamentalmente sin intervención del Estado (BVerfGE 20, 56 [98 y ss.]).

Los ciudadanos participan en ese proceso en forma diferente. Las grandes asociaciones, los donantes financieramente fuertes, o los medios de comunicación pueden ejercer una considerable influencia, mientras que los ciudadanos se hacen presentes sin ningún poder. En una sociedad en la cual el acceso directo a los medios y las oportuni-

dades para expresarse se limitan a unos pocos, le queda al particular, además de su participación organizada en partidos y asociaciones, por lo general, sólo la posibilidad de una influencia colectiva a través del ejercicio de la libertad de reunión en las demostraciones. El libre ejercicio del derecho a la libertad contrarresta no sólo la ausencia de poder político y las tendencias peligrosas a estar enfadado en contra del Estado. Por consiguiente, ésta también forma parte de los intereses del bien común, entendidos en el buen sentido, porque en el “paralelogramo de las fuerzas” de la formación de la voluntad política, por lo general, sólo se puede obtener un resultado relativamente correcto, cuando en todos los sectores se desarrollan fuerzas similares.

Por todo esto, las concentraciones se han designado en la correspondiente literatura como elemento esencial de la apertura democrática: “Ofrecen [...] la posibilidad de influir públicamente en el proceso político, de desarrollar iniciativas y alternativas pluralistas o también de elevar críticas o protestas [...]: contienen partes de la democracia directa, irreprimible en sus orígenes, que es idónea para proteger la empresa política del entumecimiento de la rutina diaria” (Hesse, *op. cit.*, p. 157; en este mismo sentido, Blumenwitz, *op. cit.*, [132 y ss.]). Principalmente, en las democracias con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental. Aquí es válido básicamente el principio de las mayorías –al igual que para las decisiones con consecuencias graves para todos, y que no se pueden revertir fácilmente luego de un cambio de poder. De otra parte, aquí la influencia misma de la mayoría electoral en las elecciones es muy limitada; el poder estatal se ejerce a través de órganos especiales y es administrado predominantemente por un aparato burocrático. Las decisiones tomadas por esos órganos con base en el principio de las mayorías, ganarán más en legitimidad, en la medida que garanticen con mayor efectividad los derechos de las minorías; la aceptación de esas decisiones se verá influenciada por la posibilidad que tengan las minorías de influir suficientemente en la formación de la opinión y de la voluntad (véase BVerfGE 5, 85 [198 y ss.]). Las demostraciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen adecuadamente, o toman en consideración otros intereses (véase también BVerfGE 28, 191 [202]). En la literatura se ha descrito la función estabilizadora de la libertad de reunión para el respectivo sistema representativo como la que permite discutir y sacar a flote públicamente el descontento, el enfado y la crítica, y funge como una condición necesaria de un sistema político preventivo, señala los potenciales problemas, las carencias de integración visibles y posibilita así la toma de medidas correctivas en la política oficial (Blanke/Sterzel, *op. cit.*, [69]).

II.

Las disposiciones de la Ley de Reunión, que sirvieron de base en el proceso inicial, satisfacen los requisitos constitucionales, si son aplicadas atendiendo al significado fundamental de la libertad de reunión.

1. A pesar de su alto rango, la libertad de reunión no se ha garantizado sin reserva alguna. El Art. 8 de la Ley Fundamental garantiza simplemente el derecho de “reunirse pacíficamente y sin armas” (véase al respecto en III.3.a), y somete el derecho a reunirse al aire libre a la reserva de ley. De este modo la Constitución tiene en cuenta la circunstancia de que para el ejercicio de la libertad de reunión al aire libre, debido al contacto con el mundo exterior, requiere de la existencia de una reglamentación especial constitucional y organizacional, principalmente, que establezca de una parte los presupuestos reales para su ejercicio y de la otra, que proteja adecuadamente los intereses en colisión de los otros.

Mientras que en la Constitución de Weimar en el Art. 123 se determinaba de manera expresa que las reuniones al aire libre debían notificarse previamente, de conformidad con la respectiva ley imperial, y que podían prohibirse en caso de peligro para la seguridad pública, la Ley Fundamental se conforma sencillamente con una reserva de ley, con un objeto aparentemente no limitante. Esto no significa, sin embargo, que el legislador pueda restringir al máximo esa garantía fundamental limitándola a la esfera de su contenido esencial. Como también ha explicado el ministro del Interior respectivo, se aplica lo mismo que para la libertad de opinión, la cual, de conformidad con el tenor constitucional, encuentra ciertamente sus límites en las restricciones que determine la ley general, cuya extensión sin embargo no puede ser relativizada al arbitrio de la ley ordinaria (al respecto básicamente BVerfGE 7, 198 [207 y ss.]; ver además BVerfGE 7, 377 [404]).

Para todas las reglamentaciones que imponen límites, el legislador tiene que respetar la decisión constitucional fundamental, incorporada en el Art. 8 de la Ley Fundamental; él puede limitar el ejercicio de la libertad de reunión sólo para proteger los bienes jurídicos de igual valor de terceros, bajo estricta aplicación del principio de proporcionalidad.

Cuando las autoridades y los tribunales interpreten y apliquen las leyes expedidas por el legislador para reglamentar las restricciones al derecho fundamental, se aplica en todo caso lo mismo que para la interpretación de las disposiciones sobre limitaciones a la libertad de opinión (véase al respecto BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240], sobre el derecho de reunión (BVerwGE 26, 135 [137])). Se puede necesitar de una intervención que limite la libertad, cuando en la esfera de la libertad de reunión, los manifestantes en su ejercicio, perjudiquen las situaciones jurídicas de terceros. También en el caso de estas intervenciones los órganos estatales tienen que interpretar las leyes que limitan los derechos fundamentales, siempre a la luz del significado fundamental de ese derecho en el Estado democrático liberal y limitarse en sus medidas a lo que es necesario para la protección de los bienes jurídicos de igual valor. Con esos requisitos, serían incompatibles, en primer lugar, las medidas administrativas que en la aplicación de las leyes restrictivas vayan más allá y por ejemplo, dificulten ilegalmente el acceso a una demostración mediante la obstaculización de las entradas y el empleo de controles preventivos, o modifiquen el carácter de la no intervención del Estado mediante reglamentaciones

o mediante controles excesivos u observaciones y registros (véase al respecto BVerfGE 65, 1 [43]).

2. De las disposiciones de la Ley de Reunión que el legislador hubiere expedido por virtud de la reserva de ley contemplada en el Art. 8, párrafo 2 de la Ley Fundamental, son considerablemente decisivas para el juicio de primera instancia el § 14, párrafo 1 que reglamenta el deber de informar, y el § 15 que contempla los presupuestos para disolver o prohibir la reunión. No requieren de examen alguno las disposiciones legales sobre el plazo de la notificación y la designación de un responsable; ni las autoridades administrativas ni los tribunales han justificado su decisión con base en esas disposiciones.

a) El deber de notificar reglamentado en el § 14, párrafo 1 VersG estaba previsto expresamente en la Constitución de Weimar como una restricción de la libertad de reunión. En opinión del Tribunal Administrativo Federal, este deber limita el derecho fundamental, por lo general, en forma insignificante (BVerwGE 26,135 [137 y ss.]). El Tribunal Federal (véase BGHSt 23, 46 [58 y ss.]) e igualmente la totalidad de la doctrina predominante, consideran constitucional la reglamentación. Esto se puede aceptar cuando para tal efecto se tiene en cuenta que el deber de notificar no se aplica sin excepción, y que su violación no legitima la prohibición o la disolución de la reunión.

El deber de informar se aplica sólo a las reuniones al aire libre, porque éstas requieren de especiales disposiciones debido a los efectos que ejercen en el entorno. Las imposiciones derivadas de la notificación tienen por objeto dar a las autoridades la información necesaria, para que éstas se puedan hacer una imagen, de una parte, de las medidas y reglas que ocasionen la menor cantidad posible de problemas al desarrollo de la reunión, y de la otra, de lo que los intereses de terceros así como los de la comunidad requieren, y de cómo ambos se pueden compatibilizar entre sí (véase BT-Druks 8/1845 p. 10). De acuerdo con la opinión predominante, el deber de notificar oportunamente no tiene lugar en el caso de demostraciones espontáneas, que se forman de un momento a otro (véase por ejemplo, BVerwGE 26,135 [138]; BayObLG, NJW 1970, p. 479; Dietell Gintzel, a.a.O., párrafo 23 en el § 1 y párrafos 18 y ss. § 14 VersG; Herzog, *op. cit.*, párrafos 48, 82 y 95 en el Art. 8 de la Ley Fundamental; v.Münich, *op. cit.*, párrafo 10 en el Art. 8 de la Ley Fundamental; Hoffmann-Riem, *op. cit.*, párrafo 47 en el Art. 8 de la Ley Fundamental; Frowein, *op. cit.* [1085 y ss.]; Ossenbühl, *op. cit.*, [65 y ss.]; P. Schneider, *op. cit.* [264 y ss.]).

Éstas se sujetan a la garantía del Art. 8 de la Ley Fundamental; las disposiciones constitucionales no les son aplicables en la medida que la finalidad que se persigue con las demostraciones espontáneas no puede alcanzarse con los contenidos de esas disposiciones. Su reconocimiento, no obstante el no acatamiento de esas disposiciones, se puede justificar debido a que el Art. 8 de la Ley Fundamental en su numeral 1 garantiza, en principio, la libertad de reunirse “sin aviso o permiso”, y que esa libertad, de conformidad con el párrafo 2 para las reuniones en espacios abiertos es limitable con fundamento en la ley; tales limitaciones, sin embargo, no pueden dejar por completo sin vi-

gencia la garantía prevista en el párrafo 1 para determinado tipo de reuniones; más aún, esa garantía exime del deber de notificar en las circunstancias citadas.

Esa valoración de las manifestaciones espontáneas se debe a que las disposiciones legales del ordenamiento que regulan las reuniones se deben aplicar a la luz del derecho fundamental y, en caso dado, deben subordinarse a éste. El derecho fundamental y no la Ley sobre Reuniones, garantiza la admisibilidad de las reuniones y manifestaciones; la Ley sobre Reuniones prevé sencillamente las limitaciones, en la medida que éstas sean necesarias. De ahí que sea compatible el que una violación del deber de notificar no conduzca de manera automática a la prohibición o disolución de la reunión. Ciertamente, se hace digno de sanción quien como organizador o director “lleve a cabo” una reunión sin previo aviso (§26 VersG). En lo restante, la ley sobre reuniones establece sencillamente en el §15, párrafo 2, que las autoridades competentes “pueden” disolver las reuniones y manifestaciones en espacios abiertos, cuando ellas no han sido notificadas previamente. El Ministro Federal del Interior contempla como posible sanción, la prohibición preventiva, cuando y en la medida que ésta es una medida menos drástica que la disolución de la reunión. La disolución y la prohibición, sin embargo, no tienen en todo caso el carácter de un deber legal a cargo de las autoridades competentes, sino el de una autorización, de la cual las autoridades, en vista del significado supremo de la libertad de reunión, pueden hacer uso conforme a su deber, sólo cuando se dan los otros presupuestos para intervenir; la falta de aviso y la omisión en entregar la información respectiva, sencillamente facilitan esas intervenciones.

Si el deber de informar no se aplica sin excepciones, y su violación no conduce automáticamente a la disolución o a la prohibición de la reunión, no se considera entonces que el deber, basado en la importancia del interés común, sea por regla general desproporcionado.

Determina sí, y en qué medida, existen particularidades para las grandes demostraciones, que en forma similar a como ocurre con las demostraciones espontáneas, justifiquen un tratamiento diferente, debe analizarse en otro contexto (véase adelante II, 2).

b) Haciendo una interpretación conforme a la Constitución, las disposiciones del §15 VersG resisten el examen constitucional, en tanto que dicho artículo autoriza a las autoridades competentes a exigir el cumplimiento de determinadas condiciones para autorizar la reunión, o a prohibirla o disolverla “si para la época de expedición de la resolución, existen circunstancias aparentes de que la reunión o manifestación constituyan un peligro a la seguridad pública o el orden, en caso de llevarse a cabo”.

El recurrente y la Asociación Federal para Iniciativas Ciudadanas en materia de Medio Ambiente, hicieron valer objeciones a causa de la indeterminabilidad de los presupuestos para la intervención—“amenaza a la seguridad o el orden público”—, que son tan problemáticos como la decisión sobre las intervenciones a criterio de las autoridades administrativas y la policía. No obstante, a los citados conceptos se les ha dado—como lo expresó el ministro federal del Interior— un contenido claro en el derecho de

policía (véase, por ejemplo, Drews/ Wacke/Vogel/Martens, *Gefahrenabwehr*, 8ª ed., 1977, t. 2, pp. 117 y ss. y 130 y ss.). De acuerdo con esto, el concepto de la “seguridad pública” comprende la protección de los bienes jurídicos centrales como la vida, la salud, la libertad, la honra, la propiedad, y el patrimonio del individuo, así como la integridad del ordenamiento legal y de los establecimientos estatales, en donde se entiende que hay una amenaza en contra de la seguridad pública cuando existe riesgo de que se violen esos bienes jurídicos, y dicha violación sea sancionable penalmente. Bajo el concepto de “orden público” se entienden la totalidad de las reglas no escritas, cuya observación, de acuerdo con las respectivas concepciones sociales y éticas predominantes, se ve como presupuesto indispensable de una ordenada convivencia humana al interior de un territorio determinado.

Esta aclaración de conceptos aún no asegura por sí sola una aplicación de la ley conforme a la Constitución. Para la valoración constitucional son significativas dos limitaciones, que se encuentran esbozadas en la ley misma y que tienen como consecuencia que la prohibición o la disolución puede ser considerada sólo para la protección de bienes jurídicos elementales, mientras que una simple amenaza al orden público por lo general no será suficiente.

La prohibición o la disolución presuponen, de una parte, y como *ultima ratio*, que el medio menos drástico, el establecimiento de imposiciones, se ha agotado (en este sentido también BVerwGE 64, 55). Esto se apoya en el principio de proporcionalidad. Sin embargo, no sólo limita la potestad discrecional para la elección de los medios, sino también, la potestad discrecional que tienen las autoridades competentes para tomar una decisión. La libertad de reunión, protegida en forma de derecho fundamental, tiene que pasar a segundo plano sólo cuando de una ponderación de bienes que atienda al significado del derecho a la libertad, resulta que esto es necesario para la protección de otro bien jurídico de igual valor. Por tal motivo, no cualquier interés justifica una limitación de ese derecho a la libertad; las molestias que de manera inevitable pueden resultar del ejercicio “en masa” de un derecho fundamental, y que no se pueden evitar sin perjuicio para las finalidades de la reunión, deben, por lo general, ser soportados por terceros. Por motivos puramente técnicos de tránsito viene cada vez menos a consideración la prohibición de reuniones, cuando la utilización paralela de las calles por los manifestantes y el tráfico que fluye, puede lograrse mediante la imposición de condiciones.

La competencia para intervenir, atribuida a las autoridades, se encuentra limitada de una parte, de tal manera que las prohibiciones y las disoluciones pueden tener lugar sólo en caso de una “amenaza inminente” del orden o la seguridad pública. Debido al requisito de la inmediatez son más estrictos los presupuestos de la intervención que los del derecho de policía en general. En los casos concretos es necesario un pronóstico del peligro. Esto contempla siempre un juicio de probabilidad cuyos fundamentos, sin embargo, pueden y deben señalarse. Por tanto, la ley determina que se debe basar en “circunstancias reconocibles”, así como en hechos, asuntos y algunas particularidades; las simples sospechas o presunciones no pueden ser suficientes. En atención al signifi-

cado fundamental de la libertad de reunión, las autoridades no pueden establecer requisitos demasiado bajos para el pronóstico del peligro, en especial para la expedición de una prohibición preventiva, y sobre todo cuando le queda la posibilidad de una disolución en caso que la valoración haya sido errada. Qué requisitos en particular se deben exigir, lo tendrán que evaluar en principio los tribunales especializados (véase, por ejemplo, de una parte, Dietel/Gintzel, *op. cit.*, párrafo 12 en el §15 VersG, con remisiones a la BVerwGE 45, 51 [61]; de otra parte, Ott, *op. cit.*, párrafo 5 en el §15 VersG y Werbke, NJW 1970, p. 1 [2]; en forma similar OVG Bremen, DÖV 1972, p. 101 [102]; OVG Saarlouis, DÖV 1973, p. 863 [864] y también el informe de la comisión para la reforma de la ley 1978, BT 8/1845, p. 11). Éstos no se pueden separar fácilmente de las circunstancias concretas prescritas en la Constitución, sino que pueden depender de, en qué medida, por ejemplo, en caso de grandes demostraciones, existe una disposición del organizador a cooperar, y si las molestias se temen sólo de parte de un tercero o de una pequeña minoría (véase al respecto adelante en III.1 y 3). En suma, el §15 VersG es en todo caso compatible con el Art. 8 de la Ley Fundamental, cuando para su interpretación y aplicación se asegura que las prohibiciones y disoluciones se llevarán a cabo sólo para la protección de bienes comunes importantes, garantizando el principio de proporcionalidad y sólo en caso de un peligro inminente, que derive de circunstancias reconocibles.

III.

No se objeta constitucionalmente que las disposiciones sobre el derecho de reunión, anteriormente analizadas, se aplican también a las grandes demostraciones. Empero, para su aplicación, se deben utilizar aquellas experiencias que han sido acumuladas y probadas en el entretanto, y que posibilitan también el pacífico desarrollo de tales demostraciones.

1. De acuerdo con los informes incorporados al proceso de primera instancia, y con base en los resultados de las conversaciones en Stuttgart (véase arriba A.I.2) otras circunstancias pueden contribuir al desarrollo pacífico de la reunión, como ocurrió en Gorleben-Treck en 1979, en la demostración pacífica de Bonn en 1981 o en la cadena humana de Alemania del Sur en 1983. A éstas pertenecen, junto a la oportuna clarificación de la situación jurídica, que de ambas partes se omitan las provocaciones y agresiones, que el organizador exija a los participantes un comportamiento pacífico y el aislamiento de personas violentas; que el poder estatal se retire prudentemente—en todo caso bajo la adecuación de espacios libres de policía y evite reacciones exageradas y que, en especial, se lleve a cabo un contacto oportuno, para que ambas partes se puedan conocer, intercambiar informaciones, y lograr en lo posible una cooperación basada en la confianza, que facilite también la terminación de situaciones de conflicto imprevistas.

No es muy claro si la obligación de tener en cuenta esas experiencias se derivaría del deber de protección, que se le atribuye a las autoridades estatales, previo concepto del gremio de la policía, y con fundamento en la decisión constitucional consagrada en el Art. 8 de la Ley Fundamental, en forma similar a como ocurre con la garantía de otros

derechos fundamentales de alto rango, y que tiene por finalidad posibilitar el desarrollo de reuniones y manifestaciones, así como proteger el ejercicio del derecho frente a los disturbios y excesos de terceros. En todo caso, la reciente jurisprudencia constitucional ha resaltado que los derechos fundamentales no sólo influyen en la estructuración del derecho material, sino que también, establecen los criterios para que la configuración de las organizaciones y los procesos hagan efectiva la protección del derecho fundamental (véase las directrices de la BVerfGE 53, 30 [65 y ss. y 72 y ss.]; posteriormente, BVerfGE 56, 216 [236] y 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]). No existe duda alguna que esa jurisprudencia se aplica también a la libertad de reunión, en la medida que este derecho fundamental tiene también un contenido procesal y organizacional esencial [...] Como derecho de libertad no comprende ninguna declaración sobre cuáles deben ser los contenidos para la estructuración de las reuniones y las manifestaciones, sino que lo deja a la libre autodeterminación de los organizadores y se satisface con prescribir lineamientos para organizar el desarrollo de la misma. La exigencia a las autoridades estatales de proceder amigablemente frente a las reuniones, siguiendo el modelo de las grandes demostraciones que se han desarrollado pacíficamente, y de no permanecer sin motivo suficiente a la expectativa de los sucesos, corresponde al objetivo de hacer efectivos los derechos fundamentales en el derecho procesal. La obligación de tener en cuenta no sólo esas experiencias, sino también de ensayarlas, se puede justificar constitucionalmente en la medida que éste es un medio menos drástico que las intervenciones en forma de prohibiciones o disoluciones. Entre más seriamente contribuyan las autoridades estatales al desarrollo pacífico de las grandes demostraciones, tanto más fácilmente resistirá una disolución o prohibición posterior a la revisión, por parte de un tribunal administrativo, luego que hayan fracasado sus esfuerzos.

Respecto de las autoridades estatales, los citados requisitos procesales no se pueden expandir tanto que cambien fundamentalmente el carácter de las funciones policiales de defensores frente al peligro, o que hagan imposible la aplicación de estrategias flexibles. Asimismo, y tanto más, en contra de las reuniones y participantes en grandes demostraciones, no se pueden establecer requisitos que mermen el carácter de las demostraciones como contribuciones no reglamentadas y sin intervención del Estado, a la formación de la voluntad política y de opinión, así como la autodeterminación del organizador en lo que respecta a la forma y contenido de las demostraciones. Esto no ocurre en la medida que los organizadores y participantes simplemente se les exija dejar de lado los comportamientos no amistosos, y minimalicen los perjuicios que se les puedan ocasionar a terceros.

Un deber tal se deriva directamente de la garantía de los derechos fundamentales y de su respeto por los derechos de los otros. Las amplias obligaciones constitucionales se justifican posiblemente con el carácter comunitario del ejercicio de los derechos fundamentales y con la responsabilidad común que ocasionan las consecuencias de las grandes demostraciones. La precisión de tales obligaciones en el marco y dentro de los límites de la reserva de ley, atendiendo a la valoración de las experiencias analizadas

en el plano del derecho ordinario, se debe dejar al arbitrio del legislador. Aun sin una precisión legislativa, los organizadores y los participantes hacen bien en atender en lo posible las recomendaciones que se derivan de las experiencias comprobadas en las grandes demostraciones. La práctica administrativa y la jurisprudencia en todo caso se han abstenido constitucionalmente de favorecer tal disposición: Entre más dispuestos estén los organizadores a tomar medidas unilaterales que generen confianza o a una cooperación amable durante la demostración, mayor será el límite para las intervenciones de las autoridades en caso de peligrar la seguridad pública.

2. En contra de la opinión de la Asociación Federal para las Iniciativas Ciudadanas sobre Medio Ambiente, en la Constitución no se prevé la posibilidad de exceptuar las grandes demostraciones, en forma similar a como ocurre con las demostraciones espontáneas, del deber de notificar contemplado en el §14 VersG.

Si bien es cierto que la Ley de Reuniones del año 1953 se orienta hacia las reuniones habituales, estrictamente organizadas y dirigidas (véase también, Informes sobre la Sesión 87 del Parlamento Alemán de 12 de septiembre de 1950, pp. 3123 y ss.), desde hace algunos años se ha abierto camino, por el contrario, una transformación tanto en la comunidad como también en el desarrollo de las demostraciones. Un gran número de grupos individuales e iniciativas sin una determinada coherencia en la organización, y con objetivos diversos, se unen con el único motivo —principalmente para temas en el ámbito del medio ambiente y para garantizar la paz— de iniciar, discutir y organizar demostraciones conjuntamente. Como todos los participantes se encuentran en principio legitimados para la preparación y desarrollo de la demostración, las ideas originales del organizador y director, que no generaban problema alguno, han dejado de ser adecuadas. Por lo demás, la disponibilidad del particular, de aparecer como responsable de la organización o la dirección, por consiguiente, también ha disminuido, porque el riesgo de ser penalizado y encarcelado, debido a la falta de disposiciones claras y una jurisprudencia calculable, es impredecible por lo menos temporalmente.

Por consiguiente, es ante todo asunto del legislador tener en cuenta las consecuencias de esos cambios, y desarrollar las reglas de la Ley de Reuniones. Hasta que esto no ocurra no se puede obviar que las reglas legales sobre reuniones se deben considerar a efectos de llenar las lagunas, y que la protección del Art. 8 de la Ley Fundamental va más allá de las reuniones, para las que el legislador de 1953 dictó reglas. Los evidentes cambios, sin embargo, no conducen a la eliminación, ordenada constitucionalmente, del deber de notificar en caso de grandes demostraciones, sino sencillamente a modificar la función de la notificación.

Mediante la publicidad y la discusión pública, de la que se ocupan con anticipación algunos de los numerosos grupos que participan en la demostración, se informa a las autoridades competentes sobre el lugar y la hora, así como sobre las particularidades ideológicas. A su vez, la notificación tiene sentido también para las grandes demostraciones, porque la imposición de condiciones presupone la existencia de destinatarios. Además, ello posibilita el contacto, vinculado a la notificación, más allá del conoci-

miento mutuo, así como un diálogo y una cooperación, a lo cual, por los motivos expuestos, las autoridades deben estar dispuestas y que también se aconseja para el caso del propio interés de los manifestantes. De este modo se hacen evidentes los intereses contrapuestos, las eventuales situaciones conflictivas, y las responsabilidades mutuas. Adicionalmente se aumenta la seguridad de los pronósticos y la capacidad de reacción de las autoridades competentes. La cuidadosa preparación de una demostración grande por los organizadores y las fuerzas del orden, así como la correspondiente cooperación, disminuyen el peligro de que la demostración se desarrolle en términos poco cordiales. En caso que se dé esa situación, se debe y se puede mantener en vigencia el deber de notificar. Debido a la diversidad de organizaciones, en el caso de las grandes demostraciones, la interpretación conforme a la Constitución de los §§ 14 y 15, párrafo 2 VersG, parece indicar la necesidad de llevar a cabo una notificación general y de nombrar un director, para el caso en que los grupos individualmente o las personas no se encuentren en condiciones de hacerlo. En realidad, el otorgamiento de un mandato por restringido que sea, y la disponibilidad a mostrarse favorable al diálogo y a tomar responsabilidades, deben tomarse en cuenta para el examen de posibles sanciones debido a la falta de la notificación. La falta de una persona que se ocupe de dar aviso tiene simplemente como consecuencia que la disposición de las autoridades competentes a intervenir en caso de problemas—en forma similar a como ocurre en las demostraciones espontáneas—pueda aumentar, en la medida que las autoridades por su parte, hayan hecho todo lo posible en cumplimiento de sus deberes procesales—por ejemplo mediante una oferta a cooperar de manera justa y equitativa—, para posibilitar el desarrollo pacífico de la demostración.

3. Principalmente en el caso de grandes demostraciones se plantea usualmente la pregunta que se hizo también en el proceso de primera instancia, acerca de si y bajo qué presupuestos los excesos de algunas personas o de una minoría justifican la prohibición de la demostración o su disolución debido a la amenaza inminente de la seguridad y el orden públicos de conformidad con el § 15 VersG.

a) La Constitución garantiza simplemente “el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas”. Con la exigencia de que la reunión debe ser “pacífica”, que ya se encontraba contenida en la Constitución de la Iglesia de San Pablo así como en la Constitución de Weimar, queda claro, por ejemplo, que de la naturaleza jurídica de la libertad de reunión se sigue el que se entienda como instrumento de las controversias intelectuales y de influencia en la formación de la voluntad política (véase también BGH, NJW 1972, p. 1571 (1573)). Las circunstancias en que se dieron los actos de violencia en el proceso de origen no dan ocasión para una detallada limitación entre los efectos tolerables y los comportamientos violentos. Se considera que un participante se comporta de modo no amistoso cuando él comete actos violentos contra personas o cosas. A efectos de evitar esto, debe existir un ordenamiento estricto que, una vez allanado el derecho del más fuerte—característico del Medioevo—, monopolice el ejercicio de la violencia en cabeza del Estado, y en interés de las minorías más débiles. Ésta es la condición previa

para la garantía de la libertad de reunión como medio para la activa participación en el proceso político y – como lo demostraron las experiencias con las luchas callejeras durante la República de Weimar–, por consiguiente, también irrenunciable para una democracia liberal, porque la defensa frente a los actos de violencia desencadena medidas restrictivas de la libertad. Los manifestantes pueden esperar mayores ganancias de un comportamiento pacífico, que de las confrontaciones violentas, que siempre finalizan con un sometimiento al Estado, perdiéndose así los fines que se perseguían.

b) La orden de prohibir una reunión no genera ningún problema constitucional, aun en caso de las grandes demostraciones, cuando se pronostica con una alta probabilidad que los organizadores y sus colaboradores proyectan actos de violencia, o que por lo menos aprueban un comportamiento de este tipo por parte de otras personas. Una demostración de esta clase, al ser considerada como no pacífica, no estará contemplada dentro de la garantía del Art. 8 de la Ley Fundamental; su disolución y su prohibición no pueden por tanto violar ese derecho fundamental. Similar claridad presenta la situación legal cuando los organizadores y sus seguidores, por el contrario, se comportan pacíficamente y las molestias provengan de personas externas (provocadores, opositores). Para estos casos se ha exigido en la respectiva literatura que las medidas administrativas se dirijan, en primer lugar, en contra de los perturbadores y que sólo se puede intervenir en contra de la manifestación en su totalidad, bajo los especiales presupuestos de la emergencia policial (Hoffmann-Riem, *op. cit.*, párrafos 23 y 53 en el Art. 8 de la Ley Fundamental; Dietel/Gintzel, *op. cit.*, párrafo 14 en el §14 a §15 VwvstG, véase v. München, *op. cit.*, párrafo 39 sobre el Art. 8 de la Ley Fundamental; Drosdzol, Grundprobleme des Demonstrationsrechts, JuS 1983, p. 409 [414]; Frowein, *op. cit.* [1084]).

Si no se teme la perturbación de la paz colectiva, y no se piensa que la demostración en su totalidad se va a desarrollar en forma violenta o sediciosa (véase §13, párrafo 1 VersG) o que los organizadores o sus seguidores persiguen un comportamiento de este tipo (véase §15, párrafo 3 VersG) o que por lo menos lo aprueban, entonces los participantes pacíficos conservarán la protección de la libertad de reunión, que se garantiza constitucionalmente a todo ciudadano, aun cuando otros manifestantes, en forma individual, o una minoría, cometan excesos (véase v. München, *op. cit.*, párrafo 18 sobre el Art. 8 de la Ley Fundamental; Herzog, *op. cit.*, párrafos 59 y ss., 89 y ss. sobre el Art. 8 de la Ley Fundamental; Hoffmann-Riem, *op. cit.*, pp. 229 y 234; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 6ª ed., 1983, párrafo 4 sobre el Art. 8). Si el comportamiento no pacífico de un individuo conduce a la supresión del derecho fundamental de la totalidad de los participantes en la manifestación y no sólo de quien cometió el hecho, entonces estaría en las manos de éste cambiar el objetivo “funcional” de las demostraciones y, en contra de la voluntad de los demás participantes, volverla violatoria de la ley (en este sentido OVG, Saarlouis, DÖV 1973, p. 863 [864 y ss.]); en la práctica toda demostración grande puede ser susceptible de ser prohibida, ya que casi siempre se puede tener “conocimiento” sobre planes no pacíficos de una parte de los participantes.

La protección efectiva del Art. 8 de la Ley Fundamental se debe llevar a cabo en la aplicación de las normas que limitan el derecho fundamental (para las medidas sancionatorias y el arresto en caso de una demostración que se llevó a cabo parcialmente en forma no pacífica (véase BGHSt 32,165 [169]; BGHZ 89, 383 [395]; ver además las decisiones de la Comisión Europea para Derechos Humanos, EuGRZ 1981, p. 216 [217]). La garantía de los derechos humanos que se encuentren bajo reserva de ley no excluye el que con fundamento en el §15 VersG se puedan dictar medidas administrativas en contra de la demostración en su totalidad, para la protección de la seguridad pública, que pueden llegar a la prohibición de la misma. Sin embargo se debe considerar optar por la disolución posterior, que les dé a los participantes pacíficos la oportunidad de ejercer su derecho fundamental sin coartarlo anticipadamente y que deje que los organizadores se encarguen de aislar a los participantes no pacíficos. La prohibición preventiva de la totalidad de la manifestación, porque se teme que se cometan excesos por parte de una minoría con una orientación hacia la violencia, es por el contrario posible, sólo bajo estrictos presupuestos y bajo la aplicación conforme a la Constitución del §15 VersG. Dentro de éstos se encuentra la alta probabilidad del pronóstico (véase OVG, Saarlouis, DUV 1973, p. 863 [864]; BayVGH DÖV 1979, p. 569 [579]; en forma similar Schwable, *op. cit.*, p. 229 y Drosdzol, *op. cit.* [415]), así como el agotamiento previo de todos los medios que sea razonable aplicar, que posibiliten el desarrollo de los derechos fundamentales de los manifestantes pacíficos (por ejemplo, mediante limitaciones espaciales de la prohibición). La prohibición de la totalidad de una demostración presupone especialmente, como *ultima ratio*, que los medios menos drásticos, como la cooperación con los manifestantes pacíficos para evitar el peligro, han fracasado, o que una cooperación, por los motivos que los manifestantes persiguen, fue imposible. Si con base en estas circunstancias se considera necesaria la prohibición total de carácter preventivo, resulta entonces que, para el caso de las grandes demostraciones con un gran número de participantes pacíficos, es necesario que antes de imponer una medida tan extraordinaria y agresiva, se informe con un plazo que permita discutir los peligros que se temen y las medidas adecuadas para combatirlos.

63. Sentencia BVerfGE 85, 69 [Manifestación sin notificación previa]

1. El §14⁴⁵ de la Ley sobre Reuniones se tiene que interpretar a la luz del Art. 8 de la Ley Fundamental de conformidad con la Constitución, en el sentido de que las reuniones de urgencia deben ser notificadas tan pronto como sea posible.

⁴⁵ §14. (1) Quien tenga la intención de celebrar una reunión pública al aire libre o una manifestación, tiene que notificarlo a más tardar con 48 horas de anticipación, ante las autoridades competentes informando sobre el objeto de la manifestación o la reunión.

2. *El §26, párrafo 2 de la Ley sobre Reuniones cumple también para las reuniones de urgencia los requisitos del mandato de certeza (Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental).*

Sentencia de la Primera Sala, del 23 de octubre, 1991
–1 BvR 85 O/88–

El recurrente ha sido condenado por haber llevado a cabo una reunión al aire libre sin previa notificación. En contra de esto elevó un recurso de amparo.

[...] el plazo de 48 horas para notificar la reunión previsto en el § 14 de la VersG, no suscita ningún tipo de objeción constitucional.

El § 14 VersG requiere efectivamente de una restricción. El deber de notificar se extiende de conformidad con su tenor sin diferencia alguna, a todas las reuniones al aire libre. Esto sin embargo, no se aplica a las reuniones espontáneas, como ya lo había establecido el Tribunal Constitucional Federal. Dentro de éstas se entienden las reuniones que se desarrollan por un motivo momentáneo, no planeado, y sin organizador. La notificación es imposible aquí por razones fácticas. La insistencia en el deber de notificar del § 14 VersG conllevaría consecuentemente a la imposibilidad de llevar a cabo reuniones espontáneas. Esto no sería compatible con el derecho fundamental de la libertad de reunión (véase BVerfGE 69, pp. 350 y ss.).

Por el contrario, hasta ahora no se ha decidido cuál ha de ser el comportamiento con relación a las reuniones de urgencia. Dentro de éstas se encuentran en general las reuniones urgentes, que, a diferencia de las reuniones espontáneas, sí se planean y tienen un organizador, pero sin tener que ser notificadas dentro del plazo contemplado en el § 14 VersG. Si se conservara también para éstas el plazo previsto en el § 14 VersG, esto tendría como consecuencia que las reuniones de urgencia fueran de antemano inadmisibles. Este resultado sería, sin embargo, incompatible con el derecho fundamental a la libertad de reunión.

En forma diferente a como ocurre en el caso de las reuniones espontáneas, en el caso de las reuniones de urgencia la notificación no es imposible, pero sí el cumplimiento del plazo. De ahí que no se requiera una renuncia a la notificación, sino simplemente, una disminución del término teniendo en cuenta el tipo de reunión. Las reuniones de urgencia se tienen que notificar, de acuerdo con la interpretación conforme a la Constitución del § 14 VersG, en la medida que sea posible. Ésta se debe hacer, por lo general, al mismo tiempo que se toma la decisión de hacer la reunión.

El derecho fundamental a la libertad de reunión no se menoscaba con esta interpretación. El peligro de que una interpretación conforme a la Constitución del § 14 VersG, que no modifica en nada el tenor de la disposición, los potenciales organizadores se desanimen ante el temor de una sanción legal por la organización de la reunión de urgencia, es muy difícil de evaluar. Esto no conduce obligatoriamente a renunciar a

la interpretación conforme a la Constitución, y en lugar de ello, a declarar la incompatibilidad del §14 con el Art. 8 de la Ley Fundamental.

El que el §14 VersG requiera de una interpretación conforme a la Constitución, no priva a la disposición penal del §26, párrafo 2 VersG,⁴⁶ que se relaciona con ella, la certeza que se requiere. La interpretación conforme a la Constitución del §14 VersG no extiende la circunscripción de los comportamientos penalizables, sino que la reduce. Para las reuniones espontáneas suprime el deber de notificar. Para las reuniones de urgencia recorta el plazo para la notificación. En este caso, en consecuencia, la sanción no se puede apoyar en la omisión de la notificación. La omisión en la notificación es relevante en la medida que hubiere existido la posibilidad de llevarla cabo. De ahí que no se requiera añadirle nada nuevo a las circunstancias del hecho, sino más bien, moderar las disposiciones existentes con relación al plazo. La norma sin embargo lleva igualmente a expresar que las reuniones, en las cuales no se puede cumplir el plazo del §14 VersG, no se encuentran tampoco liberadas del deber de notificar. Para los destinatarios de la norma existe, con la claridad exigida en el Art. 103 de la Ley Fundamental, el riesgo de la sanción en caso de no notificar.

§ 15. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN - ARTÍCULO 9 (3) DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 9

[...]

3. Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las que se adopten en virtud de los artículos 12 a, 35 apartado 2 y 3, 87 a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con fines de salvaguardia y promoción de las condiciones económicas y de trabajo.

64. Sentencia BVerfGE 19, 303 [Estación Central de Dortmund]

1. *El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental garantiza a los miembros de una asociación sindical el derecho a participar en las actividades de su asociación, protegidas constitucionalmente.*

⁴⁶ §26. Quien como organizador o director (2) lleve a cabo una reunión pública al aire libre o una manifestación sin notificación (§14), será sancionado con pena privativa de la libertad de hasta un año, o con multa.

2. *El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental protege el ámbito de la actividad de las asociaciones sindicales en materia de representación en el consejo de personal.*
3. *La propaganda sindical para la elección del consejo de personal está protegida constitucionalmente tanto en el lugar de trabajo como durante el tiempo de servicio.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 30 de noviembre, 1965

–2 BvR 54/62–

El recurrente es funcionario público y ocupa el cargo de capataz de carga y descarga del ferrocarril alemán, en la estación central de Dortmund. Además, es miembro del Sindicato de Ferrocarrileros Alemanes. En las elecciones de representantes del consejo de personal, el 15/16 de febrero de 1960, repartió fuera de su tiempo de trabajo, en las instalaciones de la estación central de Dortmund, volantes del sindicato, en los cuales se criticaba la política salarial de la Federación Alemana de Funcionarios Públicos. Ésta había renunciado con ligereza a un aumento salarial en medio de las difíciles negociaciones sobre sueldos de los empleados públicos. Por eso, los funcionarios del ferrocarril federal debían elegir a los candidatos del Sindicato de Ferrocarrileros Alemanes en vez de elegir a los candidatos del Sindicato de Funcionarios de los Ferrocarriles Alemanes, de la Federación de Funcionarios Públicos Alemanes (en adelante: Sindicato de los Funcionarios de los Ferrocarriles Alemanes). Algunos de los volantes los entregó el recurrente diciendo: “Mira cómo trabaja tu asociación”, y lo entregó al capataz de carga y descarga E., quien se ocupaba del dique de cierre y era miembro del Sindicato de Funcionarios de los Ferrocarriles Alemanes. Éste llevó el volante al inspector del ferrocarril federal W [...], ya que el presidente zonal de su sindicato HW [...] se encontraba en una salida de control; éste discutió con el recurrente y le censuró que la distribución de los volantes no era compatible con el reglamento del servicio.

El recurrente fue sancionado mediante resolución disciplinaria expedida por el director administrativo de la estación central de Dortmund, de fecha 25 de abril de 1960, debiendo pagar una multa por valor de 5 marcos alemanes, por violación del §7, párrafo 2, frase 1 de las “Directrices Generales del Servicio para los Funcionarios del Ferrocarril Federal” Edición 1958 - ADB, expedida mediante la Resolución de la Administración del Ferrocarril Alemán del 11 de noviembre de 1954. Esta disposición establecía:

“El ejercicio del servicio no puede ser perturbado mediante la divergencia de opiniones personales, especialmente de tipo político, religioso o sindical”.

El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental garantiza a las asociaciones sindicales y a sus miembros el derecho a ocuparse de la representación del personal. Dentro de éste se encuentra también la posibilidad de hacer propaganda para las elecciones al consejo de personal, en el sitio de trabajo.

El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental protege no sólo el derecho de asociarse que tiene cualquier persona o profesional, incluyendo a los funcionarios públicos, sino además la asociación sindical como tal, y su derecho a perseguir los objetivos fijados en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, mediante actividades específicamente relacionadas con la asociación, principalmente las de promover y garantizar las condiciones laborales y económicas (BVerfGE 4, 96 [101 y ss., 106]; 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, sin embargo, asegura también el derecho del particular a participar en el ámbito de las actividades específicas de la asociación, que se encuentran protegidas constitucionalmente (véase BVerfGE 17, 319 [333] y Wengler, *Die Kampfmaßnahmen im Arbeitsrecht*, 1960, pp. 47 y ss., así como el §91 de la Ley Fundamental BBG).

El derecho fundamental de la libertad de asociarse puede proteger sólo aquellas actividades de la asociación sindical que sirven a los fines de la asociación citados en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental [...]

Si la actividad del consejo de personal sirve principalmente para proteger y promover las condiciones del servicio y si la actividad de los sindicatos para el caso de los representantes del personal se encuentra reconocida expresamente en la ley mediante la atribución de competencias, y si además se ha previsto como indispensable para una efectiva representación del personal, entonces la actividad de los sindicatos en la representación del personal sirve también para la protección y promoción de las condiciones del servicio. A esto no se le opone el que los sindicatos busquen influir no de manera directa, sino indirecta –sobre el consejo de personal y su elección– en las condiciones del servicio. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no hace ninguna distinción respecto de si las asociaciones sindicales emprenden la protección y promoción de las condiciones económicas y laborales de manera directa o indirecta.

El Art. 9 le garantiza a las asociaciones el derecho a establecer las condiciones laborales y económicas, mediante convenios colectivos (BVerfGE 4, 96 [106]; 18, 18 [26]). Es discutible si las garantías constitucionales del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental protegen también las actividades de las asociaciones que tienen por objeto proteger y promover las condiciones laborales y económicas, de manera diferente como puede ser mediante la celebración de un convenio colectivo. El Tribunal Constitucional Federal, en la sentencia del 14 de abril de 1964 (BVerfGE 17, 319 [333]), dejó abierta la cuestión sobre las actividades de las asociaciones en las representaciones de personal. Para el asunto que aquí se discute, la respuesta debe ser afirmativa.

La actividad de las asociaciones, protegida mediante el derecho fundamental a la libertad de asociación, puede ser determinada sólo de acuerdo con las disposiciones especiales del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental; el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental no debe considerarse aquí (véase BVerfGE 6, 32 [37]; 9, 73 [77]; otras remisiones: Nipperdey, *op. cit.*, 108 y ss.; BAG, JZ, 1964, 373 [374]). Para la determinación de la envergadura del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental se debe tener en cuenta el desarrollo histórico (véase BVerfGE 4, 96 [101 y ss., 106, 108]; 18, 18 [28 y ss.]) [...]

La libertad de asociación se vería despojada del sentido que ha ganado históricamente, si la actividad de las asociaciones sindicales en las representaciones de personal no estuviera protegida mediante el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 4, 96 [102,106]).

Si la actividad de las asociaciones cae dentro del ámbito protegido en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, entonces la actividad propagandística de las asociaciones para la elección de los consejos de personal también debe estar protegida por la Constitución. Dentro de las funciones del consejo de personal está la protección y la promoción de las condiciones del servicio. Con estas consideraciones se debe proteger la finalidad de las asociaciones sindicales circunscrita en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, de influir en la elección de los consejos de personal [...]

La campaña electoral para la elección del consejo de personal, que justifique el sentido de tales elecciones, no se puede llevar a cabo fuera de las puertas del lugar de trabajo, o fuera del servicio, en la esfera privada de los electores. Por consiguiente, también la propaganda sindical para las elecciones del consejo de personal, en el lugar y durante el tiempo de trabajo, se encuentra, en principio, protegida constitucionalmente.

El sentido de una campaña electoral de este tipo se perdería también si se le prohibiera a una asociación o a sus miembros, elevar críticas en contra de las otras asociaciones. Una campaña electoral es impensable sin la contradicción de opiniones. Es inevitable y se debe aceptar que los miembros de otros sindicatos reaccionen rechazando tales expresiones.

La estructuración y posterior reglamentación del derecho de los sindicatos, para participar en la representación del personal, son sin embargo asunto del legislador. Esto no se diferencia de lo que ocurre con el poder tarifario de las coaliciones, garantizado en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 4, 96 [107 y ss.]; 18, 18 [27]). El legislador puede tener en cuenta, para esa reglamentación, las funciones del servicio público y sus diferencias con la actividad de la empresa privada, así como las particularidades de los sectores del servicio público (BVerfGE 17, 319 [334]). Sin perjuicio del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental se puede determinar también que aquellas actividades de las asociaciones en el ámbito de la representación de personal son inadmisibles si el ejercicio del servicio, el cumplimiento de las funciones y deberes del servicio y el orden en los sitios de trabajo se ve afectado. Asimismo, es admisible por ejemplo, establecer restricciones a determinadas personas –por ejemplo, el director de la oficina, otros funcionarios de acuerdo con su cargo o los miembros del consejo de personal– en el ejercicio de la actividad propagandística de los sindicatos en las elecciones del consejo de personal; aquí puede quedar abierto señalar qué tan amplias pueden ser esas restricciones. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental protege en el caso de los consejos de personal sólo un ámbito restringido de la actividad de las asociaciones (véase BVerfGE 4, 96 [106,108]; 17, 319 [333 y ss.]; 18, 18 [27]). Ese ámbito se afectaría y se violaría el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, si la propaganda para las elecciones del consejo de personal se sometieran a restricciones que no tengan

que ver o no se requieran para garantizar el sentido y finalidad de las libres elecciones del consejo de personal (véase también §21 PersVG), el cumplimiento de las funciones del servicio, el orden en el lugar de trabajo o el bienestar de los servidores públicos (véase BVerfGE 18, 18 [27]). La prohibición general de hacer propaganda sindical para las elecciones del consejo de personal, en el ámbito del servicio público, no se encuentra por consiguiente justificada.

El derecho fundamental a la libertad de asociación sindical garantizado a cada persona y a todos los empleados, lo tienen también los funcionarios públicos (véase §91 BBG). Queda, sin embargo, por examinar, si ese derecho fundamental se encontraba restringido o si se podía restringir respecto del recurrente como funcionario público. Unas restricciones del derecho fundamental muy amplias se pueden justificar, mediante el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental (véase Ule, "Öffentlicher Dienst", en Bettermann-Nipperdey, *Die Grundrechte*, t. IV/2, p. 537 [615 y ss.] con más referencias). La prohibición general de que los funcionarios públicos participen activamente en las asociaciones sindicales, sin embargo, no pertenece a los principios atribuidos a la profesión de servidor público, y tampoco se exige mediante el sentido y la finalidad de la relación del servicio. De conformidad con el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental son admisibles sólo aquellas restricciones a los derechos fundamentales, que se requieren para cumplir con el sentido y la finalidad de la condición concreta del funcionario público (§2 BBG).⁴⁷ No se ha especificado en qué medida de la condición de funcionario público que ostenta el recurrente, como capataz de carga y descarga del ferrocarril federal, se puedan derivar tales restricciones a su actividad sindical (véase también, *Bayerischer Dienstrathof, Zeitschrift für Beamtenrecht*, 1962, 396 [397]).

Esto da como resultado que una prohibición general de desarrollar actividades de propaganda sindical en el ámbito del servicio para las elecciones del consejo de personal, que se dirige en contra de otras asociaciones sindicales, no se le pueda imponer a un funcionario público, sin violar el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental se viola también cuando un tribunal infiere una regla general, que considera en consonancia con el derecho fundamental, mediante la interpretación de una prohibición de este tipo. Esto, sin embargo, es lo que hizo la Sala Disciplinaria de la Federación; su sentencia se apoya en esa interpretación, que desconoce los alcances del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La decisión de la Sala y la resolución disciplinaria, que fue confirmada mediante sentencia, son por consiguiente revocadas.

⁴⁷ §2. (1) Servidor público federal es quien se encuentra en una relación de derecho público (condición de funcionario público) con la federación o con corporaciones indirectas de la federación, establecimientos o fundaciones de derecho público. (2) El funcionario que tiene a la federación como patrono, tiene el carácter de servidor público federal directo. El funcionario que tiene como patrono una corporación federal indirecta, establecimiento o fundación de derecho público, es un servidor público federal indirecto.

65. Sentencia BVerfGE 42, 133 [Propaganda electoral]

2. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no protege la propaganda electoral de una asociación sindical en el desarrollo de elecciones políticas generales.

Sentencia de la Primera Sala, del 28 de abril, 1976

–1 BvR 71/73–

La publicación de convocatorias sindicales para las elecciones municipales no se encuentra comprendida dentro de la protección especial que le da la Constitución a la actividad sindical (Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental), y que invoca el recurrente.

Las asociaciones sindicales son libres, en el marco de las leyes vigentes, para determinar ellas mismas en qué forma quieren promover las condiciones laborales y económicas de sus miembros. La especial protección constitucional que provee el Art. 9, párrafo 3 frase 1 de la Ley Fundamental está dirigida a actividades específicamente de carácter sindical (véase BVerfGE 17, 319 [333]; 18, 18 [26]). Por consiguiente, la protección de la Constitución abarca actividades que van más allá de la estructuración de las condiciones laborales y económicas, mediante las convenciones colectivas (véase BC 19, 303 [313 y ss.]). Sí, y en qué medida es esto válido, como lo sugiere el recurrente, para las actividades políticas de las asociaciones sindicales, no se tiene sin embargo que decidir aquí. Pero, en todo caso, la propaganda electoral de una asociación sindical para las elecciones políticas de carácter general no se encuentra protegida por el Art. 9, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

La aceptación de una protección constitucional especial para la propaganda política de los grupos individuales sería incompatible con el carácter de las elecciones desde la perspectiva de la representación popular en la federación, en los Estados, circuitos y municipios (Art. 38, párrafo 1, frase 1, Art. 28, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental). A la democracia parlamentaria, como la ha determinado la Ley Fundamental, pertenece la igualdad de todas las fuerzas políticas, para buscar influir en las elecciones, y en la formación de la voluntad popular, ya se trate de grupos o de individuos.

Esa igualdad encuentra expresión constitucional en la igual protección de la propaganda en las elecciones políticas de carácter general, que se garantiza mediante el Art. 38, párrafo 1, el Art. 28, párrafo 1, frase 1, el Art. 28, párrafo 1, frase 2 y el Art. 5 de la Ley Fundamental. La aceptación de una protección constitucional para la propaganda política de un grupo individual, que va más allá, por ejemplo, de la garantizada por la función pública, llevaría a privilegiar aquellos grupos, que se oponen al principio fundamental de la democracia parlamentaria. La protección garantizada a través del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, de la actividad sindical específica no se puede aplicar en consecuencia a la propaganda de las asociaciones sindicales en las elecciones generales. Finalmente, ésta no pertenece al “ámbito central” de las actividades sindicales protegidas (véase BVerfGE 4, 96 [108]; 19, 303 [321]; 28, 295 [303]). La protec-

ción constitucional de la propaganda electoral de las asociaciones sindicales en las elecciones políticas generales, no es ni más fuerte ni más débil que las de la propaganda electoral de otros grupos.

66. Sentencia BVerfGE 28, 295 [Incorporación de miembros al sindicato]

1. *A la actividad garantizada constitucionalmente de las asociaciones sindicales y de sus miembros, pertenece también la aceptación de nuevos miembros. El legislador puede limitar el derecho a esa actividad, en la medida que se requiera para la protección de otros bienes jurídicos.*
2. *Es compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, prohibirle a los miembros del consejo de personal organizados sindicalmente, incorporar en horas laborales, en el lugar de trabajo, miembros para su sindicato.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 26 de mayo, 1970

[...]

67. Sentencia BVerfGE 50, 290 [Ley de Cogestión de los trabajadores]

La participación de los trabajadores en la administración de las empresas, de acuerdo con la Ley de Cogestión del 4 de mayo de 1976, es compatible con los derechos fundamentales de las sociedades comprendidas en la ley, de los accionistas y de las asociaciones de patronos.

Sentencia de la Primera Sala, del 1 de marzo de 1979 en la audiencia pública de 28, 29 y 30 de noviembre y 1 de diciembre de 1978 –1 BvR 532, 533/77, 419/8 y BvL 21/78–

El recurso de amparo y la sentencia de primera instancia del Tribunal Estatal, concuerdan en considerar incompatible la Ley de Cogestión con la libertad de asociación sindical, garantizada en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Ese derecho fundamental garantiza la institución jurídica de la libertad de negociación colectiva como tal, y sus presupuestos: la garantía de la libre conformación, la libertad de oposición y la independencia para la oposición de que gozan las asociaciones sindicales, no sólo los trabajadores sino también los empleadores [...]

El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental se viola mediante la Ley de Cogestión, porque la ley propicia la influencia de los rivales sociales en las asociaciones de los empleadores, con lo que perjudica la existencia y actividad de los sindicatos de emplea-

dores—en especial su capacidad y disponibilidad en el caso de conflictos laborales— y, en general, deja sin vigencia la función del sistema de negociación colectiva, que se encuentra garantizado.

Como lo señalan el tenor del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental y el desarrollo histórico, la libertad de asociación sindical es, en primer lugar, un derecho de libertad. Garantiza la libertad de reunirse en asociaciones para la promoción de las condiciones económicas y laborales y la persecución conjunta de esos fines (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]); ambas cosas las deben determinar los mismos participantes, bajo su propia responsabilidad, y libres de toda influencia del Estado. Los elementos de la protección son la libertad de asociación y afiliación, la libertad de ingresar y permanecer así como la protección de la asociación sindical como tal (BVerfGE 4, 96 [101 y ss.]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304] y su derecho a perseguir las finalidades citadas en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, mediante actividades específicas de carácter sindical (BVerfGE 19, 303 [312] con más referencias; 28, 295 [304]).

A esto pertenece la celebración de negociaciones colectivas, mediante las cuales las asociaciones regulan especialmente las condiciones salariales y algunas otras condiciones laborales de carácter material en un ámbito en el que el Estado se ha replegado ampliamente en su competencia reglamentaria, bajo su propia responsabilidad y esencialmente sin la influencia del Estado (BVerfGE 44, 322 [340] con más referencias); en esta medida la libertad de asociación sindical sirve para ordenar la vida laboral (BVerfGE 4, 96 [107]); véase también BVerfGE 18, 18 [27]). Como socio de los contratos colectivos, las asociaciones sindicales deben estar estructuradas libremente, sin opositores y organizadas con base en fundamentos empresariales (BVerfGE 18, 18 [28]), su estructura debe ser suficientemente independiente para que pueda representar adecuadamente los intereses de sus miembros en el campo laboral y social (BVerfGE 4, 96 [107]; 18, 18 [28]), y que reconozca como vinculante el derecho colectivo vigente (BVerfGE, *idem*). El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental le atribuye a las asociaciones sindicales, en principio, la elección de los medios que consideren más adecuados para alcanzar sus fines (BVerfGE 18, 18 [29 y ss., especialmente 32]).

Más allá de la libertad de asociación, garantizada de manera general en el Art. 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la libertad de asociación sindical requiere de una previa reglamentación legislativa, que contemple no sólo la creación de las instituciones legales y del complejo normativo que se requieren para poder ejercer las libertades garantizadas en el derecho fundamental. El significado y la serie de intereses que se ven afectados con la actividad de la asociación sindical, principalmente en el ámbito del ordenamiento económico y social, hacen muy necesarias las reglamentaciones legales, que también le puedan imponer restricciones a la libertad de asociación sindical; esto, tanto más que el objeto de la garantía se encuentra vinculado a condiciones económicas y sociales en transformación, que, a diferencia de otras libertades, requieren más de la posibilidad de poder transformarse y desarrollarse continuamente.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal, en su jurisprudencia reiterada, ha partido de que el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental protege la libertad de asociación sólo en su aspecto central (BVerfGE 19, 303 [321 y ss.] con más referencias; 28, 295 [304]; 38, 281 [305]; 38, 386 [393]). El derecho fundamental le despeja a las personas protegidas y asociaciones, sin un rango constitucional, un campo de actividad con un contenido ilimitado e ilimitable (BVerfGE 38, 386 [393]); más aún, es asunto del legislador determinar la envergadura de la libertad de asociación sindical, y estructurar y regular las competencias de las asociaciones sindicales en particular. Para tal efecto puede tener en cuenta los requisitos especiales del asunto que está reglamentando. Sin embargo, el derecho de que gozan las asociaciones para desarrollar su actividad, sólo puede ser sometido a aquellas restricciones que se requieren para proteger otro bien jurídico. Los reglamentos que no se encuentran justificados de esta forma, violan el contenido central de la actividad sindical, protegido mediante el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental (BVerfGE 19, 303 [321 y ss.]; 28, 295 [306]).

Esto es válido también para la garantía de la negociación colectiva. Éste es completamente general; comprende no sólo la especial instancia que ha logrado el sistema de negociación colectiva al momento de la entrada en vigencia de la ley sobre convención colectiva. Ésta le deja al legislador un amplio espacio de reglamentación (BVerfGE 20, 312 [317]) y le crea con esto la posibilidad de adaptar los presupuestos de la capacidad negociadora a la realidad social, de modo que las asociaciones sindicales puedan cumplir sus funciones (BVerfGE, sentencia citada, p. 318). En efecto, el derecho fundamental a la libertad de asociación sindical prohíbe hacer depender la capacidad de negociación colectiva de circunstancias que no se exigen de los asuntos mismos, sino de las funciones de ordenar y satisfacer la vida laboral, que se fundan en intereses generales (BVerfGE 18, 18 [27]). El legislador, después de esto, no se encuentra limitado a un adecuado desarrollo del sistema de negociación colectiva; su poder reglamentario encuentra sus límites en el ámbito central, garantizado constitucionalmente, de la libertad de asociación sindical: la garantía de un sistema de negociación colectiva, protegido y regulado legalmente, cuyos miembros deben asociarse libremente, en el sentido del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental (BVerfGE 4, 96 [108]; véase también BVerfGE 38, 281 [305 y ss.]).

Los §§ 7, 27, 29 y 31 MitbestG no intervienen en el ámbito central protegido mediante el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, de la libertad de asociación sindical. Éstos no afectan la libertad de crear asociaciones y pertenecer a ellas, así como la garantía de una actividad sindical libre de la intervención estatal. Ellas añaden al sistema de la convención colectiva, en forma no violatoria de la Constitución, una forma adicional para la promoción de las condiciones laborales y económicas. Ellas restringen el principio de la independencia de contradicción en forma no inadmisibles. Tampoco se puede partir de que ellas puedan conducir a la incapacidad funcional de la autonomía de la negociación colectiva.

La libertad de crear asociaciones sindicales, y la libertad de entrar a formar parte de ellas, de retirarse o de permanecer en ellas, no se verán afectadas con las disposiciones impugnadas. Éstas se aplican también a las asociaciones sindicales de los patronos [...]

La cuestión de la compatibilidad de las reglas impugnadas y sometidas a revisión, con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental puede afectar sólo la garantía contemplada en el derecho fundamental en lo que concierne al sistema de negociación colectiva.

Éste se conserva –sin modificación legal–. Si la Ley de Cogestión junto al sistema de negociación colectiva, como forma ampliada de la promoción de las condiciones laborales y económicas, fomenta la cogestión empresarial, entonces no estará en contraposición con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

El derecho fundamental no garantiza, como se ha señalado, la existencia del sistema de negociación colectiva y conflictos laborales, en su actual configuración en concreto. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no se puede interpretar en forma que garantice un sistema de negociación colectiva como forma *exclusiva* de la promoción de las condiciones laborales y económicas. Esto estaría en contradicción con la idea fundamental y el desarrollo histórico de la libertad de asociación sindical, que le atribuyen un adecuado significado para la interpretación.

Como derecho de libertad, el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental garantiza, en un espacio libre de reglamentación estatal, que los participantes puedan determinar bajo su propia responsabilidad cómo quieren promover las condiciones laborales y económicas. No reconoce que esto sólo sea posible por la vía de la negociación colectiva, en la medida que una solución de este tipo lleva a una restricción de la libertad garantizada. Más aún, el orden y satisfacción de la vida laboral, como lo establece el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se pueden alcanzar de diferentes formas: no sólo mediante estructuras que, como el sistema de negociación colectiva, se determinan a través de los elementos fundamentales de la divergencia de intereses, del conflicto y de la lucha, sino también, mediante aquellas que, en el fondo, permiten un acuerdo de cooperación, aun cuando no excluya conflictos y su solución. La segunda vía también permite justificar la labor de la satisfacción [...]

En esa medida debe tomarse en consideración, en primer lugar, si en caso de controversia entre la cogestión y el sistema de negociación colectiva, la independencia del socio en la negociación colectiva se sigue garantizando suficientemente en forma tal que el opositor, de acuerdo con toda su estructura, sea lo suficientemente independiente para representar adecuada y efectivamente los intereses de sus miembros en el campo social y económico.

Si no puede determinarse con seguridad, y en qué medida, la Ley de Cogestión abre las asociaciones de empleadores a la influencia de los sindicatos o la de los trabajadores. Una influencia de este tipo no es evidente para el acatamiento de la normatividad legal; esto, sin embargo, no se puede excluir por completo. La limitación de la in-

dependencia de los contrarios en las asociaciones de empleadores, que se pueden originar de esto, no interviene, sin embargo, en el ámbito central del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

La exigencia de la independencia de las asociaciones de empleadores sirve, ante todo, a los intereses de sus empresas. A tener en cuenta estos intereses se encuentran obligados también los miembros de los órganos de representación de las empresas participantes. Por tanto, tienen que cumplir sus funciones en interés de las empresas, independientemente de los posibles conflictos personales o los conflictos de interés (véase §93 AktG, §43 GmbHG, §34 GenG); esto se aplica también a los directores laborales previstos en el §33 de la Ley de Cogestión. El ordenamiento legal pone a disposición los medios para sancionar el incumplimiento de ese deber. Lo mismo se aplica a las funciones que se les atribuyen a los miembros de los órganos de representación en el marco del sistema de negociación colectiva.

Hasta aquí se ha partido básicamente para la revisión constitucional de que el representante de las empresas cogestionadas se debe comportar en las asociaciones de empleadores y sus gremios de conformidad con ese deber legal, que les prohíbe garantizar los intereses de la contraparte; a ella no se le puede atribuir el comportamiento ilegal de los participantes. Sin embargo, en un caso en particular se suscita la duda acerca de ese deber legal; tampoco se puede excluir que las opiniones divergentes respecto a las ideas y formas de pensar que se determinan aquí, se encuentren influenciadas por los planes y experiencias de vida de los participantes, y en esta medida no se pueden acercar los accionistas ni los trabajadores.

A pesar de la gran importancia que tienen las empresas cogestionadas en las asociaciones de empleadores, se disminuye en forma evidente la influencia por parte de los trabajadores y sindicatos, proveniente de las empresas participantes, sobre las asociaciones de patronos y de éstas sobre las asociaciones de sindicatos de patronos. Finalmente, no puede dejar de considerarse que las asociaciones de empleadores pertenecen también a empresas no cogestionadas. En esa situación el posible grado de influencia de los trabajadores en las asociaciones de empleadores y sus asociaciones se encuentra considerablemente por debajo del grado de influencia que se les atribuye a los trabajadores en las empresas cogestionadas. Se debe también tener en cuenta que está en manos de las convenciones colectivas, debilitar o eliminar la influencia de los trabajadores y sindicatos, mediante los estatutos legales.

Según esto, la influencia que aún resta no pone en duda en principio la independencia del contradictor en los sindicatos de patronos y es, por consiguiente, compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

68. Sentencia BVerfGE 84, 212 [Cierre patronal - Aussperrung]

1. *La libertad de asociación sindical (Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental) se aplica tanto a los trabajadores como a los empleadores. Protege también la existencia de las asociaciones sindicales y las actividades que desarrollan para la conservación y promoción de las condiciones económicas y laborales. En la medida en que la persecución de los fines de la asociación sindical dependa del empleo de determinados medios, éstos también son protegidos por el derecho fundamental.*
2. *Dentro de los medios protegidos por el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se cuentan también las medidas para la lucha laboral encaminadas a conseguir la celebración de los contratos colectivos. En esa misma medida, tales acciones se encuentran comprendidas dentro de la libertad de asociación sindical, debido a que son necesarias para asegurar la funcionalidad de la autonomía tarifaria. En estas circunstancias, la protección conferida por la Ley Fundamental abarca también la suspensión de la relación laboral por parte del patrón (Aussperrung, “paro técnico”), la cual tiene efectos suspensivos y tiene por objeto restablecer la paridad negocial en las huelgas parciales o huelgas de un sector determinado.*
3. *La libertad de asociación sindical puede ser restringida con el objeto de proteger los derechos fundamentales de terceros y otras personas que ostentan derechos dotados de rango constitucional. Esto requiere, sin embargo, de una estructuración en el ordenamiento jurídico, en la medida que la relación de las partes en la negociación colectiva se afecte entre sí.*
4. *La limitación de las medidas de lucha laboral, que tiene como objetivo la producción de un equilibrio negocial (paridad negocial) en caso de controversia en la negociación colectiva, es compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Los cierres patronales para la defensa frente a la huelga parcial, o que tienen por objeto un aspecto específico, se pueden restringir, por tanto, con fundamento en el principio de proporcionalidad.*
5. *El Tribunal Federal Laboral no ha violado por tanto la Constitución (Art. 9, párrafo 3, Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental) al haber desarrollado el principio del derecho al conflicto laboral, sin apoyarse en un sistema reglamentado legalmente.*

Resolución de la Primera Sala del 26 de junio de 1991
–1 BvR 779/85–

El recurso de amparo se dirige en contra de una sentencia del Tribunal Federal Laboral, que ha considerado como ilegal la decisión de cierre adoptada por la recurrente, en un conflicto laboral en el que participaban asociaciones de patronos.

El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no se ha violado. La sentencia impugnada interviene ciertamente en la libertad de asociación sindical de la recurrente. La intervención, sin embargo, es compatible con la Ley Fundamental.

1. La libertad de asociación sindical es válida de conformidad con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental para todas las personas y profesiones. A pesar de que históricamente fue conquistada y la han ostentado los trabajadores, no se estructuró como un derecho fundamental exclusivo de los trabajadores, sino que está abierto también a los empleadores. En este mismo sentido lo contempla la Ley Fundamental, siguiendo la reglamentación de la Constitución de Weimar (Art. 165).⁴⁸ El derecho fundamental no se restringe tampoco a la libertad de los particulares de crear una asociación de este tipo, de entrar o permanecer en ella, o de abandonarla. Protege además la asociación sindical misma en su existencia, organización y actividad, en tanto que ésta consista en la promoción y protección de las condiciones sociales y económicas. A pesar de que esto no se dice expresamente, al contrario de lo que ocurría en la Constitución de Weimar, sin embargo se deduce de la adopción de los fines de la asociación en la esfera de protección del derecho fundamental (véase BVerfGE 4, 96 [101 y ss.]; 50, 290 [367]).

La finalidad esencial de las asociaciones sindicales protegidas en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, es la celebración de convenciones colectivas. De acuerdo con esto, para la Ley Fundamental las asociaciones deben ser libres (véase BVerfGE 44, 322 [341] con más referencias; 50, 290 [367]). La elección de los medios que consideren adecuados para alcanzar estos fines, lo deja la Ley Fundamental a la discrecionalidad de las asociaciones sindicales (véase BVerfGE 18, 18 [29 y ss.]; 50, 290 [368]). En la medida que la persecución de los fines de la asociación dependa del empleo de determinados medios, éstos serán contemplados dentro de la esfera de protección del derecho fundamental.

Dentro de los medios protegidos se encuentran también las medidas para la lucha laboral, que se dirigen a la celebración de un contrato colectivo. Ellas se contemplan en todo caso, dentro de la libertad de asociación sindical, en la medida que son necesarias para asegurar la funcionalidad de la autonomía de la negociación colectiva. A favor de esto se pronuncia el Art. 9, párrafo 3, frase 3 de la Ley Fundamental. Si el cierre patronal pertenece a los medios de lucha laboral protegidos, es un asunto que aún no ha decidido el Tribunal Constitucional Federal, ni tampoco el Tribunal Laboral Federal – así como la sentencia impugnada– (véase BVerfGE 38, 386 [394]; BAGE 48, 195 [203]). El Tribunal Laboral Federal considera, sin embargo, que el cierre patronal, como reacción a una huelga limitada parcialmente y en las circunstancias económicas dadas, es un medio indispensable para la prórroga del contrato colectivo. Esto no se discute desde el punto de vista constitucional.

⁴⁸ *Art. 165.* Los trabajadores y empleados son llamados a colaborar con los mismos derechos que los empresarios en la regulación de las condiciones de salario y trabajo, así como el desarrollo económico total de las fuerzas productoras. Se reconocen las organizaciones de ambas partes y sus convenios [...]

Qué tan ampliamente se encuentra protegido constitucionalmente el cierre patronal, no requiere de una decisión definitiva. La protección comprende en todo caso los cierres patronales del tipo de los que aquí se discuten, que se incluyen, con efecto suspensivo, en la defensa frente a las huelgas parciales – o de puntos de vista – para lograr la paridad negocial. Esta clase de cierres patronales no producen por lo general un perjuicio, ya que mediante el reconocimiento del derecho de huelga, el logro de la paridad negocial que se persigue, queda de nuevo a cargo del trabajador. Bajo qué presupuestos y en qué medida la asociación sindical puede introducir ese medio, protegido constitucionalmente, no es, al igual que para la huelga, un tema de la esfera de protección, sino de la reglamentación del derecho fundamental por parte del ordenamiento legal [...]

La sentencia impugnada limita la competencia de la recurrente para participar en un cierre patronal como reacción a una huelga parcial de los sindicatos. Con esto se genera una restricción a la libertad para ejercer actividades sindicales, garantizada en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Esa restricción, sin embargo, no es cuestionable constitucionalmente.

2. El Tribunal Laboral Federal no ha violado por tanto la libertad de asociación sindical de la recurrente, por el hecho de haber desarrollado los principios normativos sin apoyarse en un sistema reglamentado legalmente.

a) El Tribunal Laboral Federal no estaba impedido, por tanto, para delimitar legalmente la competencia para el cierre patronal de la recurrente, porque esto era asunto del legislador. La doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, de que el legislador debe tomar directamente las decisiones esenciales en las esferas normativas fundamentales (teoría de la esencialidad, véase por ejemplo, BVerfGE [126 y ss.] con más referencias), se aplica para la relación entre el Estado y los ciudadanos. Para el caso de intervenciones en la esfera de las libertades fundamentales el Estado se somete a la reserva de ley. En muchos ámbitos él puede actuar sólo cuando ha sido autorizado mediante una ley expedida por el Parlamento. La envergadura de ese principio la ha determinado la jurisprudencia con base en la teoría de la esencialidad.

En el presente caso se trata, empero, de la relación de portadores de derechos fundamentales, de igual orden. Ciertamente el Tribunal Constitucional Federal ha expresado en más de una ocasión que es “asunto del legislador” reglamentar la libertad de asociación sindical (BVerfGE 50, 290 [368 y ss.]; 57, 220 [245 y ss.]; en forma crítica sobre el deber de reglamentar: Jörn Pisen, *DVBl*, 1984 p. 1102 [1105]). Sin embargo, no se generan consecuencias para la solución de las controversias entre las asociaciones sindicales. Los tribunales, en caso de que los fundamentos legales sean insuficientes, deben derivar el derecho material de los principios del derecho de carácter general con base en los métodos reconocidos para determinar el derecho, que sean adecuados para el caso específico. Esto se aplica también allá donde una regla legal es necesaria, por ejemplo, debido a un deber de protección constitucional (véase BVerfGE 81, 242 [256]). Sólo así pueden los tribunales cumplir con el deber que les ha sido atribuido en la Ley Fundamental, de decidir jurídicamente todas las controversias jurídicas que se le sometan.

3. La decisión impugnada no viola tampoco el contenido del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

a) El derecho fundamental de la libertad de asociación sindical se garantiza sin reserva alguna. Sin embargo, esto no implica que se haya excluido de antemano cualquier posibilidad de someterlo a restricciones. Éstas se pueden justificar con base en los derechos fundamentales de terceros y de otras personas dotadas de derechos con rango constitucional (véase por ejemplo, BVerfGE 28, 243 [260 y ss.]; 30, 173 [193]; 57, 70 [98 y ss.]; jurisprudencia reiterada). Adicionalmente, la libertad de asociación sindical requiere de reglamentación en el ordenamiento legal, con el objeto de que la relación de las partes en la convención colectiva se desarrolle de tal modo que le permita gozar a ambas partes de la protección del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Si el legislador tiene una competencia reglamentaria amplia para la protección de determinados bienes jurídicos (véase BVerfGE 28, 295 [306]), no es un asunto que se tenga que profundizar aquí. Las restricciones previstas en la sentencia impugnada a la competencia para el cierre temporal se pueden justificar con la protección de los derechos fundamentales del trabajador, que se le contraponen.

El caso no da oportunidad para determinar con más precisión los límites del “núcleo central” inalienable de la libertad de asociación sindical (véase BVerfGE 4, 96 [106]; 17, 319 [333 y ss.]; 38, 386 [393]; 58, 233 [247]). Dentro de éstos se encuentran con seguridad, la capacidad que tienen ambos actores sociales de negociar entre sí, incluyendo al empleador, en caso de controversias en el contrato colectivo. En la sentencia impugnada, sin embargo, se cuestionó cómo podía conducir esta capacidad a una lucha laboral efectiva. Las restricciones a su derecho a realizar un cierre patronal, que se le impusieron a la recurrente, no violan ni el contenido esencial de la libertad de asociación sindical (Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental) ni intervienen, en forma inadmisiblemente el derecho fundamental (véase BVerfGE 55, 159 [163]).

b) En la medida que el mismo Tribunal Laboral Federal desarrolló los principios que le faltaban a las cuestionadas medidas sobre conflictos laborales, el Tribunal Constitucional Federal tiene que examinar si el legislador también hubiera podido expedir estos lineamientos legales sin violar el derecho fundamental de la recurrente (véase BVerfGE 59, 231 [256 y ss.]). Estos límites se pueden observar si la capacidad negocial de los empleadores, en el caso de controversias en convenciones colectivas, incluyendo la capacidad de llevar a cabo una lucha laboral efectiva, se garantiza y su actividad sindical no se restringe más de lo que exige la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Para medir esto, la sentencia impugnada tuvo en cuenta la situación actual del examen constitucional.

Desde el punto de vista constitucional no se cuestiona la opinión fundamental del Tribunal Laboral Federal, de que las medidas para la lucha laboral sirvieron para lograr un equilibrio negocial en el caso de controversias durante la negociación colectiva (paridad negocial) y que con esa finalidad deben ser evaluadas. Mediante ese principio se restringe el empleo de medidas para la lucha laboral sólo si con ello no se produce un

desequilibrio en las negociaciones colectivas. Una restricción tal es compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La autonomía de la negociación colectiva se utiliza, por tanto, para equilibrar la inferioridad estructural de los trabajadores individualmente en caso de celebrar un acuerdo laboral mediante una negociación colectiva y posibilitar así una estipulación equilibrada de salarios y condiciones laborales. En tanto que la lucha laboral conduzca a un desequilibrio, se perjudica la capacidad funcional de la autonomía de la negociación colectiva.

Las dudas en contra del principio de la paridad negociada elevadas por la recurrente no son procedentes. La capacidad del empleador para llevar a cabo una lucha laboral efectiva no puede ser puesta en duda mediante una reglamentación de la lucha laboral, que se orienta hacia el equilibrio negociado de las partes en la negociación colectiva. Mientras que el empleador no se vea impedido para utilizar los medios que se requieren para lograr este equilibrio, no se violará la libertad de asociación sindical. Ésta se puede estructurar de manera que se impida la posibilidad de un desequilibrio en las negociaciones. El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no garantiza la competencia ilimitada para emplear todas las formas pensables de lucha.

c) [...]. La decisión de cierre temporal afecta alrededor de 130 000 trabajadores frente a, por ejemplo, 4 300 huelguistas. La relación numérica es de treinta a uno. Con el cierre patronal se habría perdido en un día, más del doble de lo que se perdió en días de trabajo durante dos semanas de huelga sindical. El Tribunal Laboral Federal pudo tomar esto como motivo para clasificar como ilegal el cierre patronal, sin restringir en forma desproporcionada, mediante una valoración, la actividad sindical de la recurrente.

69. Sentencia BVerfGE 92, 365 [Sueldo para jornada laboral reducida]

1. *El §116, párrafo 3, frase 1 de la Ley de Promoción Laboral es compatible con la Ley Fundamental. Si como consecuencia de esa regla se generan desigualdades estructurales para las partes en el contrato colectivo de trabajo, que no permitan una negociación equilibrada de las condiciones sociales y económicas y que tampoco se puedan solucionar mediante la aplicación de la jurisprudencia, tendrá entonces el legislador que dictar las medidas necesarias para la protección de la autonomía en la negociación colectiva.*
2. *El derecho fundamental de la libertad de asociación sindical debe ser desarrollado por el orden jurídico en lo referente a la regulación de las relaciones entre los portadores de intereses contrapuestos. Al legislador se le atribuye por tanto un amplio campo de acción. Él tiene una prerrogativa para valorar si la paridad entre las partes del contrato colectivo de trabajo se ha distorsionado, y qué efectos tiene la reglamentación sobre la proporción de fuerzas.*

Sentencia de la Primera Sala de 4 de julio de 1995**–1 BvF 2/86 y 1, 2, 3, 4 /87 y 1 BvR 1421/86–**

Fundamentos:

A.

Las solicitudes de control normativo y los recursos de amparo se dirigen en contra de una reciente reglamentación de la Ley de Promoción Laboral (AFG), sobre la protección de prestaciones laborales en los establecimientos federales durante una huelga.

I.

1. Las disposiciones que se examinan regulan los presupuestos bajo los cuales las prestaciones extrasalariales (por lo general, subsidio de paro parcial) en el caso de las protestas laborales restringidas regionalmente, se paguen a los trabajadores de la misma rama en otros circuitos laborales, cuando éstos, como consecuencia de las medidas adoptadas en el marco de la lucha laboral, no sean ocupados provisionalmente. El § 116, párrafo 3 AFG ordena la suspensión de esos derechos cuando se establece para estos trabajadores una exigencia del mismo tipo y extensión, y los resultados de la protesta laboral se adoptan en su circuito tal y como se había previsto (principio de participación). Los numerales 5 y 6 contemplan reglas procesales complementarias.

a) Con fundamento en la situación existente antes de la expedición de las reglas que se someten a examen, en las huelgas que se hicieron y en las cuales participó la recurrente, se pagó el subsidio de paro parcial en los circuitos que no estuvieron en huelga. El legislador vio en esto una violación de la neutralidad del Ministerio Federal para el Trabajo en el caso de protestas laborales [...]

C.

La solicitud de control normativo y el recurso de amparo no se encuentran fundados. Las reglas sometidas a examen no violan –de momento– la libertad de asociación sindical de la recurrente y son compatibles en lo restante con la Ley Fundamental; esto es válido parcialmente, y sólo en caso de una interpretación conforme a la Constitución.

I.

El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no se viola con el § 116, párrafo 3, frase 1 AFG de la versión de la Ley de Neutralidad. La reglamentación afecta, sin embargo, la libertad de asociación de los sindicatos. Ella protege los límites de la competencia reglamentaria del legislador, atribuida constitucionalmente.

1 a) El derecho fundamental contemplado en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental es ante todo un derecho de libertad, que garantiza a los particulares la libertad de constituir asociaciones para promover las condiciones sociales y económicas, y perseguir ese fin conjuntamente. Para tal efecto, los participantes deben estar libres de la influencia estatal, a fin de poder decidir ellos mismos y bajo su propia responsabilidad. Pero también protege el derecho de las asociaciones mismas, de perseguir las finalida-

des citadas en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, mediante actividades sindicales específicas (véase BVerfGE 50, 290 [367] con otras notas). La elección de los medios, que las asociaciones sindicales consideren adecuadas para alcanzar esos fines, se las deja el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, en principio, a ellas mismas. El derecho fundamental protege además –como actividad sindical–, las medidas de protesta laboral orientadas a la celebración de contratos colectivos.

De acuerdo con esto, son comprendidas, en todo caso, dentro de la libertad de asociación sindical, en la medida que se requieran para asegurar la funcionalidad de la autonomía en las negociaciones sindicales (véase BVerfGE 84, 212 [224 y ss.]). Dentro de éstas se encuentra también el derecho de huelga (véase BVerfGE 88, 103 [114]).

b) El derecho fundamental de la libertad de asociación sindical requiere de la reglamentación a través del ordenamiento legal, en tanto que tenga como objeto las relaciones entre los portadores de intereses contrapuestos. Ambas partes de la convención colectiva gozan de la protección del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental en igual forma, pero en su ejercicio se contraponen [...] Se encuentran, además, protegidos frente a toda influencia estatal, cuando para la obtención de sus intereses contrapuestos emplean medios de protesta con efectos perjudiciales para los opositores y la comunidad en general. Esa protección requiere de reglas coordinadas que garanticen que los respectivos derechos fundamentales, a pesar de su contradicción, puedan coexistir. La posibilidad del empleo de medios de protesta presupone la existencia de condiciones marco que garanticen el sentido y la finalidad de esa libertad, así como su inclusión en el ordenamiento constitucional (véase BVerfGE 88, 103 [115]).

Para esa reglamentación el legislador cuenta con un amplio espacio de acción. La Ley Fundamental no prescribe cómo tiene que delimitar individualmente las posiciones contrapuestas. No establece tampoco la necesidad de optimizar las condiciones de la protesta. Básicamente le ha dejado a las partes en la convención colectiva, la adaptación de los medios de lucha a las cambiantes circunstancias, para que la contraparte pueda continuar y se puedan obtener convenciones colectivas equilibradas. De otra parte, el legislador no se encuentra impedido para modificar las condiciones marco de las luchas laborales, ya sea cuando se fundamentan en el bien común, ya sea cuando se trate de restablecer nuevamente la paridad que se había distorsionado (véase BVerfGE 84, 212 [228 y ss.]).

c) El espacio reglamentario del legislador encuentra sus límites en el contenido objetivo del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La autonomía del contrato colectivo debe permanecer como una esfera protegida, en la que las partes en el contrato colectivo puedan reglamentar sus asuntos bajo su propia responsabilidad y sin la influencia del Estado (véase BVerfGE 50, 290 [367]).

Su capacidad funcional no puede verse amenazada.

Las asociaciones sindicales deben poder cumplir sus fines reconocidos constitucionalmente, de proteger y promover las condiciones sociales y económicas de sus miembros, especialmente mediante la celebración de contratos colectivos. El sistema

de contrato colectivo tiene por objeto equilibrar la inferioridad estructural de los trabajadores individuales para la celebración de contratos laborales mediante negociaciones colectivas y, de este modo, posibilitar una negociación equilibrada de salarios y condiciones laborales. La autonomía del contrato colectivo es funcionalmente capaz sólo en la medida que entre las partes del contrato colectivo exista un equilibrio de fuerza –paridad– (véase BVerfGE 84, 212 [229]). Una reglamentación es incompatible en todo caso con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, cuando lleva a que no se garantice más en caso de controversia, la capacidad negocial de las partes en un contrato colectivo, incluyendo la capacidad para llevar a cabo una lucha laboral efectiva, y se restrinja adicionalmente la actividad sindical que se requiere para equilibrar los derechos fundamentales de ambas partes (véase BVerfGE 84, 212 [228 y ss.]).

Los criterios concretos, con base en los cuales se puede evaluar el equilibrio de las fuerzas de las partes en el contrato colectivo, no se pueden inferir del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental [...]

d) Para la valoración de la cuestión de si la reglamentación de los sindicatos reduce la capacidad de llevar a cabo una protesta laboral efectiva, se debe partir de la valoración que hizo el legislador. La fortaleza para protestar de una coalición de trabajadores depende de una serie de factores individuales, difíciles de abarcar y cuyos efectos son imprevisibles. No se pueden reconocer, sin más, las posibilidades que se le ofrecen a un sindicato, para adaptarse mediante formas especiales de conducir la protesta laboral, a las cambiantes circunstancias. En una situación tal, el legislador tiene la responsabilidad política para el correspondiente registro y valoración de los factores decisivos. El Tribunal Constitucional Federal no puede ocupar su lugar mediante una evaluación propia. Los límites de la inconstitucionalidad se traspasan cuando se señala de manera evidente que se ha presentado una evaluación de los vacíos o que las medidas impugnadas llevan de antemano a perturbar el equilibrio de las fuerzas o a agudizar el desequilibrio.

e) La valoración de la que parte el legislador –al momento de elaborar una reglamentación que pueda repercutir en las luchas laborales– puede ser inofensiva en un principio, y posteriormente demostrarse que había sido desacertada.

Los supuestos originalmente considerados como plausibles pueden invertirse con los desarrollos posteriores y frustrar las expectativas bien fundadas respecto de los efectos complejos. De este modo puede suceder que, a pesar de que la reglamentación se considera en un principio constitucional, posteriormente puede presentarse una perturbación de la capacidad funcional de la autonomía del contrato colectivo. Un desarrollo tal requiere de correctivos, debido a que presenta desequilibrios estructurales que impiden la negociación equilibrada de las condiciones laborales y económicas, y que no se puedan equilibrar dentro de los marcos de la jurisprudencia. El legislador se encuentra por tanto obligado a expedir medidas para la protección de la libertad de asociación sindical (véase BVerfGE 25,1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]).

2. Con base en esos criterios se ha llevado a cabo el examen de constitucionalidad de las normas impugnadas.

a) El principio regulatorio adoptado por que el legislador es compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

El legislador adoptó esta reglamentación porque era de la opinión de que con el pago del subsidio de paro parcial se intervenía a favor de los sindicatos en las controversias laborales, y de este modo se elevaba considerablemente su poder de lucha en forma desproporcionada y que la neutralidad del Ministerio Federal del Trabajo, se violaba mediante el pago del subsidio de paro parcial a los trabajadores que se encuentran fuera de los circuitos donde se llevan a cabo las huelgas, cuando éstos previsiblemente fueran a participar de los resultados que se perseguían con la huelga. La nueva reglamentación parte del principio de que el riesgo a perder el salario, en caso de luchas laborales, debe ser asumido por igual por aquellos trabajadores que no participan en la lucha laboral, ya que ellos están interesados en forma igual (o similar) en el éxito de los trabajadores huelguistas, porque éste probablemente también los beneficiará.

Esto no presenta objeción alguna desde el punto de vista constitucional. La participación es un criterio evidente para trasladar el riesgo de perder el salario, del seguro de desempleo al trabajador, cuyos intereses son acordes a los de sus colegas que se encuentran directamente en la lucha laboral. Evidentemente se toma ese acuerdo como argumento para la suspensión del subsidio de paro parcial.

b) En lo que respecta a las circunstancias del caso particular, el legislador parte del supuesto de que la recurrente, a consecuencia del alto grado de entrelazamiento de la producción en la industria metalúrgica, mediante la huelga en un circuito particular, fácilmente hubiera podido desencadenar interrupciones de la producción en otros circuitos tarifarios.

Ese supuesto no fue cuestionado por la recurrente y se confirmó durante la protesta laboral de 1984. Con este modo de conducir una protesta laboral se ejerce una fuerte presión sobre los empleadores. Los patrones que se ven afectados por los efectos a distancia y sus asociaciones regionales procurarán conminar a aquellos empleadores que se directamente afectados por la protesta laboral en la medida en que ellos mismos se encuentren expuestos a los perjuicios económicos causados por la suspensión de la producción. Igualmente plausible es el supuesto de que los trabajadores beneficiados por el subsidio patronal dejen de ejercer al interior del sindicato la presión interna que se requiere, disminuyendo su fuerza.

c) La evaluación valorativa del legislador de que la versión anterior del §116 AFG, mediante la interpretación que a esa disposición dio la jurisprudencia de los tribunales sociales y con fundamento en la jurisprudencia de los tribunales laborales sobre el riesgo salarial, originó un desplazamiento de la paridad, no se discute. Esta clase de valoraciones sobre asuntos complejos la lleva a cabo el legislador con base en su responsabilidad política de proteger el bien común.

No existe ningún indicio suficiente de que la capacidad funcional de la autonomía se vea perjudicada mediante la reglamentación que se examina en forma tal que se justifiquen las dudas constitucionales de la recurrente y de los solicitantes [...]

De acuerdo con esto no puede afirmarse que, tanto en lo que respecta a los fundamentos de hecho como de derecho, la reglamentación impugnada conduzca en futuras protestas laborales a una desigualdad de la capacidad de protesta de las partes en un contrato colectivo, de modo tal que las negociaciones no puedan ser posibles bajo unas bases aproximadamente equilibradas. Si esto ocurriera, tendría que exigírsele al legislador la expedición de las medidas correspondientes para garantizar la autonomía de la negociación colectiva. En tanto que esto no ocurra, sigue siendo función de los tribunales la aplicación e interpretación de las normas vigentes a la luz del Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

§ 16. INVIOLABILIDAD DEL CORREO Y TELECOMUNICACIONES - ARTÍCULO 10 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 10

1. Será inviolable el secreto de la correspondencia, así como el del correo y los telégrafos.
2. Sólo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho. Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado regional, podrá la ley disponer que no se comunique la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial.

70. Sentencia BVerfGE 107, 299 [Inviolabilidad de las telecomunicaciones]

1. *A fin de proteger la confidencialidad de las fuentes de información y del trabajo redaccional, las radiodifusoras de derecho público pueden ampararse en el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones contenido en el Art. 10, de la Ley Fundamental y, en esa medida, también en la garantía de protección jurídica del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.*
2. *Las órdenes judiciales dirigidas contra empresas de telecomunicaciones –en el marco de la persecución de delitos– por las que se ordena dar información sobre los datos de conexión (Verbindungsdaten)⁴⁹ –ya sea que se encuentren a*

⁴⁹ Se hace referencia a los datos que el proveedor de un servicio de telecomunicación tiene derecho a almacenar: duración, destinatario, hora, etc., de las comunicaciones establecidas por el usuario, con el fin de determinar el costo de los servicios prestados y exigir su pago. [N. del t.]

su disposición para fines de contabilidad y registro, o que sea necesario llevar a cabo una búsqueda dirigida—inciden en el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones de las personas afectadas con la aportación de esta información.

3. *Este tipo de injerencias se justifica únicamente cuando son indispensables para la persecución de delitos graves respecto de los cuales existan sospechas concretas sobre la comisión de los mismos y exista una base suficientemente sólida para considerar que la persona afectada por la orden judicial se encuentra en comunicación con el posible inculpado a través de medios de comunicación a distancia.*

**Sentencia de la Primera Sala, del 12 de marzo, 2003
- 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99**

Fundamentos de la resolución:

A.

Los recursos de amparo se refieren a órdenes judiciales exigiendo la entrega de datos de conexión de telecomunicaciones relacionadas con conversaciones telefónicas de los quejosos, en el marco de su actividad periodística [...]

2. La quejosa en el juicio de amparo número 1 BvR 348/99 es periodista y trabajaba para la revista *Stern* al momento de emitirse la sentencia aquí recurrida.

a) En repetidas ocasiones la quejosa investigó y publicó información sobre el presunto terrorista Hans-Joachim Klein [...]

En el año 1998, la fiscalía que investigaba el caso tuvo noticias de que la quejosa hacía investigaciones nuevamente sobre el caso Klein y que probablemente seguía en contacto con él.

b) El tribunal local de primera instancia ordenó la recopilación de datos de conexión para una terminal de radio móvil y dos terminales de telefonía fija, los cuales eran utilizados por la quejosa y su esposo [...]

Los datos de conexión recabados condujeron a la detención del inculpado en septiembre de 1998 en Francia [...]

C.

Los recursos de amparo son infundados en cuanto al fondo.

I.

El criterio de juicio para el examen jurídico-constitucional lo constituyen los Arts. 5, párrafos 1 y 2, 10, así como el 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

Aquí se atacan medidas de vigilancia de las telecomunicaciones; la legalidad de las mismas se mide a la luz del Art. 10 de la Ley Fundamental (*vid. infra* II). El derecho de autodeterminación informativa—que resulta del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental—no resulta aplicable en el presente contexto al

lado del Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Referido al intercambio de telecomunicaciones, el Art. 10 contiene una garantía específica, la cual desplaza la garantía de la norma general (cf. BVerfGE 67,157 [171]; 100,313 [358]).

En atención a que en el presente caso se afecta a una empresa radiodifusora y a periodistas en el ejercicio de su actividad periodística se debe determinar además si el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental confiere algún tipo de protección más allá de lo dispuesto por el Art. 10 de la Ley Fundamental.⁵⁰

II.

Las sentencias recurridas no lesionan a las quejas en su derecho fundamental contenido en el Art. 10, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. Sin embargo, una disposición del Juez que ordena proporcionar información sobre los datos de conexión de las telecomunicaciones incide en el ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones.

El derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones abarca no sólo la protección de los contenidos de la comunicación, sino también las circunstancias próximas de la telecomunicación; éstas eran objeto de la “recabación de información”⁵¹ regulada en el § 12 de la FAG y § 100a de la StPO. El derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones protege en primera línea el contenido de la comunicación, pero igualmente abarca también las circunstancias de la comunicación [...]

3. La solicitud de entregar datos de conexión—recabados previamente para fines de contabilidad y registro—constituye una injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones, que, sin embargo, se encuentra justificada de conformidad con lo dispuesto por el Art. 10, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental.

a) Según el Art. 10, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, cualquier restricción al derecho de la inviolabilidad de las telecomunicaciones puede ser ordenada únicamente con base en una ley. Las resoluciones judiciales recurridas fueron emitidas con fundamento en el § 12 FAG; la sentencia en el proceso que dio origen al amparo número 1 BvR 348/99 se apoyó adicionalmente en el § 100a y § 100 b del StPO.

Por su parte, el § 12 de la FAG fue sustituido a partir del 1 de enero del 2002 por § 100 g y § 100 h de la StPO.

Por otro lado, una ley que limita derechos fundamentales debe ser interpretada partiendo del reconocimiento de la importancia fundamental que tiene el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones; de este modo, su efecto limitador de derechos fundamentales debe a su vez ser interpretado nuevamente a la luz del derecho fundamental (cf. BVerfGE 67, 157 [172 s.]).

El examen a realizar por parte del Tribunal Constitucional está supeditado a que los tribunales especializados hayan respetado suficientemente la influencia del derecho fundamental en la interpretación y aplicación de las normas del derecho ordinario que

⁵⁰ No se reproduce la fundamentación en sentido negativo.

⁵¹ En el proceso penal. [N. del t.]

limitan derechos fundamentales, de modo que el contenido axiológico establecido por los derechos fundamentales sea garantizado también al nivel de la aplicación del derecho (cf. BVerfGE 18,85 [92]; 99,185 [195 s.]) [...]

aa) La aportación de la información ordenada con fundamento en el § 12 FAG y los §§ 100a y 100b de la StPO referente a los datos de conexión del tráfico telecomunicativo perseguían un fin público legítimo: el esclarecimiento y la persecución de delitos graves. El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones la necesidad ineludible de lograr una persecución eficaz de los delitos, ha enfatizado el interés público por lograr un esclarecimiento de la verdad en el proceso penal lo más completa posible, y ha señalado que el esclarecimiento –especialmente de delitos graves– constituye un cometido esencial del Estado de Derecho de cualquier entidad pública (cf. BVerfGE 29, 183 [194]; 77,65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [388 s.]).

bb) La información sobre los datos de telecomunicación de la quejosa era idónea para alcanzar los fines perseguidos por la ley [...]

cc) No aparece con evidencia algún otro medio menos agresivo que hubiera sido igualmente eficaz para averiguar el lugar donde se encontraba el inculpado.

dd) Las medidas recurridas cumplen también con el principio de proporcionalidad en sentido estricto. La gravedad del perjuicio que tuvo que soportar la quejosa en el ámbito de su libertad protegida por los derechos fundamentales no se encuentra en relación desproporcionada respecto del bien común perseguido por la restricción al derecho fundamental. Además se cumplieron los requisitos exigidos por el principio de reserva judicial [...]

(2) Las injerencias graves en el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones se consideran proporcionales en sentido estricto únicamente cuando los intereses opuestos tienen una relevancia equiparable. La magnitud que tiene el interés por perseguir los delitos depende especialmente de la gravedad y la importancia del delito que se busca esclarecer (cf. BVerfGE 100,313 [375 s., 392]). En esta medida, los parámetros exigidos constitucionalmente no cumplen, cuando con la recopilación de los datos de conexión se busca la persecución de delitos en general (*vid. supra* aa). Más bien, se requiere que se trate de un delito de relevancia considerable, una sospecha concreta de su comisión y una base objetiva suficientemente segura para considerar que la persona contra quien se dirige la orden judicial actúa como intermediario en las comunicaciones [...]

§ 17. LIBERTAD DE PROFESIÓN - ARTÍCULO 12 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 12

1. Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley.
2. Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado, salvo dentro del marco de un deber de prestación de un servicio público habitual, de orden general e igual para todos.
3. El trabajo forzado es admisible sólo en el caso de privación de la libertad dispuesta judicialmente.

71. Sentencia BVerfGE 7, 377 [Ley sobre Farmacias]

1. *En el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental no se proclama la libertad de profesión como un principio objetivo del ordenamiento económico y social, sino que se garantiza a los particulares el derecho fundamental a elegir como profesión cualquier actividad permitida, aun cuando ésta no corresponda a una “imagen de profesión” tradicional o fijada legalmente.*
2. *El concepto “profesión” en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental abarca en principio también las profesiones que tienen como contenido una actividad que se encuentra reservada al Estado, así como las profesiones “vinculadas al Estado”. Sin embargo, para las profesiones que tienen el carácter de un “servicio público”, existen y se posibilitan con base en el Art. 33 de la Ley Fundamental, reglas especiales.*
3. *Cuando una actividad se puede ejercer en forma dependiente o independiente, y ambas formas de ejercicio tienen igual importancia social, entonces también la elección de una u otra forma de la actividad profesional y el paso de una a otra es una elección profesional en el sentido del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
4. *El contenido y el alcance de la competencia reglamentaria del legislador, de conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se puede determinar adecuadamente mediante una interpretación que tenga en cuenta el sentido del derecho fundamental y su significado en la vida social; no se requiere por tanto acudir a los límites del contenido esencial (Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental).*
5. *La competencia reglamentaria de conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se extiende al ejercicio de la profesión y a la elección de profesión, pero no a las dos con la misma intensidad. Está dada para el ejercicio de la profesión y sólo puede intervenir la libertad de elegir profesión,*

bajo ese punto de vista. En lo que se relaciona con el contenido ésta será tan libre, cuanto más se trate de una simple reglamentación del ejercicio, y tan restrictiva, cuanto más afecte la elección de profesión.

6. *El derecho fundamental debe proteger la libertad del individuo; la protección del interés general la asegura suficientemente la potestad reglamentaria. De la necesidad de justificar ambas exigencias, se origina para las intervenciones del legislador el mandato de diferenciar, de acuerdo con los siguientes principios:*
 - a) *La libertad de ejercer una profesión puede ser restringida en la medida que consideraciones racionales del bien común lo hagan parecer adecuado; la protección del derecho fundamental se restringe a la defensa frente a una inconstitucionalidad, que se puede dar, por ejemplo, cuando se imponen condiciones excesivamente gravosas y no razonables.*
 - b) *La libertad de elegir profesión sólo puede ser restringida en tanto que la protección de un bien común, especialmente importante, así lo exija. Si una intervención tal es ineludible, entonces el legislador deberá elegir siempre aquella forma de intervención que limite lo menos posible el derecho fundamental.*
 - c) *Si se interviene en la libertad de elegir profesión mediante el establecimiento de determinados presupuestos para la adopción de la profesión, entonces se tendrá que diferenciar entre presupuestos objetivos y subjetivos; para los presupuestos subjetivos (especialmente la formación y la instrucción) vale el principio de proporcionalidad en el sentido que éstos tienen que guardar relación con la finalidad que se persigue, esto es, el debido ejercicio de la actividad profesional. Para la verificación de la necesidad de presupuestos de admisión objetivos se establecen requisitos especialmente estrictos; esas medidas se pueden justificar en general sólo para la defensa de un bien común especialmente importante, de un peligro verificable y altamente probable.*
 - d) *De acuerdo con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, los reglamentos deben ser adoptados siempre en el “nivel” que conlleve el menor grado de intervención en la libertad de elegir profesión; el legislador puede acceder al siguiente “nivel” cuando con una probabilidad bastante alta se puede determinar que los peligros que se temen, no se pueden enfrentar efectivamente con los medios (constitucionales) del nivel precedente.*
7. *El Tribunal Constitucional Federal tiene que revisar si el legislador ha tenido en cuenta las restricciones, que se han dado hasta ahora, a su potestad reglamentaria; cuando la libre elección de profesión se restringe mediante presupuestos de admisión objetivos, se puede revisar si esa intervención se requiere obligatoriamente para la protección de un bien común prevalente.*

8. *El ámbito reglamentario de las farmacias encuentra correspondencia en el campo constitucional actual en la libertad de establecimiento, entendida como la ausencia objetiva de restricciones para la admisión.*

Sentencia de la Primera Sala, del 11 de junio, 1958

El Art. 3, párrafo 1 de la Ley sobre Farmacias –ApothekenG– prevé:

(1) El permiso de funcionamiento para el establecimiento de una farmacia sólo se puede otorgar cuando:

a) El establecimiento de la farmacia tiene por objeto el interés general de suministrar a la población medicamentos, y

b) Se supone que su entorno económico se encuentra asegurado y que con su establecimiento no se causarán perjuicios económicos a las farmacias vecinas, de modo tal que los presupuestos para el adecuado funcionamiento de las farmacias dejen de garantizarse.

La autorización puede sujetarse a la condición de establecer la farmacia en un determinado sitio en interés de un aprovisionamiento proporcionado de los medicamentos.

La decisión del gobierno de Baviera del 29 de noviembre de 1956 justificó el rechazo de la solicitud del recurrente con base en el Art. 3, párrafo 1 literal a y el Art. 3, párrafo 1 literal b de la ApothekenG.

El establecimiento de la farmacia solicitada no tenía por objeto el interés general. En Traunreut habría aproximadamente 6 000 personas para proveer con medicamentos. Esto lo podía satisfacer por completo la farmacia que ya existía. De acuerdo con las consideraciones para el cuidado de la salud pública, serían admisibles más farmacias sólo allí donde exista una extensión suficientemente amplia para proveer. La experiencia ha demostrado que las farmacias fundadas con base en un criterio económico errado, son idóneas para distribuir medicamentos sin prescripción médica y para la distribución de opiáceos, que son adictivos y se encuentran prohibidos por la ley.

Adicionalmente, no se pueden asegurar las bases económicas de la nueva farmacia, debido a que un número entre 7 000 y 8 000 habitantes se considera básicamente como el mínimo con el que debe contar cada farmacia para asegurar su productividad. El solicitante debe ser preservado en su propio interés, de establecer una farmacia no viable.

Finalmente, el entorno económico de las farmacias ya existentes, se vería perjudicado con la autorización de establecer una nueva, porque los presupuestos para el funcionamiento adecuado de una farmacia dejarían de garantizarse.

La pregunta sobre si el Art. 3, párrafo 1 ApothekenG es compatible con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, presupone algunas reflexiones básicas sobre el significado de esa disposición constitucional.

1. El Art. 12, párrafo 1 protege la libertad de los ciudadanos en un ámbito especialmente importante para la moderna sociedad caracterizada por la división del trabajo: garantiza a los particulares el derecho de adoptar toda actividad, que consideren apropiada, como “profesión”, esto es, convertirla en base de su sustento.

[...] el concepto de “profesión” se debe interpretar más ampliamente. Éste comprende no sólo todas las profesiones, que se representan con determinadas “imágenes de profesiones” tradicionales, o que inclusive se encuentran reglamentadas legalmente, sino también las actividades no típicas (permitidas), elegidas libremente por los individuos, de las cuales se pueden originar nuevos tipos de profesión (básicamente BVerwGE 2, 89 [92]; 4, 250 [254 y ss.]) [...]

b) Si se evalúan las posibilidades de intervención con que cuenta el legislador, en el ámbito protegido de los derechos fundamentales, partiendo de las disposiciones constitucionales mismas, entonces el tenor del Art. 12, párrafo 1 podría indicar que las intervenciones sólo son admisibles para el ejercicio de la profesión, mientras que la elección de profesión estaría sustraída de toda reglamentación legal. Éste, sin embargo, no puede ser el sentido de la disposición, porque los conceptos de “elección” y “ejercicio” de la profesión no se pueden separar, de modo que cada uno de ellos designe sólo una fase de tiempo determinada de la vida profesional, que no se crucen la una con la otra; la adopción de una actividad profesional representa tanto el comienzo del *ejercicio de una profesión*, como la que se expresa respecto de la actividad de elegir una profesión –y por lo general sólo en ese respecto–; así como la voluntad de conservar la profesión, que se expresa en el ejercicio de la vida profesional, y finalmente la terminación voluntaria del ejercicio profesional con fundamento igualmente, en el acto de elegir una profesión. Ambos conceptos abarcan el complejo unitario de la “actividad profesional” desde diferentes puntos de vista (en forma similar, Klein-v.Mangoldt, nota IV 2 [pp. 370 y ss.] sobre el Art. 12, con base en Uber, *Freiheit des Berufs*, Hamburgo, 1952).

En este sentido, la interpretación que el legislador quiera dar a *cualquier* intervención a la libertad de elegir profesión, no sería correcta; ésta podría no corresponder con la realidad y, por consiguiente, no llevaría a resultados plausibles desde el punto de vista legal. En principio, la disposición legal, que se presenta como reglamentación para el ejercicio de la profesión, es admisible aun cuando repercute indirectamente sobre la libertad de elegir profesión. Esto ocurre sobre todo cuando se fijan los presupuestos para la adopción de una profesión, o para iniciar el ejercicio; en otras palabras, cuando el ejercicio de una profesión se hace depender de una autorización. El que la Ley Fundamental no hubiera querido excluir directamente la posibilidad de establecer autorizaciones, lo prueba el Art. 74, párrafo 19, que le atribuye al legislador la competencia para la “admisión” de determinadas profesiones. La génesis señala también que se evitó dar una autorización para establecer restricciones a la admisión; de otra parte, tampoco se quiso declarar la inadmisibilidad de las numerosas restricciones existentes [...]. El constituyente, con todo ello, no contó sin embargo, con la completa claridad conceptual y material del problema; escogió finalmente una formulación, que se adhi-

rió a la separación, proveniente del derecho industrial, entre “elección” y “ejercicio” de la industria, y le atribuyó la reglamentación de lo restante a la ley (véase *Anuario de derecho público*, t. I, pp. 134, 136) [...]

De este modo, el Art. 12, párrafo 1 es un derecho fundamental unitario (la “libertad de profesión”), en todo caso en el sentido de que la reserva reglamentaria contemplada en la frase 2 “en virtud de”, se extiende tanto al ejercicio de la profesión, como a la elección de profesión. Esto no implica, sin embargo, que las competencias del legislador respecto de cada una de esas “fases” de la actividad profesional sean iguales desde el punto de vista del contenido. Por tanto, para poder reglamentar el ejercicio de la profesión se debe tener en cuenta siempre la voluntad de la Constitución, que se expresa de manera evidente al tenor del Art. 12, párrafo 1, que establece que la elección de profesión debe ser “libre”. A ello corresponde sólo una interpretación, que suponga que la competencia reglamentaria no comprende ambas “fases” con la misma intensidad material, y que los límites que se imponen al legislador sean más fuertes, en la medida que él intervenga más en la libertad de elegir profesión. Esta interpretación corresponde también a la concepción básica de la Constitución y a la imagen de hombre que ella presupone (BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 y ss.]; 6, 32 [40]). La elección de profesión debe ser un acto de autodeterminación de la libre voluntad del individuo, y debe permanecer en lo posible resguardado de toda intervención del poder público. Mediante el ejercicio de la profesión el individuo interviene directamente en la vida social; por consiguiente, se le pueden imponer restricciones en interés de los demás y del interés general.

En resumen, se tiene lo siguiente: la competencia reglamentaria se extiende al ejercicio de la profesión y a la elección de profesión. Sin embargo, ésta se ha querido dar para el *ejercicio de la profesión*, y puede ser intervenida sólo bajo ese aspecto, aun también en lo que respecta a la libertad de elegir profesión. En cuanto al contenido, ésta será tan libre, en tanto más se trate de una reglamentación del ejercicio, y más restringida, en tanto más afecte la elección de profesión.

c) En lo que concierne al contenido, en particular, de la competencia reglamentaria, que se encuentra determinado en su alcance en forma muy general, se debe aclarar, en principio, el sentido del concepto “reglamentar”, especialmente en lo que respecta a la libertad de elegir profesión. Esto no puede significar que el legislador tenga en su totalidad un espacio de valoración mayor que el que tiene para el caso de la reserva de ley en general, o que él pueda reglamentar completamente todo el campo de una profesión, sin tener primero que determinar constitutivamente el contenido del derecho fundamental (en este sentido, Scheuner, “Handwerksordnung und Berufsfreiheit” [edición especial en *Deutsches Handwerksblatt*], 1956, pp. 21, 27 y ss., 31; Ipsen, *Apothekenerrichtung und Art. 12 GG*, 1957, pp. 41 y ss.). Con una opinión de este tipo se estaría desvalorizando el derecho fundamental, en la medida que su contenido se estaría entregando en su totalidad al criterio del legislador, quien, sin embargo, también estaría vinculado al derecho fundamental (Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Éste sería un significado que no corresponde con el derecho fundamental, se compati-

biliza poco con la especial (pleonástica) acentuación de la *libre* elección de profesión en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y fuera de eso, se encuentra en contradicción con la tendencia general del capítulo de la Ley Fundamental, que, como lo expresó el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia del 16 de enero de 1957 (BVerfGE 6, 32 [40 y ss.]), en el futuro no se reconocerán más derechos fundamentales que se encuentren “vacíos”, en el sentido anterior.

Aquí se aplica más el principio que se desarrolló en la sentencia del 15 de enero de 1958 (BVerfGE 7, 198 [208 y ss.]), que establece que el legislador, cuando se mueve en un campo protegido por los derechos fundamentales, debe partir para su reglamentación del significado del derecho fundamental en el orden social. Él no puede determinar libremente el contenido de los derechos fundamentales, sino por el contrario, del contenido del derecho fundamental se genera una limitación al contenido de su discrecionalidad legislativa. También en el Art. 12, párrafo 1 se encuentra una decisión valorativa, materialmente clara, de la Ley Fundamental, para un importante ámbito concreto de la vida; el legislador, por consiguiente, no se encuentra aquí tan libre como, por ejemplo, en el caso de la aplicación del principio general de igualdad, que representa un principio del derecho, que se aplica al poder público, cuyo contenido concreto tiene que determinar primero el legislador respecto a las determinadas relaciones de la vida, atendiendo al principio de equidad, vigente para él.

De otra parte, “reglamentar” no significa que el legislador no pueda limitar el derecho fundamental en ningún sentido. Toda reglamentación contempla inclusive la imposición de límites. Sin embargo, la expresión “reglamentar”, que el constituyente conscientemente empleó aquí en lugar de “limitar” o “restringir”, comúnmente utilizadas en las disposiciones de derechos fundamentales, significa, por consiguiente, que se ha pensado más en una determinación directa de los límites desde el interior, esto es, en los límites que contiene la esencia misma del derecho fundamental, que en restricciones mediante las cuales el legislador mismo disponga, circunscribiendo desde afuera, principalmente su natural ámbito de validez, que se origina de su sentido racional.

d) El derecho fundamental tiene por objeto proteger la libertad del individuo, la potestad reglamentaria asegura la suficiente protección de los intereses comunes. El derecho a la libertad del individuo actúa, como se señaló, tan fuertemente como esté en duda su derecho a elegir libremente una profesión; la protección de la comunidad será tan intensa como sea la magnitud de los perjuicios y peligros que se puedan dar para la comunidad del libre ejercicio de una profesión. Si se busca justificar en la forma más efectiva posible ambas exigencias –igualmente legítimas en el Estado social de Derecho–, entonces la solución sólo se puede encontrar a través de un cuidadoso examen del significado de los intereses opuestos y posiblemente en contradicción. Si, además, se sostiene que de acuerdo a la concepción general de la Ley Fundamental la libre personalidad humana es el valor supremo y que, por consiguiente, también para el caso de la elección de profesión se debe garantizar la mayor libertad posible, entonces se llega a que esa libertad sólo puede ser restringida en la medida que sea indispensable para el bien común.

Para las intervenciones del legislador, se encuentra en la Constitución el mandato de la diferenciación, cuyos principios se pueden resumir como se circunscriben enseguida:

La libertad de *ejercer una profesión* se puede restringir por vía de “reglamentación”, en la medida que consideraciones razonables sobre el bien común, lo hagan parecer adecuado. La libertad de elegir profesión, por el contrario, sólo puede ser restringida en la medida que la protección de un bien común especialmente importante (“prevalente”) lo exija obligatoriamente, esto es, en la medida que la protección de los bienes en cuestión, a los cuales, luego de una ponderación cuidadosa, se les deba conceder prevalencia frente al derecho a la libertad del particular y en la medida que esa protección no se pueda asegurar de otra manera, principalmente con los medios, que no restringen la elección de profesión o lo hacen en menor grado. Si la intervención en la libertad de elegir profesión se manifiesta como indispensable, entonces el legislador tendrá que elegir siempre la forma de la intervención, que limite lo menos posible el derecho fundamental.

Para el alcance de la competencia reglamentaria se dan, por así decirlo, varios “niveles”.

El legislador cuenta con mayor libertad cuando adopta un *simple* reglamento, que no repercute en la libertad de elegir profesión, y que sólo determina el modo y la forma en que los profesionales desarrollan su actividad profesional en particular. Aquí pueden tener validez en gran medida aspectos de conveniencia, de acuerdo con los cuales se tienen que dimensionar las imposiciones que se les deben hacer a los profesionales, para evitar perjuicios y peligros a la comunidad. El concepto de promoción de una profesión y, por tanto, la obtención de una alta productividad social, por parte de sus miembros, puede justificar ciertas disposiciones que circunscriben la libertad de ejercer una profesión. La protección del derecho fundamental se restringe a la defensa frente a una inconstitucionalidad, que se puede dar, por ejemplo, cuando se imponen condiciones legales excesivamente gravosas y no razonables; sin perjuicio de esas excepciones, el menoscabo de la libertad de profesión, que se cuestiona aquí, se presenta al portador del derecho fundamental de una manera que no lo afecta demasiado, en la medida que él ya tiene una profesión, y la competencia para ejercerla tampoco se ve afectada.

Una reglamentación, por el contrario, que haga depender la adopción de una profesión del cumplimiento de determinados presupuestos y que, por tanto, afecte la libertad de elegir una profesión, sólo se justifica en la medida que se tenga que proteger un bien común, que prevalezca sobre la libertad del individuo. Por consiguiente, existe evidentemente una diferencia significativa –como también lo ha subrayado desde hace tiempo la jurisprudencia y la doctrina (véase Scheuner, *op. cit.*, p. 25 y las justificaciones introducidas por él)– según se trate de un presupuesto “subjetivo”, especialmente de aquéllos relacionados con la instrucción y formación, o de una condición objetiva para la admisión, que no tenga nada que ver con la calificación personal de quien pretende ejercer una profesión y sobre la cual él no puede ejercer influencia alguna.

La reglamentación subjetiva de los presupuestos para la adopción de una profesión hace parte del ordenamiento legal de un perfil profesional; permite el acceso libre a la profesión sólo a los aspirantes cualificados de determinada manera –ciertamente más formal. Una restricción tal se legitima por sí misma; se apoya en que muchas profesiones requieren de determinados conocimientos técnicos y preparación (en sentido amplio), que sólo pueden ser adquiridos a través de una educación técnica y práctica, y en que el ejercicio de esas profesiones, sin estos conocimientos, sería imposible o inadecuado, o podría traer consigo daños o peligros para la comunidad. El legislador concreta y “formaliza” sólo aquellos requisitos que se originan de unas pretendidas condiciones de vida; los particulares son sólo algo exigentes en la organización de la educación formal prescrita, ya que en principio tienen que tomar el asunto sin más, si quieren ejercer la profesión adecuadamente. Esa restricción a la libertad se hace evidente como el medio adecuado para la defensa frente a posibles perjuicios y peligros; por consiguiente, no es inequitativa, porque es igual para todos los aspirantes a una profesión y ellos la conocen previamente, de modo tal que el particular, antes de elegir profesión, puede evaluar si está en posibilidad de cumplir con los requisitos exigidos. Aquí se aplica el principio de proporcionalidad en el sentido que los presupuestos subjetivos para la obtención de la finalidad de ejercer adecuadamente una profesión, no pueden quedar por fuera.

Otra cosa es lo que ocurre en el caso del establecimiento de condiciones objetivas para la admisión en una profesión. Su cumplimiento se ha sustraído de la influencia del particular. Esto contrarresta fuertemente el sentido del derecho fundamental, especialmente para el caso de aquellos que, a pesar de que cumplieron o pudieron cumplir todos los presupuestos exigidos para elegir libremente una profesión, se les niega el acceso al ejercicio de la misma. Esa limitación a la libertad es tan importante y, por consiguiente, más difícil de considerar, entre más largo y especializado haya sido el periodo de instrucción y formación, y entre más determinante sea esa formación para la profesión que se quiere elegir en concreto. Dado que en principio, no es tan evidente qué perjuicios directos le pueda traer a la comunidad el ejercicio de una profesión por parte de un aspirante calificado moral y profesionalmente, usualmente no se pueden establecer fácilmente los efectos de la relación entre esa restricción de la libertad de elegir profesión y el resultado perseguido. El peligro de introducir motivos externos es, por tanto, bastante grande, especialmente por la presunción de que la restricción de acceso a una profesión tiene por objeto proteger de la competencia a quienes actualmente están ejerciendo la actividad –un motivo, que de acuerdo con la opinión general, no podría justificar jamás una intervención en el derecho a elegir libremente una profesión. Mediante la elección de un medio tan radical y brutal, como la exclusión de aspirantes profesional y moralmente (presuntivamente) capacitados –sin perjuicio del posible conflicto con el principio de la igualdad–, se puede violar la libertad del individuo en forma especialmente sensible. De ahí se deriva que ante la evidencia de la necesidad de una restricción a la libertad de este tipo, se requiere de requisitos especialmente estrictos; en general,

se pueden legitimar este tipo de intervenciones sólo cuando se trata de la defensa de un bien común especialmente importante, frente a graves amenazas susceptibles de ser comprobadas o altamente probables; la finalidad que persigue la promoción de tales intereses comunes, la preocupación por el prestigio social de una profesión mediante la restricción del número de miembros, no es suficiente, aun cuando tales fines pudieran satisfacer en lo restante las medidas legislativas.

El legislador debe adoptar reglamentaciones de conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 con relación al primer “nivel”, que conlleven el menor grado posible de intervención en la libertad de elegir profesión, y sólo puede subir al siguiente “nivel” cuando con alta probabilidad se pueda demostrar que los peligros que se temen no pueden ser enfrentados efectivamente con los medios (constitucionales) del “nivel” precedente.

5. Los límites a la competencia reglamentaria que se originan al considerar el derecho fundamental, son materialmente un mandato constitucional, que se dirigen en primer lugar al legislador. Su respeto se debe vigilar, sin embargo, por el Tribunal Constitucional Federal. Si se cuestiona una restricción al derecho de ejercer libremente una profesión del “primer nivel” (el presupuesto objetivo para la admisión), el Tribunal Constitucional Federal tendrá que examinar, en primer lugar, si se está amenazando un bien jurídico superior, y si la reglamentación legal puede servir efectivamente para la defensa frente a esa amenaza. Se debe también examinar si esa intervención es la única adecuada para proteger cada uno de los bienes, en otras palabras, si el legislador no hubiera podido lograr esa protección con medios (constitucionales) de un “nivel” precedente [...]

Respecto del examen que sigue las directrices antes citadas, se ha objetado que iría más allá de la competencia de un tribunal: un tribunal no puede evaluar si una determinada medida legislativa es adecuada, porque no puede saber si existe otro medio igualmente efectivo y si éste es realizable por el legislador; esto se puede comprender sólo cuando se conoce la totalidad de las condiciones que ordenan la vida, así como las posibilidades del Legislativo. Este concepto, que quiere establecer ante todo por motivos prácticos, límites estrictos a la competencia de revisión que tiene el Tribunal Constitucional Federal, se cimienta teóricamente en la idea de que el tribunal, al hacer uso de una competencia de examen tan amplia, interviene en la esfera del legislador y puede cometer de este modo una violación al principio de la división de poderes.

El Tribunal Constitucional Federal no puede estar de acuerdo con este concepto.

Al tribunal se le ha atribuido la protección de los derechos fundamentales frente al legislador. Cuando de la interpretación de un derecho fundamental se originan límites para el legislador, el tribunal debe poder vigilar su cumplimiento; no puede sustraerse de esa función, si no hay otro remedio para no desvalorizar en buena parte los derechos fundamentales y llevar a cabo en el verdadero sentido, la función que le ha atribuido la Ley Fundamental.

La exigencia establecida ordinariamente en este contexto, de que el legislador debe poder elegir entre los diversos medios igualmente adecuados, estuvo ausente en el problema que aquí se analiza. Se examinó el caso (normal) de un derecho fundamental, que no contemplaba una esfera de protección escalonada (como por ejemplo, en la BVerfGE 2, 266). En este caso, efectivamente, el legislador es libre de elegir entre varias medidas legales igualmente adecuadas –dentro de determinados límites– porque considera todos los derechos fundamentales como una unidad, y no en su contenido escalonado. Pero cuando se trata de un derecho fundamental que contempla en sí esferas fuertes y débiles de protección de la libertad, entonces debe poderse examinar desde el punto de vista constitucional, si existen los presupuestos para una reglamentación en ese nivel donde la libertad se encuentra más protegida; en otras palabras, se debe poder revisar si las medidas legislativas de los niveles inferiores no hubieran sido suficientes, y si la intervención efectiva era “absolutamente necesaria”. Si también se deja al legislador la libre elección entre “medios adecuados”, que pertenecen a diferentes niveles, esto podría conducir prácticamente a que la intervención que establezca las restricciones más fuertes al derecho fundamental sean las que más comúnmente se eligen, ya que por su drástico efecto para el logro de los fines perseguidos se consideran como las más idóneas y, por tanto, deberían ser aceptadas sin revisión alguna. Una protección efectiva de la esfera de la libertad, que es lo quiere proteger efectivamente el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se estaría dejando de garantizar [...]

Es indiscutible que la salud del pueblo es un importante bien común, cuya protección puede justificar la imposición de restricciones a la libertad; también es indiscutible que la provisión ordenada de medicamentos es indispensable para la protección de la salud del pueblo [...]

VI.

Los peligros que se temen al reconocer la libertad de establecimiento de las farmacias, como las que se dan de las explicaciones anteriores, probablemente no sean suficientes, en estas circunstancias –manteniendo el derecho de las farmacias y medicamentos vigentes, en lo restante– para apoyar una fuerte restricción al libre ejercicio de la profesión, principalmente, el impedir el acceso de aspirantes cualificados al ejercicio de la profesión de la farmacia [...]

El Art. 3, párrafo 1 ApothekenG es, como se expresó, inconstitucional. Las disposiciones del gobierno de Oberbayern dictadas con base en esa disposición, violan por consiguiente el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental y se deben anular. Igualmente se declara la nulidad del Art. 3, párrafo 1 ApothekenG, inclusive las que se encuentran en relación indisoluble con las frases 1 y 2 (ms. 95, párrafo 2 y párrafo 3, frase 2 BVerfGE).

72. Sentencia BVerfGE 41, 378 [Ley sobre Asesoría Jurídica]

El § 1, párrafo 1 frase 1 del Primer Decreto Orgánico de la Ley de Asistencia Jurídica es incompatible con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental y nulo, en la medida que de él se origina una restricción local a la autorización para dar asesoría jurídica.

Resolución de la Primera Sala, del 25 de febrero, 1976**–1BvR 8, 275/74–**

La restricción espacial que se deriva del § 1 del Primer Decreto Orgánico, como reglamentación para el ejercicio de una profesión, se debe evaluar con base en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Este tipo de reglamentaciones son constitucionales, siempre y cuando acaten de manera estricta el principio de proporcionalidad. De acuerdo con ese principio, la intervención se debe fundamentar en el libre ejercicio de la profesión con consideraciones de orden lógico y adecuado; el medio empleado debe ser además, idóneo y necesario para alcanzar los fines que se persiguen; para el caso de una ponderación entre la magnitud de la intervención y el peso y urgencia de los motivos que lo justifican, se tienen que tener en cuenta también los límites de la razonabilidad; entre más sensible sea el perjuicio que se cause al libre ejercicio de la profesión, más fuertes deberán ser los intereses de la comunidad, a cuyo servicio se haya destinado la reglamentación (BVerfGE 30, 292 [315 y ss.] con anotaciones adicionales). Estos requisitos no los tiene en cuenta la disposición discutida en la interpretación analizada.

73. Sentencia BVerfGE 39, 210 [Ley sobre la Estructura de los Molinos]**Resolución de la Primera Sala, del 19 de marzo, 1975****–1 BvL, 20, 21, 22, 23, 24173–**

Para el examen de los reglamentos sobre el ejercicio de una profesión en el ámbito de la actividad económica se debe partir de que la Ley Fundamental le deja al legislador un espacio de valoración y actuación para la determinación de los objetivos económico políticos y para la prosecución de las medidas que consideren adecuadas para ello (BVerfGE 4,7 [15 y ss.] –Subsidios a la Inversión–; 14, 263 [275] –basureros–; 30, 250 [262 y ss.]) y de que el legislador puede corregir también, a través de medidas de direccionamiento, el libre juego de las fuerzas (véase BVerfGE 19, 101 [114] –impuestos sectoriales–; 21, 292 [299] –Ley de Descuentos–; 23, 50 [59 y ss.]). El examen de constitucionalidad se extiende en principio a si el legislador ha logrado un conocimiento concreto y suficiente de las circunstancias existentes al momento de la expedición de la ley. Para la valoración de los peligros que amenazan la comunidad, el legislador

tiene un amplio espacio de valoración. Aun cuando al momento en que se esté desarrollando la actividad legislativa aparezca como lejana la posibilidad de un peligro para un bien de la comunidad, al legislador no le está prohibida la imposición de medidas preventivas, en la medida que su idea sobre los posibles desarrollos que puedan generar peligro, en casos de su inactividad, no contradigan las leyes económicas o las experiencias prácticas, que no puedan dar en forma razonable un fundamento para las medidas legislativas (BVerfGE 25, 1 [17]; 38, 61 [87]). De ahí que se tenga que partir básicamente de la evaluación de las condiciones que le sean posibles al legislador para la preparación de la ley (BVerfGE 25, 1 [12 y ss.]). En la medida que haya hecho uso de los medios de conocimiento de que disponga, las equivocaciones que aparezcan en el curso del desarrollo económico se deben aceptar.

Para que la revisión sea admisible en ese marco, el Tribunal Constitucional Federal debe ponderar los intereses de la comunidad y las medidas que a su juicio se requieren para su protección, frente al derecho fundamental del individuo de poder ejercer libremente su profesión (principio de proporcionalidad).

La restricción aparece también como un medio adecuado y un requisito indispensable para alcanzar los fines legislativos. Un medio es adecuado cuando con su ayuda se puede tener éxito. Es indispensable, cuando el legislador no hubiera podido elegir otra medida igualmente efectiva, que hubiere restringido menos el derecho fundamental del afectado (BVerfGE 30, 292 [316]). Para la valoración constitucional de la idoneidad de una medida es decisivo determinar si el legislador, desde su perspectiva, con las medidas adoptadas, pudo desarrollar sus ideas. Si sus pronósticos para la evaluación de las relaciones político económicas fueron adecuados y sustentables, sólo lo podrá negar el Tribunal Constitucional Federal cuando el legislador, luego de haber agotado todas las posibilidades al momento de la expedición de la ley, hubiere podido establecer de manera evidente que las medidas no eran idóneas para la obtención de los fines. Por consiguiente, para aplicar los principios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la inconstitucionalidad de una medida legal, desde el punto de vista de la falta de idoneidad para la consecución de los objetivos, se puede determinar sólo en pocas ocasiones y en casos bastante especiales (BVerfGE 30, 250 [263]). Para la revisión constitucional de la necesidad de una medida se debe tener en cuenta que al legislador le ha sido atribuida una esfera de reglamentación adicional para la elección y la estructuración técnica de una medida económica. Sólo cuando se pueda establecer de manera evidente que se dispone de otros medios menos restrictivos, puede decirse que la reglamentación legal es excesivamente gravosa y que, por consiguiente, es inconstitucional (BVerfGE 37, 1 [21]).

74. Sentencia BVerfGE 11, 30 [Seguro Médico - Médicos autorizados]

El derecho vigente sobre seguridad médica, de acuerdo con el cual debe haber un número proporcional de plazas y cada una de éstas sólo la puede ocupar un solicitante, restringe el ejercicio de la profesión médica, respecto de los médicos que no han sido admitidos, en forma tal que la reglamentación genera una restricción a la libre elección de profesión. De acuerdo con los criterios aquí establecidos (BVerfGE 7, 377 [407]) esta reglamentación no es compatible con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Sentencia de la Primera Sala, del 23 de marzo, 1960**-1 BvR 216/51-**

Si la actividad de las aseguradoras médicas es básicamente una forma especial del ejercicio de la profesión liberal de la práctica médica, la admisión en una aseguradora no es la admisión a la profesión de “aseguradora médica”, de modo que se trata sólo de una reglamentación al interior de la esfera profesional de la profesión “liberal de la medicina”. Se debe considerar como la “reglamentación del ejercicio de una profesión” en el sentido del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental y de la decisión del 11 de junio de 1958 (BVerfGE 7, 377).

Para el examen de la constitucionalidad de ese reglamento se debe tener en cuenta, sin embargo, que al interior de esos reglamentos existe una amplia escala de posibilidades, que se corresponde con la poca o mucha libertad reglamentaria con que cuenta el legislador. Ciertamente, *en general*, la esfera para la reglamentación del ejercicio de una profesión es más libre que la de los reglamentos de admisión. El mandato constitucional de la diferenciación (BVerfGE 7, 377 [403 y ss.]) vale también al interior la reglamentación del ejercicio profesional; el legislador es libre de determinar el contenido, en la medida en que sólo restrinja el *ejercicio* de la profesión, y estará más limitado, entre más afecte la libertad de *elegir* una profesión (BVerfGE, *ibid.*). También aquí se deben ponderar cuidadosamente la magnitud de la restricción para los individuos y la necesidad de la reglamentación para la protección de la comunidad. Entre más se restrinja la libertad para ejercer una profesión, mayores deben ser los requisitos para la perentoriedad de los intereses públicos que han llevado a la justificación de tales limitaciones.

Si el médico que practica libremente su profesión no puede ejercerla exitosamente desde el punto de vista económico, sin haber sido admitido en una aseguradora, entonces los efectos de la actual reglamentación que hace depender la admisión de un número proporcional esquemático, en el cual el médico no tiene ningún tipo de influencia, se acerca a un “presupuesto objetivo de admisión” en forma de una “cláusula de necesidad” (BVerfGE 7, 377 [406 y ss.]). Ella se justifica, por consiguiente, sólo cuando es requerida por intereses especialmente importantes de la comunidad, que no se pueden

proteger de otra forma. De la ponderación puede resultar que la restricción de la libertad de profesión es excesiva, porque no es necesaria para la defensa frente a peligros, que son previsibles con alguna seguridad (BVerfGE, *idem*).

El gobierno federal y los gobiernos estatales han argumentado que una liberación de la admisión a las aseguradoras para todos los médicos “establecidos”, disminuiría los ingresos promedio de los médicos de las aseguradoras ya admitidos, en forma tal que la mayoría de ellos tendrían que retirarse de la profesión. Esto tendría como consecuencia una reñida competencia entre los médicos, una disminución de la moral profesional, un aumento de la multiplicidad de negocios, una gran propensión a la prescripción de medicamentos y a la detección de enfermedades. La urgencia económica de los médicos de las aseguradoras generaría, finalmente, una presión política tan fuerte que los pagos para los médicos de las aseguradoras y, por tanto, las contribuciones a las aseguradoras, se tendrían que aumentar. Como efecto final se tendría que una liberación de la admisión a las aseguradoras traería tantos perjuicios, que pondría en peligro su existencia. El Tribunal Constitucional Federal no se encuentra muy convencido de que existan esos peligros con la magnitud que se teme [...]

Como resultado, se tiene lo siguiente: la reglamentación vigente, que se caracteriza por la interrelación de elementos, como el número proporcional, las plazas de los médicos en las aseguradoras, los concursos y la admisión de una sola aseguradora en una plaza, conduce a una intervención profunda en el libre ejercicio de la profesión de los médicos que no han sido admitidos. Por otro lado, no se ha demostrado que los intereses públicos prioritarios no puedan ser alcanzados de otra forma, de modo que el presente reglamento se haga indispensable. Éste, por consiguiente, no es compatible con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

75. Sentencia BVerfGE 13, 97 [Reglamento de Oficios Artesanales]

1. *El certificado de aptitud para el trabajo artesanal, es compatible con la Ley Fundamental.*
2. *Los presupuestos subjetivos para la admisión se encuentran justificados sólo para la protección de los bienes comunes más importantes. Dignos de protección pueden ser no sólo los valores comunes, generalmente conocidos, sino también aquellos que se originan de objetivos especiales de política económica y social, como por ejemplo, la conservación de las características y formas de producción del trabajo artesanal, y el aseguramiento de la descendencia para la totalidad de la economía manufacturera.*
3. *Al legislador le ha sido atribuida la competencia para determinar la estructura de las profesiones y restringir de esta manera la libertad de elegir profesión en ese ámbito. Para tal efecto él puede tipificar y necesita tener en cuenta, sólo hasta cierto punto, las diversas tendencias de especialización.*

4. *Corresponde con la concepción de protección consagrada en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, el otorgarle al aspirante a una profesión una autorización excepcional de conformidad con el §7, párrafo 2 y el §8 HwO, cuando represente un carga exagerada, no razonable, el atribuirle a él la prueba de su idoneidad mediante la presentación de un examen.*

Sentencia de la Primera Sala , del 17 de julio, 1961

–1 BvL 44/55–

En el proceso para el examen de constitucionalidad de los §§ 1 y 7 párrafos 1 y 2 del Reglamento de Oficios Artesanales, del 17 de septiembre, 1953

De acuerdo con el §1, párrafo 1⁵² del Reglamento de Oficios Artesanales, la actividad artesanal independiente se encuentra autorizada como actividad económica establecida, sólo a las personas inscritas como artesanos. Las empresas que pueden desarrollar su actividad en el campo de la artesanía, se encuentran contempladas en la lista del anexo A de la ley (§1, párrafo 2).⁵³ Se pueden inscribir como artesanos quienes hayan aprobado el examen de idoneidad para poder ejercer la actividad de artesano.⁵⁴

C.

Los §§1 y 7 párrafos 1 y 2, del Reglamento de Oficios Artesanales son compatibles con la Ley Fundamental.

I.

El Tribunal Constitucional Federal expuso en la sentencia sobre farmacias (BVerfGE 7, 377) el principio del cual se debe partir para la interpretación del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental. De acuerdo con éste, el derecho fundamental del libre ejercicio de una profesión les garantiza a los individuos el derecho de adoptar como profesión toda “profesión” para la cual ellos se consideren idóneos; él puede elegir libremente la actividad en la que se considere “profesional” y convertirla en el fundamento de su sustento básico. Ese derecho fundamental es expresión del derecho al libre

⁵² HwO §1. (1) El ejercicio independiente de la actividad artesanal, como actividad económica establecida, está autorizada sólo a las personas jurídicas y naturales y a las sociedades de personas (artesanos independientes) que se encuentren inscritos. Sociedades de personas en el sentido de esta ley son las sociedades comerciales y las sociedades del derecho civil.

⁵³ HwO §1. (2) Una actividad económica se considera artesanal en el sentido de esta ley cuando funciona con criterios propios del ámbito de la artesanía y comprende plenamente una de las actividades económicas que se encuentran listadas en el anexo A, o ejerce actividades que son esenciales para esa rama de la actividad económica (actividades esenciales).

⁵⁴ HwO §7. (1) Se pueden inscribir como artesanos, quienes hayan aprobado el examen de idoneidad para desarrollar la actividad de artesano o de alguna actividad relacionada con la artesanía. El Ministerio Federal para la Economía y la Tecnología determinará mediante decreto con la aprobación del Parlamento, qué oficios se encuentran vinculados en modo tal que el dominio de un oficio posibilite el ejercicio especializado de una actividad esencial de otro oficio (oficio similar).

desarrollo de la personalidad, garantizado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Como aquél, éste debe ser ejercido en concordancia con los intereses de la comunidad, que pueden contrarrestar su ejercicio ilimitado. La posibilidad de hacerlo se encuentra en la potestad reglamentaria que el Art. 12, párrafo 1, frase 2 le otorga al legislador. Sus límites los extrajo la sentencia sobre farmacias del sentido del derecho fundamental. La teoría de los “niveles”, que se desarrolló allí, es el resultado de una aplicación estricta del principio de proporcionalidad para el caso de las intervenciones en el libre ejercicio de una profesión, en aras del bien común. Parte de la idea (*ibid.*, p. 405), que de acuerdo con la Ley Fundamental, la libre personalidad humana es el valor supremo y que, por consiguiente, también debe garantizarse la mayor libertad posible para la elección de una profesión, así como que esa libertad sólo puede ser restringida en la medida que sea indispensable para el bien común. De la presunción fundamental de la libertad se origina la diferencia entre simples reglamentos para el *ejercicio de la profesión* y restricciones a la libertad de *elegir profesión*, y en esta última “una vez más” entre presupuestos subjetivos y objetivos para la admisión al ejercicio de una profesión; adicionalmente se origina el principio de que las intervenciones sólo se justifican en el “nivel” que conlleva la menor restricción al libre ejercicio de una profesión.

Para decidir sobre la admisibilidad de una restricción legal al ejercicio de una profesión en concreto, se requiere, por tanto, de una ponderación de los intereses contrapuestos de los individuos y de la comunidad. Para tal efecto se debe partir de la supremacía de la libertad; sin embargo, el juez puede hacer caso omiso de los análisis y valoraciones que llevaron al legislador a establecer una restricción a la libertad, y que en su opinión era necesaria, cuando al cotejarlos con los criterios de la Ley Fundamental, aparecen como insostenibles.

II.

La iniciativa de ejercer una actividad económica, de las que se encuentran contempladas en el Reglamento de Oficios Artesanales, es un acto de libre elección de la profesión en el sentido del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

III.

El requisito del certificado de idoneidad es un presupuesto *subjetivo* de admisión: la adopción de una actividad profesional como artesano independiente se hace en forma separada de la posesión de capacidades o habilidades profesionales, de las cuales los individuos pueden apropiarse a través de un proceso de formación –con algunas excepciones– y que se pueden acreditar básicamente a través de un examen especial.

Los presupuestos de admisión subjetivos se justifican sólo para la protección de un bien común, porque también limitan sensiblemente –visto como una cuestión de principios– el derecho a la libertad del individuo, dado que le prohíben el inicio de la actividad en la profesión elegida, hasta tanto la persona no compruebe que ha llevado a cabo los estudios correspondientes durante largo tiempo, y que ha aprobado un examen especial.

Dignos de protección son aquí no sólo los valores de la comunidad “absolutos” (por ejemplo, la salud del pueblo), o aquellos reconocidos en forma general o independiente de la respectiva política del bien común. El legislador puede tomar también el interés común como motivo para reglamentar una profesión, en ámbitos que no le han sido “asignados” y que más bien proceden de unas concepciones y objetivos de política económica y social, que él mismo ha elevado al rango del interés común más importante. En tales casos, el Tribunal Constitucional Federal, sin embargo, no puede objetar los reglamentos profesionales por el hecho de que las concepciones políticas que le sirven de fundamento son discutibles. El tribunal, por tanto, debe limitarse al examen de si el interés público a cuya protección sirve el reglamento legal, puede representar un valor común de tan alto rango, que justifique una restricción de la libertad de elegir profesión. Las opiniones del legislador al respecto permiten negar el reconocimiento sólo cuando éstas son abiertamente falsas o incompatibles con el orden de valores de la Ley Fundamental.

IV.

El ordenamiento que se examina aquí del Reglamento de Oficios Artesanales se encuentra relacionado con el concepto fundamental de que para la conservación de la actual situación y productividad de los oficios artesanales, y la seguridad de la descendencia, uno de los intereses más importantes para la totalidad de la economía es evitar que el acceso al ejercicio independiente de un oficio artesanal se encuentre disponible para cualquiera. Este punto de partida del Reglamento de Oficios Artesanales no es susceptible de objeción desde la perspectiva constitucional.

1. El legislador federal ha concebido los oficios artesanales como un sector indispensable de la economía y especialmente importante para la clase media. En coordinación con las constituciones de un gran número de estados de la República Federal Alemana, que han incluido expresamente la protección y la promoción de los oficios artesanales en sus programas políticos-económicos, el legislador quiso proteger y promover el oficio artesanal como un todo; igualmente quiso asegurarlo para la totalidad de la economía, mediante la formación de los descendientes. En la introducción de un certificado de idoneidad vio un medio adecuado para alcanzar esos fines.

[...] el legislador no puede conjurar los peligros que se derivan para la comunidad o para los individuos de un ejercicio inadecuado de una profesión, que son comunes en numerosos oficios artesanales, por ejemplo, como ocurre en el caso de la construcción, o con el grupo de los mecánicos automotrices y de los electricistas. Decisivo fue más bien el interés en la conservación y promoción, como un todo, de la situación de un oficio artesanal saludable y capacitado [...]

1. Las consideraciones, con las cuales el legislador justificó el interés especial de la comunidad de conservar y promover los oficios artesanales, se contemplan en el marco de una política económica y social, de acuerdo con la Ley Fundamental y, por consiguiente, determinada sólo con base en el criterio legislativo; ésta no contradice ni los principios fundamentales ni los valores especiales que se encuentran consignados

en la Constitución; ellos se encuentran cubiertos, por el contrario, con los hechos y las experiencias de nuestra vida social y económica.

De ahí que se pueda aducir que [...]

V.

Si el legislador puede divisar con fundamento en la conservación y cuidado de la situación productiva en que se encuentran los oficios artesanales, un bien común especialmente importante, se suscita entonces la pregunta acerca de si ese interés común puede exigir una supremacía frente al derecho de la libertad del individuo, y si —se contesta afirmativamente la pregunta anterior— la ley no ha ido muy lejos en las restricciones impuestas al derecho fundamental. El derecho fundamental de la libertad profesional tiene como contenido el que el individuo, para la elección de su profesión, debe tener tanta libertad como lo permita el interés común digno de protección; dicho de otra manera: las restricciones a la libertad de elegir una profesión las tiene que soportar el individuo sólo cuando y en la medida que lo requiera la protección de un interés común más importante. Las necesidades del bien común y las restricciones a la libertad del ciudadano deben estar en una relación equilibrada. Esto significa —de acuerdo con los lineamientos de ese principio, dados en la sentencia de las farmacias— que se debe examinar, en principio, si para que el legislador pudiera alcanzar sus fines era necesario adoptar restricciones a la libre elección de profesión, en lugar de limitarse a reglamentar el libre ejercicio de la profesión, y si los presupuestos de admisión por él introducidos para la protección de la competencia no constituyen abiertamente un medio inadecuado; finalmente, si esos presupuestos de admisión, considerados también en sí mismos, no gravan a los particulares en forma exagerada e inexigible. Las cuestiones en materia de ponderación y valoración que se suscitan por doquier en este contexto tampoco pueden ser objetadas por el Tribunal Constitucional Federal, en tanto que no es evidente que hayan partido de presupuestos de hechos falsos o que se encuentren en contradicción con la Constitución.

1. El legislador hubiera podido trasladar la protección y promoción de la situación y capacidad productiva de los propietarios de empresas artesanales al libre juego de las fuerzas de la economía. En este caso él habría partido de la idea de que la libre competencia eliminaría por completo las fuerzas improductivas o menos productivas, de modo que por la vía de esa “autoselección” las personas más productivas lograrían su independencia o se afirmarían en ésta. Ese objetivo también se hubiera podido promover mediante la reglamentación del ejercicio de la profesión. En este sentido hubiera sido posible, por ejemplo, reservar el acceso a la profesión a los dueños de un negocio que tuvieran el título de maestros, y hubieran aprobado el examen; de este modo se hubiera probado públicamente (o presumido) la capacidad de una empresa dirigida por un maestro. La formación de los descendientes también hubiera podido quedar como monopolio de los maestros, como ocurría en las primeras certificaciones de idoneidad. La capacitación técnica y empresarial de los artesanos, que el ordenamiento de oficios artesanales ha atribuido sin más a los gremios y corporaciones, se habría podido seguir

promoviendo mediante diversas medidas. Si al legislador no le parecieron suficientes esas posibilidades, tampoco son convincentes en todo caso las justificaciones abiertamente erróneas, porque la reglamentación del ejercicio de una profesión –y aún más, el libre juego de las fuerzas de la economía– ha sido adoptada por lo general en forma efectiva para la actividad profesional independiente que ya se está llevando a cabo. Éstas no protegen frente a la intervención de las fuerzas no calificadas en la profesión. Hasta que no se supere ese estado de producción en donde se ha cesado o donde tampoco se ha alcanzado el valor deseado, se pueden ocasionar daños severos tanto a la clientela (por la falta de productos) como a los establecimientos mismos (mediante la eliminación y obstaculización de las empresas verdaderamente competitivas y a través de la disminución del prestigio del trabajo artesanal en su totalidad). Los objetivos del legislador estaban dirigidos a evitar esto. Si él creyó, por tanto, que debía intervenir con restricciones a la libertad desde el momento de la elección de profesión, con el objeto de impedir en la medida de lo posible la adopción de una profesión a través de fuerzas inadecuadas, entonces no se le podrá contra-argumentar con el presupuesto de que esas medidas se encuentran en los límites de la constitucionalidad, que garantiza especialmente el principio de proporcionalidad.

2. El Reglamento de Oficios Artesanales dispone como presupuesto subjetivo para la admisión al ejercicio autónomo de la profesión, simplemente la certificación de la experiencia especializada, que se otorga mediante una determinada formación y la presentación de un determinado examen. Ésta es –sin perjuicio de los casos especiales listados en el párrafo 4– la forma más suave y menos gravosa de restringir el libre ejercicio de una profesión al aspirante a ejercer una profesión. Aquí son plenamente válidas las directrices de la sentencia sobre las farmacias (BVerfGE 7, 377 [406 y ss.]), de acuerdo con las cuales las restricciones al contenido se legitiman por sí mismas con base en el asunto. El ejercicio adecuado de un oficio artesanal presupone conocimientos y habilidades, que sólo se adquieren a través de una formación práctica y teórica. Cuando el legislador determina individualmente los conocimientos y habilidades que se requieren, así como la forma y el modo de obtenerlas, está simplemente formalizando y concretando los presupuestos de cualificación que se siguen de la naturaleza del asunto. Si el acceso a una profesión se le otorga sólo a quienes han adquirido la capacitación requerida para cumplir adecuadamente con la respectiva actividad profesional, entonces se le estará exigiendo al solicitante algo que él por decisión propia, con una apreciación razonable, debió haber considerado. Esto se aplica de manera especial cuando se trata de profesiones, como los oficios artesanales, cuyos requerimientos característicos consisten en que el propietario mismo colabora tan ampliamente que sus conocimientos y habilidades son decisivos. Una reglamentación, que sólo le exige comprobar que posee esos conocimientos y habilidades, se ajusta de tal manera a la especial situación de esa profesión, que la restricción a la libertad que de allí se origina para los particulares, se siente muy poco, si compara su poca importancia frente a la protección de intereses de mayor importancia. Esto es decisivo, a pesar de que la actividad artesanal,

debido a su diversidad y a las facilidades para acceder a ella, es permanentemente elegida por muchos, en modo tal que el número de personas que se encuentran afectadas con la reglamentación es proporcionalmente alto [...]

4. Se puede evidenciar una restricción a la libertad en el hecho que el legislador en su anexo A limita la elección de profesión a los sectores allí incluidos, lo que hace imposible a los particulares elegir como profesión, por ejemplo, un sector de la actividad artesanal en la que confluyan todas las actividades ya fijadas, limitando por consiguiente su formación. Quien se quiera especializar, por ejemplo, en un determinado trabajo, restringido en forma razonablemente posible, como al interior de los oficios de mecánico o sastre, podría hacer valer el que a él se le exija una formación y un examen de suficiencia, que excede los requerimientos de la naturaleza misma de la labor a desempeñar.

La ley, sin embargo, no puede ser objetada constitucionalmente desde ese punto de vista. El que el legislador pueda, en principio, fijar legalmente determinadas profesiones, ya se expresó en la sentencia sobre las farmacias. Él no puede hacer cosa diferente a reunir —atendiendo a la tradición y al ejercicio efectivo de una profesión— actividades similares en una única profesión. Si él ha ido muy lejos en la “especialización” de las profesiones, esto podrá evaluarse sólo en casos individuales. Se puede decir en general que al legislador le debe quedar un cierto espacio de acción; él está obligado a tipificar, y puede partir en ese campo de los requerimientos promedio de calificación ya justificados; las amplias tendencias de la especialización, las puede tener en cuenta sólo dentro de ciertos límites, cuando quiere conservar el carácter del oficio artesanal frente al simple “trabajo especializado”.

Si la reglamentación en su totalidad no conduce a una distorsión de las relaciones existentes y futuras en el ámbito de la respectiva profesión, entonces se tiene que aceptar un cierto “excedente”, dentro de un límite razonable, de requisitos de formación y examen, tal y como se ha establecido en muchos ordenamientos estatales de formación y examen, sobre todo las restricciones a la libertad “sin importancia” que se compensan, en cierto sentido, mediante el incremento de las oportunidades profesionales y el prestigio social [...]

VI.

El principio general de la igualdad no se viola por el hecho de que para la producción industrial de productos que también se producen artesanalmente, no se requiere de un certificado de idoneidad.

Si el legislador establece presupuestos subjetivos de admisión en forma de un certificado de idoneidad, no se encuentra obligado por el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, a tratar a las profesiones en forma igual, porque en el caso de ellas se establece una igualdad externa para los ámbitos de actividad u ocupaciones individuales. Más aún, él puede diferenciar la forma y la extensión de la reglamentación profesional en amplia medida de acuerdo con las especiales relaciones de los diferentes ámbitos de la vida profesional, especialmente de acuerdo con la estructura social de las

profesiones en cuestión (BVerfGE 9, 338 [350]). Para la aplicación de esos criterios no se puede valorar como una violación en contra del principio general de igualdad, el que las actividades de las empresas industriales no estén sujetas a los requisitos de admisión a los que se encuentran sometidos los oficios artesanales.

Las empresas artesanales son, a diferencia de las empresas industriales, prevalentemente empresas pequeñas. Típico de ellas es la colaboración personal del dueño de la empresa; su calificación especializada decide sobre el valor de la prestación artesanal. El propietario de una empresa industrial, por el contrario, no trabaja directamente en la producción, sino que se limita a la dirección técnica o contable. Esa diferencia estructural puede hacer parecer como justo, el hacer depender el ejercicio independiente de un oficio artesanal de la certificación de las habilidades y conocimientos personales.

**76. Sentencia BVerfGE 19, 330 [Certificación de conocimientos
- Comerciante al por menor]**

Es incompatible con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, exigir para la apertura de un negocio con mercancías de toda clase (con excepción de las mercancías citadas en el §3, párrafo 3, frase 2 de la Ley de Comercio al por menor) la certificación de los conocimientos profesionales.

**Resolución de la Primera Sala, del 14 de diciembre, 1965
-1 BvL 14/60-**

Para el ejercicio del comercio al por menor se requiere de una autorización (§3, párrafo 1), que de acuerdo con el §3, párrafo 2 EinzelHG se debe denegar cuando:

1. Ni la empresa ni la persona encargada de la representación o de la dirección de la empresa pueden certificar los conocimientos requeridos, o
2. Existen circunstancias en las cuales se da la falta de seguridad en una de las personas citadas en el numeral 1, y que se requieren para la dirección de la empresa.

Dentro del comercio al por menor, el EinzelHG diferencia los siguientes grupos de negocios:

Negocios de víveres al por menor, de acuerdo con el §1, párrafo 1 de la Ley de Víveres. Negocios de medicamentos y de asistencia médica al por menor—con excepción de los medicamentos controlados—. Negocios al por menor de otras mercancías (en adelante, se designarán como negocios al por menor generales).

Para los negocios de víveres y medicamentos al por menor, el §4, párrafo 2 EinzelHG, a diferencia de los negocios generales autorizados, exige requisitos especiales.

La certificación de los conocimientos requeridos para el caso de los negocios generales establece quién aprobó el examen de auxiliar de comerciante en cualquier rama de la actividad económica y que luego ha ejercido una actividad práctica de comercio por lo menos durante dos años (§4, párrafo 1 EinzelHG). Para la certificación de los conocimientos es suficiente, además, el desempeño de una actividad comercial durante cinco años por lo menos, o en su lugar, el de una actividad directiva por dos años (§4, párrafo 2 EinzelHG). Finalmente, la ley prevé que el solicitante que no llene los requisitos antes citados, pueda probar sus conocimientos sobre negocios al por menor mediante un examen especial (§4, párrafo 4 EinzelHG).

La ley sobre el ejercicio del comercio al por menor no regula, a pesar de su designación, el ejercicio de la profesión, sino el acceso a la profesión. El requisito de los conocimientos especializados es un presupuesto de admisión subjetivo en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 7, 377 [406 y ss.]). La adopción de la profesión como comerciante al por menor depende de la posesión de determinados conocimientos, que se pueden certificar mediante una formación especial y ante todo con un examen.

Los presupuestos de admisión subjetivos se justifican sólo para la protección de un bien común importante. Ellos restringen sensiblemente la libertad de elegir una profesión, debido a que le prohíben a los solicitantes iniciar la actividad en la profesión que han elegido, hasta que aporten el certificado que acredita que han estudiado durante largo tiempo y que han aprobado un examen especial (BVerfGE 13, 97 [107]).

La protección de los consumidores (es decir, los cliente de los comerciantes al por menor) contra daños a la salud o económicos, puede ser visto como un interés general importante, que podría justificar también la exigencia de requisitos subjetivos para ejercer el comercio al por menor. Para esos fines, sin embargo, no son adecuados los medios elegidos aquí.

Los comerciantes al por menor colaboran con la “distribución de mercancías” para satisfacer las necesidades. Su función económica es la de proporcionar, almacenar y entregar—por lo general, a los consumidores privados— mercancías. La transformación y la elaboración de las mercancías (“manipulación”) se remonta a más atrás; de éstas se encargan completamente las empresas mayoristas y de producción; por regla general se excluyen los bienes listos para consumir.

Los peligros para la salud pueden amenazar a los consumidores en un negocio no apto para el comercio con víveres, medicamentos y similares. A esos sectores se les aplican, sin embargo, disposiciones especiales, que no son objeto de examen aquí. Los comercios al por menor, por lo general no ponen en peligro la salud de los clientes. La posibilidad de un daño económico no se excluye, por el contrario, cuando el comerciante, por ejemplo, proporciona mercancías defectuosas, guarda las mercancías en forma inadecuada o aconseja a los clientes en forma insuficiente. Estos peligros se pueden excluir o al menos disminuir cuando se le exige al comerciante al por menor la certificación de los conocimientos en su rama. Respecto de esa certificación, la ley, sin em-

bargo, no exige nada. Se satisface con la certificación de conocimientos comerciales especiales, que se han podido adquirir en otra rama.

b) El presupuesto de admisión, basado en los conocimientos especializados, debe servir de manera evidente, en primer lugar, a los intereses de la situación profesional misma, la conservación de la capacidad productiva y su prestigio social. Sin embargo, el legislador, para la consecución de esos fines –justificados por sí mismos–, no tiene que tener en cuenta los límites a los que se encuentra sujeto a través del principio de proporcionalidad [...]

Se va más allá de la magnitud de los requerimientos, cuando el legislador exige para todos los negocios al por menor, como presupuesto para la adopción de la profesión, una certificación de los conocimientos que se consideran comerciales, mediante la misma formación esquemática y un examen. Cuando en opinión del legislador, las condiciones en determinados ramos del comercio al por menor hacen parecer como verdaderamente necesaria la introducción de un presupuesto de admisión, se deben exponer en detalle los peligros que amenazan a la comunidad y que probablemente pueden ocurrir. El legislador también debe intentar conjurar esos peligros, en primer lugar, en el nivel de la reglamentación del ejercicio de la profesión. Con la garantía constitucional de la libertad de elegir una profesión, no es compatible, por el contrario, el someter la totalidad de una profesión a restricciones palpables de la libertad de profesión, en forma profiláctica, debido a la existencia en algunos casos individuales de peligros amenazantes.

Existe la preocupación de que la productividad y el prestigio social de toda una profesión puedan justificar sólo en forma excepcional la introducción de presupuestos de admisión subjetivos. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido esto en cuenta para el caso del oficio de artesano (BVerfGE 13, 97). Existe un interés general en la conservación saludable y productiva del oficio de artesano, especialmente porque con el oficio de artesano, más allá de la formación de la descendencia, impacta sobre el resto de la economía manufacturera, especialmente sobre las empresas industriales. Para la protección del oficio de artesano el legislador puede, por consiguiente, ir más allá del nivel de la reglamentación del ejercicio de la profesión, y exigir los denominados certificados de idoneidad en forma de un examen. Situaciones similares no existen para el caso del comercio al por menor, ya que en este nivel la mercancía no se somete a ningún proceso de elaboración; por tanto, no se requiere hacer grandes exigencias respecto de las capacidades personales del empresario; de otra parte, los comercios al por menor se asocian a empresas de muy diferente tamaño y forma, que van desde distribuidores automáticos (como en el proceso de primera instancia) hasta almacenes. Con la invocación de un interés común general para la conservación del “comercio al por menor”, no se pueden justificar, por consiguiente, la restricciones al derecho fundamental. Las tan diferentes situaciones y funciones de ambas ramas profesionales en la vida social y económica son notorias también en el desarrollo legal: en los oficios artesanales el certificado de idoneidad y el examen corresponden a una vieja tradición;

el comercio al por menor ha estado hasta ahora libre de toda restricción legal para su ejercicio.

77. Sentencia BVerfGE 86, 28 [Designación oficial de peritos]

La designación pública de los peritos, de conformidad con el §36 del Ordenamiento sobre Actividades Económicas, puede hacerse depender de la idoneidad profesional y personal del aspirante, así como de una necesidad general del respectivo especialista en un determinado campo de especialización, pero no del número ya existente de peritos. Un examen de las necesidades concretas contra- viene el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Resolución de la Primera Salam, del 25 de marzo, 1992 –1 BvR 298/86–

Fundamentos:

El recurso de amparo se relaciona con la cuestión acerca de si el nombramiento público de un perito, de conformidad con el §36 del Ordenamiento sobre Actividades Económicas (GewO⁵⁵), se puede rechazar con el fundamento de que el número de peritos activos, que han sido designados públicamente, es suficiente.

I.

1. El fundamento legal para la designación pública y el nombramiento de personas, que desarrollan o quieren desarrollar la actividad de peritos es el §36, párrafo 1 GewO:

§36 GewO:

Designación pública de peritos:

(1) Las personas que se desempeñan o se quieren desempeñar como peritos pueden ser designados públicamente, en determinados cargos y en determinados campos especializados por los gobiernos estatales a su criterio, cuando acrediten conocimientos especializados y no exista duda alguna sobre su idoneidad [...]

[...] se encuentran autorizados para la designación pública y nombramiento de peritos las corporaciones de derecho público competentes; los presupuestos de la designación, así como los derechos y deberes de los peritos, se reglamentarán mediante estatutos. El estatuto de la Cámara de Comercio e Industria de Koblenz reglamenta los presupuestos de la designación pública como sigue:

§2 GewO:

Requisitos para la designación:

(1) Para la designación pública debe existir una necesidad general [...]

⁵⁵ Gewerbeordnung.

2. La reglamentación legal, de acuerdo con la cual las entidades competentes pueden llevar a cabo la designación pública “en determinados campos especializados de acuerdo con su criterio”, se ha entendido en la literatura y en la jurisprudencia en modo tal como si se estuviera llevando a cabo un doble examen. Se debe examinar, en primer lugar, si los peritos realmente se requieren en el campo especializado correspondiente (examen abstracto de necesidad); acto seguido se debe decidir si en ese campo especializado, atendiendo al número de peritos existentes, se requiere de más designaciones (examen concreto de necesidad). Los peritos particulares no tienen derecho a la designación pública.

II.

1. El recurrente se encuentra vinculado desde enero de 1969 como perito de automóviles (con grado de ingeniero) en la asociación alemana para la vigilancia del sector automotor (DEKRA). Su actividad consiste en la elaboración, bajo su propia responsabilidad, de conceptos en el sector automotriz para la policía, fiscalías y tribunales. Mediante escrito del 22 de septiembre de 1981 solicitó ante la Cámara de Comercio e Industria (HK) de Koblenz que se le designara públicamente y se le nombrara en el cargo. La Cámara supuso que el recurrente quería que lo designaran y nombraran como perito en el campo de “valoración y determinación de daños de automóviles”. Ella lo rechazó porque en ese campo no existía necesidad de nombrar un perito adicional, y porque existían otros candidatos en lista de espera.

B.

El recurso de amparo es admisible y se encuentra fundado.

Las decisiones impugnadas se apoyan en el §36 GewO, sin embargo, no interpretan dicha disposición de modo conforme a la Constitución. La designación pública de peritos no se puede hacer depender del número de peritos ya existente. Un examen de necesidad tal, no estaría cubierto por el §36 GewO en el caso de una interpretación conforme a la Constitución. Sería además desproporcionado.

I.

El rechazo de la solicitud del perito a un nombramiento público implica una intervención en la libertad de ejercer esa profesión.

1. Si el legislador crea el reconocimiento estatal de una calificación profesional, propiciando de este modo ventajas en la competencia profesional, entonces el rechazo de ese reconocimiento actúa como una intervención en la libertad de ejercer una profesión. Como restricciones a la libertad se consideran no solamente los mandatos y las prohibiciones; basta que se influya la competencia mediante medidas estatales y de este modo se obstaculice el ejercicio de una profesión (véase sobre todo, BVerfGE 82, 209 [223] y ss.).

De acuerdo con el § 36, párrafo 1 GewO, las personas pueden ser designadas como peritos sólo si acreditan poseer conocimientos especializados y no existen dudas sobre su idoneidad. De ahí que un perito con la designación pública compruebe ante la administración aquellas particularidades que son decisivas para su éxito profesional: com-

petencia e integridad personal. De ahí se origina una considerable ventaja competitiva respecto de aquellos peritos que no pueden probar su competencia con un reconocimiento estatal.

2. La intensidad de la intervención en la libertad del recurrente es considerable. Ésta se ha valorado muy bajo en las sentencias recurridas.

a) Sin embargo, se debe partir, siguiendo a los tribunales administrativos, de que no se trata de una restricción a la libertad de elegir profesión, sino sólo de una reglamentación de su ejercicio. Los peritos designados públicamente y nombrados en el cargo se distinguen de los demás peritos, no por su pertenencia a una profesión independiente, sino sólo por el reconocimiento estatal de su cualificación como peritos. Si un perito es designado públicamente y nombrado en el cargo, no se modifica por esto la imagen de su actividad profesional. En la realidad social, los peritos designados públicamente tampoco se manifiestan como un grupo profesional propio. En esta medida concuerdan las opiniones de los miembros de las asociaciones profesionales, así como la doctrina.

b) La intensidad de la intervención, sin embargo, no se puede determinar suficientemente con esta afirmación. Las restricciones al libre ejercicio de la profesión son posibles en diversos niveles. Pueden aproximarse incluso a las intervenciones a la libertad de elegir una profesión (BVerfGE 33, 125 [161]; jurisprudencia reiterada). Pero aun cuando ellas no vayan muy lejos, se debe tener en cuenta cómo afectan las cargas y restricciones, y en especial, qué tanto pueden reducir las posibles ganancias y oportunidades de competir de los miembros de una profesión.

Si se valora con esos criterios el §36 GewO en la interpretación de las sentencias impugnadas, entonces el efecto restrictivo de la libertad de los reglamentos discutidos sobre el ejercicio de la profesión debe calificarse como elevado. Ellos no se acercan a una restricción al libre ejercicio de la profesión, porque ellos no le sustraen los fundamentos económicos ni legales al ejercicio de la profesión de perito; pero sí van más allá de una reglamentación del ejercicio neutral desde el punto de vista de la competencia.

c) La intensidad de una restricción de la libertad de ejercer una profesión no se debe valorar sólo desde la perspectiva de sus consecuencias económicas, sino también con base en los presupuestos legales a los cuales se encuentra vinculada. Desde la sentencia de las farmacias (BVerfGE 7, 377) el Tribunal Constitucional Federal ha diferenciado entre el hecho de que las características personales y las capacidades del respectivo ciudadano sean idóneas (características subjetivas), y las características objetivas, que se encuentran fuera de su esfera personal. Esa diferencia no es significativa sólo para las intervenciones en la libertad de elegir profesión, sino también para otras restricciones a la libertad profesional (véase especialmente BVerfGE 85, 360, 372 y ss.).

De acuerdo con la interpretación de las sentencias impugnadas y de la opinión predominante, el §36 GewO vincula características objetivas y subjetivas. La designación pública presupone, ante todo, de conformidad con el claro tenor de la disposición, que el solicitante puede certificar especiales conocimientos y respecto de su idoneidad

no se suscita duda alguna. Ambos presupuestos se le deben atribuir a la esfera personal del solicitante; las características subjetivas corresponden a la cualificación de que trata el reconocimiento estatal. Cuando las sentencias impugnadas aprueban además que la designación pública se haga depender de una necesidad, entonces están interpretando el §36 GewO en el sentido de una restricción con base en características objetivas. Aquí se plantea la pregunta sobre si el fundamento legal para esto es suficiente, y si las consideraciones decisivas del bienestar común pueden justificar una intervención tan intensa en la libertad de ejercer una profesión.

II.

El Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental permite intervenciones en la libertad de ejercer una profesión sólo con base en una reglamentación legal, que establece de manera clara la extensión y los límites de la intervención. A esta reserva de ley se encuentran sometidas las medidas que se relacionan con la libertad de elegir profesión, así como aquellas que simplemente afectan su ejercicio. La reglamentación de los detalles los puede dejar el legislador a los estatutos expedidos por una corporación de derecho público, como se ha previsto expresamente en el §36 párrafos 3 y 4 GewO. Aunque también para garantizar la autonomía admisible, el legislador mismo puede decidir si, y en qué medida, los derechos de los individuos deben ceder frente al interés común. Qué requisitos se deben establecer en los fundamentos legales, depende de la intensidad de la respectiva intervención. En el caso de las reglamentaciones al ejercicio de la profesión, entre más sensible sean los efectos de la intervención en la actividad profesional libre, y entre más intensamente se afecte en el tiempo una decisión vital del individuo y del interés común, más claramente se tendrá que determinar en la autorización legal la magnitud admisible de la intervención (véase BVerfGE 33, 125 [160]).

Los presupuestos subjetivos de una designación pública como perito, que gravan por lo menos al solicitante, se encuentran suficientemente reglamentados en el §36, párrafo 1 GewO. Los conocimientos y la idoneidad son ciertamente conceptos legales indeterminados, cuya concreción, sin embargo, no implica una dificultad inusual y se facilita sobre todo mediante algunas circunstancias complementarias en el §2 del Ordenamiento sobre Peritos (SO).

Al contrario de lo que ocurre con los presupuestos de admisión subjetivos en el §36 GewO no se mencionan los requisitos objetivos de la necesidad. De todos modos el §2, párrafo 1 SO complementa: “Para la designación pública debe existir una necesidad general”. Éste se puede entender restrictivamente en el sentido de un examen de necesidad abstracto y especializado. Con todo esto se debe evitar el gasto en la evaluación, examen y designación de los peritos, en tanto que no se demanden asuntos especializados. Cuando por ejemplo, en un campo especializado no se demanden conceptos, o se haga rara vez, o cuando éstos puedan ser dados sin dificultad por peritos que se encargan de un campo más amplio, no se requiere de una persona encargada por el Estado.

Del §36 GewO no se puede derivar, por el contrario, ninguna directriz para que las Cámaras, en caso de existir una necesidad general, puedan ser autorizadas para adoptar una selección restrictiva entre varios solicitantes cualificados. Si el legislador tuviera la competencia para distribuir los cargos públicos queriendo concederle ventajas competitivas, entonces habría debido prever, por lo menos, los criterios de selección y el proceso de selección. Tales requisitos mínimos no se requieren en caso de las profesiones vinculadas al Estado (véase BVerfGE 73, 280 [295 y ss.]). De este modo habría debido reglamentarse, si para la selección eran decisivos el orden temporal de la solicitud, el tiempo que se ha ejercido la profesión, o las calificaciones especiales. Desde la perspectiva del derecho constitucional el reglamento tiene que establecer en qué forma se va determinar la necesidad concreta y cómo se pueden informar y proponer los interesados (*ibid.*, pp. 296 y ss.). En ningún caso las cámaras de comercio e industria individualmente, pueden continuar decidiendo, de acuerdo a su libre parecer, si el número de los peritos designados públicamente parece ser insuficiente, y qué solicitantes calificados deben en todo caso obtener el privilegio de una designación pública.

III.

Las decisiones impugnadas, por añadidura, no son compatibles con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque intervienen en forma fuertemente desproporcionada en el libre ejercicio de la profesión.

1. Las restricciones al ejercicio de la profesión deben ser legitimadas mediante consideraciones racionales del bien común (BVerfGE 7, 377 [405 y ss.] jurisprudencia reiterada). Puesto que la denegación de una designación pública como perito, debido a su efecto distorsionador de la competencia, representa una intervención considerable (véase arriba bajo 1.2 b), no satisface las finalidades puramente técnico-administrativas. El objetivo de la reglamentación debe en todo caso tener una importancia considerable.

El objetivo del reglamento del §36 GewO consiste, de acuerdo con la opinión predominante, en ofrecer el interés de un tráfico jurídico libre de contratiempos y una justicia que funcione a todas las autoridades, tribunales y particulares interesados, gente competente y especializada para la determinación de circunstancias complicadas y la realización de exámenes; las investigaciones difíciles y minuciosas sobre el prestigio e idoneidad de un perito se tornan superfluas con la designación pública (véase la documentación en Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung* §36, párrafos 9, 10).

Estos objetivos del reglamento corresponden directamente a un presupuesto de admisión subjetivo. Ellos no son problemáticos desde el punto de vista constitucional y tampoco fueron impugnados por el recurrente.

2. Del principio de proporcionalidad no se genera ninguna duda en contra de un examen de necesidad de carácter general, que simplemente establece si en determinado campo de especialización existe una demanda importante por un perito especializado. En la medida que, éste no es el caso, falta un motivo para la intervención del Estado. Los profesionales calificados no son sometidos a una restricción exagerada con la in-

actividad de las instituciones competentes, porque ellas no les pueden ofrecer una designación como perito y para que la competencia de los peritos designados públicamente no se vea obstaculizada.

3. El examen concreto de necesidad, por el contrario, interviene en forma desproporcionada en la libertad de ejercer una profesión. Protege de la competencia a la parte favorecida, lo que no se encuentra contemplado en los objetivos del §36 GewO. Algunas de las consideraciones del bien común tampoco son adecuadas para justificar esa forma de intervención en la libertad de ejercer una profesión. Los argumentos que se han dado en las opiniones como también en la jurisprudencia y escritos para una restricción numérica de los peritos designados públicamente, no tienen suficiente importancia.

a) De este modo, la revisión de la oferta debe servir para facilitar el hallazgo de los peritos más adecuados. Ese argumento le falta al problema de la selección, y que el legislador quiso solucionar. El §36 GewO tiene sólo el objetivo de facilitar la selección entre peritos calificados y no calificados. Para estos fines el examen concreto de necesidad es un medio adecuado [...]

En lo restante, el resultado de la práctica de las asociaciones privadas interpreta el reconocimiento adicional de los peritos, en el sentido que la opinión pública no está interesada en una disminución, sino en una ampliación de la oferta y las posibilidades de elección.

b) Tampoco es muy convincente el que la restricción numérica de los peritos designados públicamente se haya ordenado para garantizar el nivel de calificación requerido.

Se podría justificar con el argumento de que para los peritos, la experiencia y la motivación para continuar formándose podría estar influenciada por la frecuencia de los peritajes. Pero, de conformidad con el §36 GewO, la calificación especializada debe ser certificada mediante la designación pública; el perito adquiere sus conocimientos y experiencia no sólo a través de su actividad, sino ante todo con su profesión [...]

c) En todas las opiniones se encuentra en el trasfondo el argumento de que se debe limitar el número de los peritos designados públicamente a la cantidad que se requiera necesariamente, para posibilitar una práctica de designación económica y un control plenamente efectivo. Este punto de vista no puede justificar, sin embargo, un examen de necesidad concreto.

El evitar costos administrativos no es tampoco un motivo suficiente para las intervenciones en las libertades protegidas con los derechos fundamentales. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional Federal ha decidido en varias ocasiones que de acuerdo con la Ley Fundamental es inadmisibles restringir la libertad de los ciudadanos para elegir una profesión simplemente en interés de una vigilancia estatal más fácil (véase BVerfGE 41, 378 [397]; 65, 116 [129]).

78. Sentencia BVerfGE 53, 135 [Dulces de chocolate y arroz inflado]

Sobre los requisitos para una reglamentación del ejercicio de una profesión de conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental en el campo del derecho sobre alimentos.

Resolución de la Primera Sala, del 16 de enero, 1980
–1 BvR 249/79–

Objeto del recurso de amparo es la pregunta acerca de si es compatible con la Ley Fundamental someter a una prohibición absoluta la circulación de alimentos que se pueden confundir con chocolate.

Objeto del proceso de primera instancia fueron dulces de estación, tales como figuras de “Santa Claus” y conejos de pascua, hechos a base de arroz inflado y pegados con un glaseado compuesto de grasa de soya, azúcar glas y cocoa en polvo.

El recurso de amparo se encuentra fundado.

1. El §14, párrafo 2 de Kakao VO (la Reglamentación sobre el Cacao) es incompatible con el §12, párrafo 1 de la Ley Fundamental en la medida que prevé para los alimentos designados en la disposición, una prohibición absoluta para circular.

La disposición contempla una reglamentación del ejercicio de la profesión. Ésta sólo se puede llevar a cabo de acuerdo con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental sólo mediante ley o con fundamento en una ley; si el ejercicio de una profesión se reglamenta a través de un ordenamiento legal, entonces la correspondiente autorización debe apoyarse en uno de los requisitos de la Ley Fundamental y en su contenido estar cubiertas por la autorización. La reglamentación del ejercicio de una profesión presupone materialmente que ella aparece justificada por los motivos racionales del bien común, que los medios elegidos son adecuados y se requieren para alcanzar los fines perseguidos, y la restricción del implicado es razonable (BVerfGE 46,120 [145]). Esos presupuestos los llena el §14, párrafo 2 Kakao VO, sólo en parte.

La autorización contemplada en el §19, párrafo 4 lit. b LMBG en la que se apoya la disposición, satisface los requisitos del Art. 80, párrafo 1, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental.

La reglamentación que adoptó la autoridad encargada de la reglamentación contraviene, sin embargo, el principio de la necesidad; ella es, por consiguiente, desproporcionada.

Para el examen de la pregunta sobre si las restricciones comprendidas en una reglamentación del ejercicio de la profesión son proporcionadas, se debe tener en cuenta, sin embargo, la libertad para reglamentar que se les ha atribuido tanto al legislador como a las autoridades administrativas –en el marco de la autorización– en el campo de la actividad económica. En la determinación de los objetivos político-económicos y de las medidas adecuadas para su seguimiento, la Ley Fundamental deja un

espacio de valoración y actuación al interior del juego de las libres fuerzas que puede ser corregido también a través de medidas de direccionamiento político-económico. El § 14, párrafo 2 KakaoVO es objetable desde el punto de vista constitucional; por tanto, sólo cuando ese espacio de actuación ha traspasado los límites constitucionales relativamente amplios (véase BVerfGE 46, 246 [257] con más anotaciones), se debe estar en capacidad de poder establecer, de manera terminante, que para alcanzar los fines perseguidos se dispone de otros medios menos restrictivos (BVerfGE 39, 210 [231] con más anotaciones). Éste es el caso.

La función de las disposiciones del derecho sobre alimentos es evitar, en interés del consumidor, la modificación de los alimentos y proteger a los consumidores de los peligros para la salud. Esto se puede reconocer en las prescripciones de los §§ 8 y ss. y 17 y ss. LMBG. El § 14, párrafo 2 Kakao VO sirve sólo a la protección del consumidor frente al engaño.

Esa protección es sin duda alguna un motivo razonable del bien común, que puede justificar las restricciones al ejercicio de la profesión.

Para alcanzar esos fines no sólo es adecuado una orden específica, sino también una prohibición para comercializarlos. Tal prohibición es, sin embargo, uno de los medios más restrictivos que se puedan emplear para proteger al consumidor frente a cambios y engaños. Por lo general, un peligro de este tipo se puede conjurar en forma igualmente efectiva y menos restrictiva mediante la obligación de etiquetar el producto adecuadamente. Ciertamente, corresponde con la realidad el que la decisión del consumidor para comprar un producto no se apoya por lo general en un juicioso estudio de las características de la mercancía, sino que también se orienta por la forma en que se presenta externamente (BVerfGE 46, 246 [260]). Esto no justifica, sin embargo, el supuesto de que para la protección del consumidor “ocasional” se requeriría de una prohibición básica de la comercialización de toda clase de alimentos que se encuentran designados en el § 14, párrafo 2 KakaoVO. La prohibición a través de la cual los productos de chocolate se privilegian en la competencia, no se puede justificar tampoco con otras consideraciones. Ciertamente el legislador puede, por ejemplo, en el caso de una posible equivocación entre productos lácteos y margarina, adoptar las respectivas medidas en interés de la conservación de la agricultura más allá de la finalidad directa de la protección del consumidor (véase BVerfGE 46, 246 [256 y ss.]). En un caso de este tipo no existe ninguna justificación para una restricción que vaya más allá de impedir la confusión. En esta medida han debido darse por satisfechos con aquellas medidas que se requieren en interés de la protección del consumidor.

Para alcanzar ese fin es suficiente la obligación de etiquetar el producto adecuadamente.

79. Sentencia BVerfGE 95, 173 [Advertencias en productos de tabaco]

Sobre la pregunta acerca de si el deber de difundir en los empaques de productos de tabaco advertencias sobre los peligros para la salud a que se expone el fumador; es compatible con los derechos fundamentales.

Sentencia de la Segunda Sala, del 22 de enero, 1997
–2 BvR 1915/91–

Fundamentos:

Los recursos de amparo son infundados.

II.

La obligación de las advertencias vincula tanto a productores como a comerciantes de productos de tabaco en la distribución de sus mercancías, no en la participación en el proceso de expresar y difundir opiniones. Por consiguiente, el deber de etiquetar el producto se debe medir con el criterio de la libertad de ejercer una profesión (Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental), y no con el de la libertad de opinión (Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Las recurrentes pueden invocar, como personas jurídicas del derecho privado, al Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 30, 292 [312]; 50, 290 [363]). Su representación profesional, incluyendo la propaganda para sus productos, caen en el ámbito de las actividades profesionales que el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege (véase BVerfGE 85, 248 [256]; GRUR 1996, p. 899 [902]). Las medidas estatales que limitan el ejercicio de la actividad profesional son intervenciones en la libertad de ejercer una profesión (véase BVerfGE, *idem*). No existe una violación del derecho fundamental en esto.

1. a) El derecho fundamental de la libertad de opinión (Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental) puede ser tenido en cuenta en el caso de la publicidad, cuando la propaganda contempla un contenido valorativo, que influye en la formación de la opinión, o tiene indicaciones que sirven a la formación de la opinión (véase BVerfGE 71,162 [175]). Esto falta aquí. En la medida en que los productores de tabaco deben difundir en sus empaques advertencias estatales, el Estado sólo tiene en cuenta esto, sin afectar con esto la propaganda en lo restante. En esta medida no se está afectando el derecho a expresar y difundir opiniones con que cuenta la empresa, sino exclusivamente su derecho a ejercer una profesión.

Otra cosa valdría si las indicaciones no fueran la expresión evidente de una opinión externa, sino que pudieran ser atribuidas a los productores de tabaco. Si el portador de un derecho fundamental se atribuyera la difusión de una opinión ajena como propia, se estaría afectando la libertad de expresar opiniones (Art. 5, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental). Si a los destinatarios de la propaganda se les deja la impresión de que los productores de tabaco apoyan por voluntad propia la difusión de indicaciones, o

que difunden por sí mismos esa declaración, entonces la libertad de difundir opiniones puede servir como criterio de examen. Si por el contrario, es evidente que las opiniones difundidas en los paquetes de tabaco se les deben atribuir a otros, y que la difusión de esas indicaciones es una condición general para la comercialización de los productos de tabaco, entonces este deber de etiquetar el producto reglamenta el ejercicio de la profesión.

b) Con fundamento en ese criterio, la reglamentación impugnada no afecta la libertad de opinión de las recurrentes. El deber de imprimir advertencias sirve a la difusión de una opinión ajena, lo tienen todas las empresas que comercializan cigarrillos, y no suscitan la idea de que las empresas difunden esa opinión por sí mismas.

Las indicaciones se deben valorar como la expresión de una opinión ajena. Ellas expresan además que el Ministerio de Salud de la Comunidad Europea sostiene la opinión de que el fumar produce cáncer, así como enfermedades del corazón [...]

2. La obligación de las empresas de imprimir las indicaciones cae, por tanto, en el ámbito de protección del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

a) Las intervenciones en la libertad para ejercer la profesión requieren, de conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, un fundamento legal que satisfagan los requisitos que la Constitución prevé para las leyes que restringen los derechos fundamentales. Los fundamentos legales son, por tanto, compatibles con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, cuando ellos se justifican con base en el bien común cumplen con el principio de proporcionalidad, son adecuados y necesarios para la obtención de los fines perseguidos y cuando, para la ponderación entre la gravedad de la intervención y la importancia de los motivos que lo justifican, no se garantiza el límite de la razonabilidad (véase BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259]; GRUR 1996, p. 899 [902]).

b) Los presupuestos se han llenado aquí.

El decreto que ordena colocar advertencias en los productos de tabaco se sirve de la autoridad del Estado y, de este modo, adquiere una confianza con base en la ley. Esa consideración de los derechos supremos simplemente no ofrece objeción desde la perspectiva del derecho constitucional, porque el contenido de la advertencia concuerda con los conocimientos de las ciencias naturales, la advertencia de peligros para la salud pertenece al ámbito de las funciones supremas y las medidas satisfacen los requisitos de la libertad de ejercer una profesión.

El fundamento legal del decreto es el §21, párrafo 1 LMBG, que fundamenta los deberes formulados concretamente en el decreto sobre tabaco.

aa) Las advertencias sirven a la protección del fumador de los peligros para la salud. Se ha reconocido públicamente que fumar es dañino para la salud.

Como resultado, de acuerdo con el estado actual de los conocimientos médicos, es seguro que el fumar produce cáncer, así como enfermedades del corazón y, por tanto, llevan a enfermedades mortales y ponen en peligro también la salud de los no fumadores [...]

bb) La advertencia de esos peligros para la salud pertenece a las funciones legítimas del Estado. La política de salud estatal debe advertir en todo caso sobre los graves peligros médicos para el fumador y concientizar a los consumidores de que los fumadores activos causan daño a los fumadores pasivos. La simple forma del lenguaje que caracteriza esa advertencia conduce a los destinatarios a reflexionar con base en los peligros para la salud sobre su decisión de compra. Esa ilustración estatal sirve, por tanto, a la protección de la población frente a los peligros para la salud.

cc) El legislador puede partir también de la idoneidad de las medidas para la protección de la salud. La valoración de esa idoneidad se relaciona básicamente con su apreciación (véase BVerfGE 25, 1 [12,17]; 30, 292 [317]). En la actualidad, ciertamente, ha aumentado el consumo de cigarrillos a pesar de las advertencias. En el año 1994 aumentó el consumo en Alemania en 3%, esto es, a 131.1 millones de cigarrillos (véase Harenberg, *Lexikon der Gegenwart, Aktuell '96*, 1995, entrada: Rauchen, p. 339). En todo caso, la apreciación legal de que con advertencias se puede evitar el consumo de tabaco, no es objetable desde el punto de vista constitucional. Las advertencias son idóneas, al menos, para distanciar al consumidor del consumo irracional de tabaco.

La reglamentación concreta de las advertencias satisface también el requisito de la idoneidad. La afirmación sobre la relación de causalidad que existe entre el fumar y el cáncer, otras enfermedades y los peligros para la salud de terceros, está de acuerdo con los resultados de las investigaciones en el campo de las ciencias naturales: esto no quiere decir que el fumar sea la única causa, pero tampoco quiere decir que un no fumador se encuentre asegurado frente a todo cáncer o riesgo de enfermedad. Más aún, las advertencias remiten, de acuerdo con el significado común del concepto “causas”, a un contexto causal, típico y generalizado de fumar y daños a la salud; ellos tienen por objeto crear conciencia en el hecho de que la renuncia al fumar ayuda a evitar un riesgo para la salud.

dd) La advertencia es también necesaria. La posibilidad de proteger frente a los peligros que se derivan de fumar no es ni evidente ni manifiesta [...]

Por lo demás, se considera la prohibición de la propaganda, junto a las ilustraciones sobre la salud, como una medida más adecuada para combatir el consumo irracional de tabaco. Las condiciones para la comercialización también se deberían analizar (por ejemplo, la prohibición del comercio en máquinas automáticas y la venta a los jóvenes). Frente a esas alternativas, la reglamentación impugnada aparece como la más suave de las medidas.

ee) El deber de incluir advertencias no toca de manera abierta los límites de la razonabilidad. La intervención en el ejercicio de la profesión permite a la industria del tabaco ejercer posteriormente su actividad de comercialización y le brinda al consumidor simplemente un fundamento médico para al momento de tomar la decisión de comprar el producto. El medio de restricción elegido –un simple efecto lingüístico mediante la advertencia– es una forma de actuar, que no afecta el intercambio de bienes mediante la oferta y la demanda, y que hace consciente al demandante de unas consi-

deraciones que de acuerdo con el estado actual del conocimiento médico, deben ser de conocimiento general.

ff) El despliegue de fuerzas financieras y organizacionales privadas para el cumplimiento de las funciones estatales en materia de política de salud es compatible con el Art. 12, párrafo 1 (véase BVerfGE 68, 155 [170]). El deber de imprimir la advertencia se justifica con la especial responsabilidad y aproximación del productor y del consumidor de productos tabacaleros con la función de protección frente a las amenazas que implica el consumo de tabaco que esas empresas producen.

III.

Los reglamentos impugnados tampoco violan el derecho fundamental de las recurrentes, consagrado en el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. El deber de imprimir advertencias ciertamente disminuye las oportunidades de hacer transacciones y ganancias a las recurrentes, sin embargo, no afecta los derechos de propiedad. El Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental protege sólo las posiciones legales que se le atribuyen a un sujeto de derechos (véase BVerfGE 20, 31 [34]; 30, 292 [335]; 45, 272 [296]; 68, 193 [223] con otras anotaciones).

IV.

No obstante, también se descarta una violación de la libertad empresarial garantizada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La reglamentación impugnada se relaciona con la libertad de actuar en el ámbito del ejercicio de una profesión, que ha encontrado su garantía especial en el Art. 12 de la Ley Fundamental. Sin embargo, no hay espacio para un examen con base en los criterios del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 70, 1 [32]).

80. Sentencia BVerfGE 33, 303 [*Numerus Clausus*]

1. *Sobre la valoración constitucional de las restricciones absolutas para la admisión de estudiantes que quieren iniciar estudios en un campo de especialización determinado, debido al agotamiento de la capacidad para impartir una formación (aquí: numerus clausus absoluto para el estudio de medicina).*
2. *Del derecho garantizado en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, sobre la libre elección de una profesión y formación en concordancia con el principio general de la igualdad y el principio del Estado social, se deriva un derecho a ser admitido en una universidad. Ese derecho es restringible mediante ley o con fundamento en una ley.*
3. *Las restricciones absolutas a la admisión de los estudiantes que desean iniciar sus estudios en un campo de especialización determinado son constitucionales sólo: a) Si se encuentran en el límite de los requisitos indispensables debido al agotamiento de la utilización de las capacidades de formación existentes, y b) Si la selección y distribución de los aspirantes se lleva a cabo de acuerdo con*

critérios justos, con una oportunidad para cada uno de los aspirantes a una universidad y atendiendo en lo posible la elección individual del lugar de formación.

4. *Las decisiones esenciales sobre los presupuestos para el decreto de las restricciones de admisión absolutas y sobre los criterios de selección aplicables los debe tomar el mismo legislador; las universidades pueden ser autorizadas para reglamentar las particularidades adicionales dentro de determinados límites.*
5. *El §17 de la Ley de Universidades de Hamburgo del 25 de abril de 1969 es en esta medida incompatible con la Ley Fundamental, cuando el legislador, por su parte, para el caso de las restricciones absolutas a la admisión, no ha expedido ninguna disposición sobre la forma y el rango de los criterios de selección.*

Sentencia de la Primera Sala, del 18 de julio, 1972

–1 BvL 32/70 y 25/71–

En dos procesos sobre la admisión a los estudios de medicina en las universidades de Hamburgo y Múnich, los tribunales administrativos competentes solicitaron la decisión del Tribunal Constitucional Federal acerca de si determinadas disposiciones del derecho estatal sobre las restricciones para la admisión en las universidades (*numerus clausus*) son compatibles con la Ley Fundamental.

Objeto de la revisión constitucional es el *numerus clausus absoluto*, que se genera por el agotamiento de la capacidad total para formar estudiantes en un determinado campo de especialización, pudiendo quedar por fuera las restricciones locales y estructurales que dificultan la elección de una determinada universidad, o las restricciones que sencillamente afectan a los estudiantes admitidos en semestres más altos. De esas restricciones se diferencia el *numerus clausus absoluto* por sus especiales efectos restrictivos. Esto conduce, por tanto, a que un mayor o menor número de los aspirantes deban posponer el comienzo de los estudios deseados durante un tiempo más o menos largo. En el caso de una demanda muy fuerte y de la correspondiente larga lista de espera, esta clase de restricciones a la admisión perjudican no sólo la elección del tipo de formación, sino que pueden influir a tal grado en la elección de profesión, que la persona abandone sus intenciones originales. Los aspirantes de escasos recursos no tienen la misma posibilidad que los que cuentan con medios económicos para allanar la larga espera o intentar una formación en el extranjero.

I.

1. Como criterio de examen para la evaluación constitucional de las restricciones para la admisión, como también lo han expresado la jurisprudencia y la doctrina (véase el cuadro sinóptico en Schmidt, BVBl 1971, p. 382 y en Wunch, WissR, t. 5, 1972, pp. 16 y ss.), se puede invocar ante todo el derecho, garantizado a todos los alemanes en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, de elegir libremente el tipo de formación.

Para la inclusión de ese derecho en la Ley Fundamental y para su interpretación inicial está en primer plano la idea de que el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, garantiza al individuo un derecho de defensa en contra de las restricciones a la libertad de elegir un tipo de formación. En este sentido, se subrayó en las reuniones del Consejo del Parlamento, que bajo toda circunstancia se debía asegurar la libertad de elegir entre las diferentes universidades y de poder aprender con profesores de muy alto nivel, para así poder educarse en forma correspondiente; también se debía evitar que cada Estado permitiera estudiar en sus universidades sólo a estudiantes provenientes del mismo Estado (StenBer. Sobre la 44 Asamblea de la Comisión Principal del 19 de enero de 1949, pp. 575 y ss.). Esto, de hecho, se ha circunscrito a un aspecto esencial de la protección de los derechos fundamentales, que se debe tener en cuenta en la forma más amplia que sea posible, cuando como consecuencia del agotamiento de la capacidad total para brindar educación se hace inevitable la distribución de los aspirantes en diferentes programas de formación.

En el caso de un agotamiento de la capacidad de formación entra en juego adicionalmente un aspecto esencial del derecho a la libre elección de la formación, que se relaciona estrechamente con el derecho a elegir profesión, garantizado en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Por regla general, la formación es el paso previo a la elección de una profesión, ambos son parte integrante del proceso de la vida. Según esto, se ha subrayado desde hace tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que no sólo los conceptos allí empleados de elección de la profesión, y posteriormente de ejercicio de la misma, son inseparables, y corresponden a un complejo único de la actividad profesional como fundamento de la manera de vivir, sino que a la reglamentación legal de esa actividad profesional pertenecen también las disposiciones sobre la formación previa al ejercicio de una profesión (véase BVerfGE 7, 377 [401, 406]). De esa estrecha relación, el Tribunal Administrativo Federal ha deducido que las restricciones en la admisión a la formación no pueden servir al direccionamiento de la profesión (JZ 1963, p. 675; véase también, BverwGE 6, 13 y 7, 287). Adicionalmente, esa estrecha relación fuerza a la posterior consecuencia de que por lo menos cuando para la elección de una profesión —como la medicina— que presupone una determinada formación, las restricciones al libre acceso a la formación respectiva se deben evaluar tan estrictamente como ocurre en el caso de los presupuestos para acceder a la profesión misma.

La protección constitucional de los derechos fundamentales, en el ámbito de la formación, no se agota en la función de protección, atribuida usualmente a las libertades, frente a las intervenciones del poder público. El Tribunal Constitucional Federal ha expresado en diversas ocasiones que los derechos fundamentales, como normas objetivas, estatuyen un orden de valores, que como decisión fundamental constitucional reclama validez en todos los ámbitos del derecho y que, por tanto, los derechos fundamentales no son sólo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado (BVerfGE 21, 362 [372] con más anotaciones).

Entre más énfasis le dé el Estado a la seguridad social y a la promoción cultural de los ciudadanos, mayor será la importancia en la relación entre el ciudadano y el Estado, junto al postulado inicial del derecho fundamental a la libertad frente al Estado, de la exigencia complementaria, garantizada constitucionalmente, de participar en las prestaciones del Estado. Ese desarrollo se muestra en forma evidente en el ámbito educativo, en la medida que se destaca a pesar del desconocimiento de la estrecha relación existente con la elección de profesión: la libertad de ejercer una profesión se realiza actualmente –sin perjuicio de las reglas especiales del servicio público que se encuentran en el Art. 33 de la Ley Fundamental (véase al respecto BVerfGE 7, 377 [398]; 17, 371 [379 y ss.]– de manera prevalente en el ámbito del derecho laboral y de las profesiones privadas, y se orienta básicamente a la protección de la personalidad, la autodeterminación de la vida y a garantizar la libertad *frente* a la coerción o las prohibiciones relacionadas con la elección y ejercicio de una profesión. Por el contrario, la libre elección de la educación tiene por naturaleza como objetivo el libre acceso a las instituciones; la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor. Por esta razón, el proyecto de una ley marco para las universidades, parte del derecho que tiene todo alemán, de poder ingresar a la universidad que elija, cuando está en capacidad de certificar las calificaciones requeridas para ese estudio.

El reconocimiento de ese derecho no se hace a discreción del legislador. De ahí que se pregunte si “un derecho de participación” pueda derivarse en cierta medida del hecho de que el Estado social adopta una posición de garante para el traslado del sistema de valores constitucional a la realidad constitucional (véase al respecto BVerwGE 27, 360 sobre la financiación de las escuelas privadas). Aun cuando se ha sostenido, en principio, que también en el moderno Estado social la decisión incontestable del legislador depende de sí, y en qué medida, él en el marco de una administración actuante quiere garantizar los derechos de los asociados; sin embargo, cuando el Estado ha creado ciertos establecimientos educativos se puede originar del principio de igualdad, en concordancia con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el principio del Estado social, un derecho a ingresar en esas instituciones. Esto se aplica especialmente donde el Estado se ha reservado para sí un monopolio de hecho –como en el ámbito universitario–, y donde –como en el campo de la formación para profesiones académicas– la participación en las prestaciones estatales es al mismo tiempo un presupuesto necesario para la realización de los derechos fundamentales. En un Estado social y de Derecho liberal no puede seguir quedando a la libre decisión de los órganos estatales la delimitación a su parecer del círculo de los favorecidos y la exclusión de una parte de los ciudadanos de ese favorecimiento, sobre todo si eso puede influir en la elección de las profesiones. De esto se sigue además que el Estado tiene la obligación de ofrecer a todos los ciudadanos la posibilidad de una educación superior, y de permitirles participar en igualdad de condiciones de las oportunidades que esto significa. El Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el mandato del Estado social, garantizan también a los

ciudadanos que llenan los requisitos el derecho de ser admitidos en el programa universitario de su elección.

2. De acuerdo con la opinión más difundida, la naturaleza del derecho a ser admitido, se debe restringir de antemano y exclusivamente a un derecho a participar de las posibilidades educativas *existentes*. El Tribunal Administrativo de Hamburgo parte, por el contrario, en su proyecto de sentencia, de un deber de *ampliar* la capacidad educativa y como consecuencia de esto, el decreto sólo puede incluir un *numerus clausus absoluto* en el caso de los estudiantes que inician sus estudios, cuando se reconoce expresamente en la ley el cumplimiento de este deber. En ambas posiciones, sin embargo, se presentan brevemente los puntos de vista que son esenciales para la protección de los derechos fundamentales en el actual contexto:

La problemática de la restricción absoluta de la admisión se caracteriza porque la capacidad existente no es suficiente para asignarle una plaza a cada uno de los aspirantes a cursar estudios superiores. Si desde un principio se restringiera la consideración constitucional de los interesados a la disponibilidad, se podrían obviar las dificultades. Mientras que en un caso normal, la protección que el Estado social le brinda a los asociados, principalmente en caso de favorecimientos financieros, las consecuencias negativas de una restricción a los medios existentes se pueden evitar hasta cierto punto mediante la redistribución; el *numerus clausus absoluto* conduce a una desigualdad crasa, ya que le otorga a una parte de los aspirantes todo y a la otra parte no —por lo menos durante un tiempo más o menos largo y que para las otras decisiones de la vida se puede convertir posiblemente en un periodo decisivo. Si el número de rechazados aumenta, como ocurre en el caso de los estudios de medicina donde inclusive se llega a rechazar a más de la mitad de los aspirantes, entonces el derecho a la admisión, protegido constitucionalmente, se convertirá en letra muerta. Debido a esos efectos es indiscutible que el *numerus clausus absoluto* se mueve dentro de los límites constitucionales tolerables. Dado que esos efectos sólo se pueden evitar en forma permanente mediante la ampliación de las capacidades, se plantea la pregunta sobre si de la decisión de valores constitucional y de la utilización del monopolio de la educación se deriva un deber constitucional objetivo, en el marco del Estado social, de disponer de capacidades educativas suficientes para las diferentes orientaciones educativas. Si esta pregunta se contestara afirmativamente y si de ese deber constitucional se puede derivar bajo especiales presupuestos, un derecho individual reclamable judicialmente del ciudadano para que se creen plazas de estudio, no requiere aquí de decisión alguna. Qué consecuencias constitucionales vendrían a consideración, en caso de una evidente violación de un deber constitucional, no se puede establecer actualmente en el campo de los estudios de medicina.

En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando

para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico. A él le corresponde también la decisión sobre el alcance y las prioridades de la construcción de escuelas superiores, donde se debe tener en cuenta que la construcción y reconstrucción de universidades de conformidad con el Art. 91a de la Ley Fundamental pertenecen a las funciones que deben cumplir conjuntamente la Federación y los Estados. Para estas decisiones los órganos competentes se tienen que orientar, en primer lugar, con base en las tendencias identificables de la demanda por plazas de estudio, pues una orientación basada exclusivamente en un direccionamiento inadmisibles y en un examen de necesidad, sin indagar por las necesidades, podría conducir a un recorte del significado de la libre autodeterminación como elemento constitutivo del orden liberal. De otra parte, el deber constitucional tampoco obliga a que para cada aspirante se deba tener a disposición en todo momento la plaza de estudio que él desea, y de esa forma hacer depender las inversiones aplicables en el campo de las universidades exclusivamente de múltiples factores usualmente fluctuantes e influenciados por la demanda individual. Esto llevaría a una comprensión errónea de la libertad, en el caso que se reconociera que en el tiempo la libertad personal no se realiza separadamente de la capacidad funcional y de la importancia del todo, y que una concepción subjetiva ilimitada a costa de la comunidad es incompatible con la concepción del Estado social. La Ley Fundamental –como en repetidas ocasiones lo ha subrayado el Tribunal Constitucional Federal con relación al derecho fundamental de la libertad general para actuar (véase BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351])– decide sobre la tensión individuo-sociedad en el sentido de la vinculabilidad y de la sujeción a la sociedad de la persona; el individuo debe aceptar, por tanto, aquellas restricciones a su libertad para actuar que el legislador, para la protección y promoción de la vida social en comunidad, prevé dentro de los límites de lo razonable, siempre y cuando se garantice la independencia de la persona.

Estas consideraciones reclaman validez en el campo de la garantía estatal del derecho de participación. Aquí el mandato de la justicia social, que se concretiza en el principio de igualdad, se opone a los medios públicos de los que se dispone limitadamente en detrimento de otros importantes intereses comunes y que en forma prevalente favorecen una parte privilegiada de la población. Al legislador, por tanto, no le puede estar prohibido orientarse también con base en las fuerzas de la necesidad a favor de diferentes profesiones, en la medida que no tenga éxito la demanda individual y la necesidad de la sociedad pueda cubrirse mediante la asesoría a los estudiantes.

Tomando estos criterios fundamentados como punto de partida, no se encuentra una violación de la Constitución. Ningún órgano del Estado niega la obligación de acelerar, en el marco de lo posible, lo que se tiene que hacer. En el §2 de la Ley de Promoción para la Construcción de las Escuelas Superiores, se reconoce expresamente que la Federación y los Estados, en cumplimiento de sus funciones comunes,

deben dirigir la construcción y reconstrucción de las escuelas superiores científicas a la creación de un sistema con base en la especialización, número, tamaño y lugar, en las escuelas superiores. [...] mediante el ofrecimiento suficiente y equilibrado de plazas se garantiza la investigación y la formación.

En lo que concierne al cumplimiento de ese deber, de acuerdo con la opinión difundida, la actual situación se debe en realidad no sólo a las dificultades de tipo objetivo, sino también a que la demanda, fortalecida por la propaganda, no encuentra correspondencia en las medidas en materia de construcción de escuelas superiores y de la reforma de estudios. Ya en el pasado, sin embargo, se empleó una parte considerable de los medios de que se disponía para la construcción de los establecimientos que se requerían para el estudio de la medicina.

Aún más, desde que se conocieron las dificultades se incrementaron los esfuerzos para conjurarlas, en donde se debe señalar especialmente el primer plan marco consagrado en la Ley para la Promoción de la Construcción de Escuelas Superiores. Para los estados de Hamburgo y Baviera se debe añadir que aquí el porcentaje de estudiantes de medicina es mucho más alto que en el resto de la República Federal.

3. Si de acuerdo con las consideraciones existentes, el reconocimiento legal expreso del deber de *ampliar* las capacidades educativas dentro de un plazo, no representa actualmente un presupuesto para la admisibilidad, ordenada constitucionalmente, del *numerus clausus absoluto*, entonces se deberá promover de tal forma que el acceso a los programas de estudio ya *existentes*, sólo puede ser restringido bajo presupuestos legales formales y materiales.

a) El que el derecho de los aspirantes a ser admitidos en una escuela superior sea susceptible de ser restringido, se origina –en tanto que ese derecho se apoya en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental– en la reserva reglamentaria contemplada en la frase 2. Éste contempla también el derecho a la libre elección del programa de estudios, como se señala en la historia de su creación [...]

[...] de la homogeneidad del Art. 12, párrafo 1, ya analizada, se sigue también el que la reserva reglamentaria se relaciona no sólo con el ejercicio de la profesión (como ya lo expresó la BVerfGE 7, 377 [402 y ss.]), sino que se amplía con la elección de profesión a la elección del programa de estudios. Si se interpreta el derecho a la admisión como un derecho de participación, entonces su restringibilidad se deriva de que tales derechos –como ya se analizó– se encuentran bajo la reserva de lo posible y son necesariamente reglamentables.

b) Las restricciones admisibles al derecho a la admisión son posibles sólo mediante ley o con fundamento en la ley [...]

En la medida que la competencia para establecer esta clase de restricciones se deriva de la reserva reglamentaria prevista en el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se sigue que los requisitos formales citados provienen de ese derecho fundamental. Si los reglamentos para el ejercicio de la profesión allí mencionados re-

quieren de un fundamento legal, entonces es correcto que esta clase de limitaciones a la libre elección del programa de formación, puede repercutir en la libertad de elegir profesión. Si el derecho a la admisión en las escuelas superiores existentes se interpreta como derecho de participación, no se puede dar nada diferente en ese contexto. Con esto no se ha resuelto si los principios del Estado de Derecho, de la reserva de ley y de la legalidad de las actuaciones estatales, se aplican comúnmente sólo a las intervenciones y no a las prestaciones de la administración (véase al respecto BVerfGE 8,155 [167 y ss.]). En este sentido se requiere aquí de un fundamento legal, porque la participación en las prestaciones estatales representa el presupuesto necesario para la realización de los derechos fundamentales. Aquí el legislador, como cualquier otro, debe depender para su decisión del perímetro del mandato, y responsabilizarse cuando, como consecuencia de las capacidades insuficientes, el círculo de los favorecidos se restringe al ser ellos tratados en forma desigual.

c) Desde el punto de vista legal material se deduce de las consideraciones hechas hasta ahora, que a la restricción absoluta a la admisión se le deben colocar requisitos estrictos. De conformidad con la conocida teoría de los niveles del Tribunal Constitucional Federal (véase BVerfGE 7, 377 [402 y ss.]; 30, 292 [315 y ss.]) la competencia reglamentaria, de conformidad con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se encuentra tanto más restringida, cuanto más se afecte la libertad de elegir profesión. De la elección del programa de formación depende posteriormente la elección de la profesión, y ya que el *numerus clausus absoluto*, relacionado con el agotamiento de la capacidad educativa, equivale a una restricción objetiva a la admisión en el sentido de la teoría de los niveles (véase BVerfGE 7, 377 [407 y ss.], el decreto, de acuerdo con los principios generales desarrollados del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, es admisible sólo para la defensa frente a las graves amenazas en contra de un bien supremo, comprobables o con una alta probabilidad de que ocurran, y bajo estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, de donde las posibles consecuencias adicionales –el traslado a otras carreras o la migración al exterior– no deben pasarse por alto. Del concepto de los derechos de participación, orientado en el principio de igualdad, se originan adicionalmente otros estrictos requisitos, puesto que las restricciones para la admisión del tipo de las que aquí se discuten, pueden interpretarse como una forma de distribuir las oportunidades de la vida.

El *numerus clausus absoluto* para quienes inician sus estudios es constitucional, de acuerdo con la experiencia actual, cuando:

(1) Se limita a lo estrictamente indispensable, una vez que se hayan agotado todas las capacidades educativas existentes creadas con medios públicos, y cuando:

(2) La selección y distribución se lleva a cabo con base en criterios justos, dando oportunidad a cada uno de los solicitantes a una plaza para cursar estudios universitarios, atendiendo en lo posible a la elección individual del lugar de formación (véase al respecto en III) [...]

81. Sentencia BVerfGE 98, 169 [Obligación de trabajar]

1. *La Ley Fundamental obliga al legislador a desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base en estos criterios. Para esto se le ha dejado a él un amplio espacio de reglamentación.*
2. a) *El trabajo, durante la ejecución de la pena, que se les impone a los internos como trabajo obligatorio es, por tanto, sólo un medio de resocialización, cuando el trabajo prestado tiene el respectivo reconocimiento. Ese reconocimiento no debe ser necesariamente de carácter financiero. Sin embargo, debe ser adecuado, para mostrarles a los internos las ventajas del trabajo regular para una vida futura bajo su propia responsabilidad y en libertad.*
b) *El concepto legal de la resocialización mediante el trabajo obligatorio, que se remunere financieramente en forma exclusiva o en gran parte, puede contribuir al mandato constitucional de la resocialización sólo si el interno, mediante la cantidad que percibe como retribución, se hace consciente en una dimensión mínima de que el trabajar es fundamental para la producción de unas condiciones de vida adecuadas.*
3. *El Art. 12, párrafo 3 de la Ley Fundamental restringe el trabajo forzado admisible a su realización o ejecución, para lo cual las autoridades encargadas de la ejecución penal tienen la responsabilidad de los internos que se le han confiado.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 1 de julio, 1998
–2 BvR 441, 293/90, 618/92, 212/93 y 2 BvL 17/94–

Fundamentos:

A.

Los recursos de amparo acumulados para la decisión conjunta y los procesos de control de las normas, se relacionan con el alcance del trabajo obligatorio durante la ejecución de la pena, el dimensionamiento de la remuneración para el ejercicio del trabajo asignado y situación legal del interno en materia de seguridad social y la custodia del mismo.

C.

I.

1. La Constitución ordena que la ejecución de una pena se dirija hacia el objetivo de la resocialización. El interno individualmente tiene el derecho constitucional, con base en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, a que ese objetivo se satisfaga con las medidas con que se le ha grabado.

Para la pena privativa de la libertad, donde el Ejecutivo determina ampliamente las condiciones individuales del modo de vida, el mandato de la resocialización tiene

especial importancia. El Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado ese mandato de la idea misma de la comunidad jurídica, de que la dignidad humana se encuentra en el centro de su orden de valores, a la cual se encuentra vinculado el principio del Estado social. A los prisioneros se les debe promover la capacidad y la voluntad para decidir responsablemente sobre sus condiciones de vida. Él debe pretender en el futuro, bajo las condiciones de una sociedad libre, sin violaciones al derecho, poder gozar de oportunidades y poder resistir los riesgos. La resocialización sirve también para la protección de la sociedad misma. Ésta tiene un interés directo propio en que el actor no reincida y nuevamente le cause daños a sus conciudadanos y a la sociedad (véase BVerfGE 35, 202 [235] –*Lebach*–) [...]

2. El mandato de resocialización constitucional se encuentra vinculado ante todo al poder estatal. Se dirige en principio al legislador, a quien le ha sido atribuida la reglamentación normativa de la ejecución penal (véase BVerfGE 33, 1 [10 y ss.]). Ésta obliga al legislador a desarrollar un concepto de resocialización efectivo y a configurar la ejecución de la pena con estos criterios. El mandato de resocialización constitucional adquiere significado también frente a la administración y la jurisdicción, cuando se deben interpretar conceptos legales indeterminados o cláusulas generales, o cuando el legislador les ha otorgado a las autoridades de ejecución la posibilidad de evaluar las consecuencias jurídicas.

3. El mandato de resocialización constitucional no lo establece el legislador con base en un determinado concepto ya reglamentado: más aún, cuenta con un amplio espacio para desarrollar un concepto efectivo. Él puede, atendiendo a todo tipo de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una reglamentación que –atendiendo también a los costos– se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado (véase BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 y ss.]).

4. El trabajo que se le asigne al interno en forma obligatoria durante el cumplimiento de una pena, es un medio de resocialización sólo cuando el trabajo prestado recibe el correspondiente reconocimiento. Ese reconocimiento no debe necesariamente ser de carácter financiero. Debe simplemente ser adecuado para que el interno pueda tener en cuenta las ventajas que le puede dar el trabajo regular en una vida futura, en libertad y bajo su propia responsabilidad. Sólo cuando el interno puede experimentar el trabajo como algo conveniente, puede el legislador afirmar que mediante la obligación de trabajar se contrarresta la desocialización del interno, y que ésta puede apoyar el desarrollo de capacidades profesionales, así como el desarrollo de la personalidad en una relación positiva con el trabajo.

a) La exigencia derivada del mandato de resocialización, de reconocer adecuadamente el trabajo, no se aplica sólo a aquellos internos a quienes se les ha asignado o distribuido un trabajo u ocupación especial, o a aquellos a los que se les obliga a realizar una actividad auxiliar (trabajo obligatorio). Especiales criterios se aplican a los internos, a quienes no se les ha asignado trabajo alguno, porque tienen la oportunidad de educar-

se, continuar formándose, o participar en otros programas de formación (véase §37, párrafo 3 StVollzG) o tienen que concluir la instrucción secundaria, o porque terapéuticamente resulta aconsejable (véase §37, párrafo 5 StVollzG).

b) El trabajo durante el cumplimiento de la pena prepara la vida en libertad, de manera especial cuando ha sido reconocido con una remuneración. Sin embargo, las ventajas de la prestación pueden expresarse de diversas formas. El reconocimiento no es sólo un concepto monetario. La sociedad moderna se caracteriza porque el trabajo asignado o prestado voluntariamente puede ser retribuido en formas diferentes a la financiera. En términos generales, el reconocimiento debe ser adecuado. Durante el cumplimiento de la pena se pueden considerar también, además de la remuneración monetaria, la consolidación de un derecho a la seguridad social, o auxilios para el pago de deudas. El legislador puede desarrollar, para la reglamentación del cumplimiento de la pena y de la preparación para la puesta en libertad, formas novedosas de reconocimiento del trabajo obligatorio –vinculando incluso las iniciativas privadas. Tampoco está impedido para prever un reconocimiento adecuado del trabajo, como por ejemplo, cuando el interno –siempre y cuando no contravenga el fundamento general o social de la prevención– puede acortar o se le facilite el cumplimiento de su condena mediante el trabajo (*good time*).

5. El concepto legal de la resocialización mediante el trabajo obligatorio, que sólo o de manera principal se retribuye con una remuneración financiera (véase §43 StVollzG), puede contribuir al mandato constitucional de la resocialización, sólo si el interno, a través de la cantidad que recibe como remuneración, puede hacerse consciente de que lo que se recibe con el trabajo es significativo para asegurar las condiciones de vida. Sin embargo, el legislador puede tener en cuenta para la reglamentación de aquello que considere adecuado, las condiciones típicas del cumplimiento de la pena, especialmente su aislamiento del mercado. En esto juegan también un papel los costos del trabajo en prisión para la empresa y la competencia, con otras posibilidades de producción, que se encuentran en el trasfondo del respectivo mercado laboral.

Por consiguiente, el legislador tiene aquí un amplio espacio de valoración [...]

b) Si el legislador se decide por un sistema de retribución financiera, no le está prohibido, en principio, prever también una contribución por los costos administrativos. El establecimiento de unos costos administrativos (mediante deducciones por alojamiento y cuidado) no se encuentra en contra del mandato de remunerar adecuadamente el trabajo. El mandato de resocialización exige, sin embargo, en la situación típica del prisionero, un equilibrio en el conflicto de los intereses estatales por el cubrimiento de los costos y los intereses económicos del interno. Esto hace suponer una reglamentación legal de acuerdo con la cual se pueda valorar la contribución por costos, de modo que al interno le quede de todos modos una cierta suma.

II.

Si el legislador incluye el trabajo en su concepto de resocialización y prevé, por tanto, que el interno debe cumplir con el trabajo que se le atribuye, entonces debe tener

en cuenta para la asignación del trabajo obligatorio el Art. 12, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La autorización contemplada en esa norma para el trabajo obligatorio se limita a la ejecución y cumplimiento de la pena, caso en el cual las autoridades encargadas de la ejecución de la pena tienen la responsabilidad legal y pública de los internos que le han sido confiados.

El constituyente partió para la autorización del Art. 12, párrafo 3 de la Ley Fundamental de las formas habituales de trabajo durante el cumplimiento de la pena. Adicionalmente debía ser posible estructurar convenientemente el cumplimiento de la pena mediante una ocupación laboral, para contribuir de este modo con la resocialización del condenado a una pena privativa de la libertad. A las medidas ya practicadas en ese campo, y que hubieren sido probadas eficazmente en el pasado, no se deben privar de su fundamento legal (véase BVerfGE 74,102 [115 y ss.] con otras apreciaciones sobre la historia de la creación del Art. 12, párrafos 2 y 3 de la Ley Fundamental; véase también BVerfGE 83, 119 [126 y ss.]).

El contenido de las excepciones, admitidas en el Art. 12, párrafo 3 de la Ley Fundamental, a la prohibición del trabajo forzado se deben analizar con base en las formas ya conocidas de trabajo en prisión, cuya tradición legal y estatal se encuentra influenciada por el principio de que el trabajo de los prisioneros se encuentra bajo la responsabilidad público-legal de las autoridades encargadas de la ejecución de la pena y a cuya vigilancia se somete. La “asignación” de los prisioneros bajo la responsabilidad de terceros, y que se justifica por las características de la prestación, no corresponde a la imagen actual del trabajo forzado [...]

82. Sentencia BverfGE 102, 197 [Concesión para operar casinos]

1. *La operación de un casino público, en tanto que esta actividad no se encuentre prohibida por la ley y sea accesible a empresas privadas, constituye el ejercicio de una profesión u oficio en el sentido del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
2. *Las restricciones al ingreso a esta ocupación son permitidas cuando con ellas se persiga el bien común y se respete el principio de proporcionalidad.*
3. *La regulación del derecho de los casinos del Estado Federado de Baden-Württemberg de 1995 y 1996 sobre el patrocinio de los casinos públicos en Baden-Baden y Konstanz son incompatibles con el derecho fundamental de elegir una ocupación libremente (libertad de elección de la profesión) que se deriva del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental y, por tanto, son nulos debido a que no respetan el principio de proporcionalidad.*

Resolución de la Primera Sala, del 19 de julio, 2000
-1 BvR 539/96-

Fundamentos de la resolución:

A.

El recurso de amparo se refiere a la regulación del derecho de casinos de los estados de Baden-Württemberg, en relación con las concesiones para la operación de casinos públicos.

I.

1. En la República Federal Alemana, la regulación de los casinos forma parte del derecho al orden y la seguridad pública, sobre el cual los Estados Federados tienen competencia según el Art. 70, párrafo 1 de la Ley Fundamental para legislar [...]

Quien de manera pública organiza juegos de azar o pone a disposición instalaciones para que se utilicen tales juegos sin contar con el permiso de la autoridad competente, será castigado en términos del Art. 284 del Código Penal (StGB) con una pena privativa de libertad o una pena pecuniaria.

2. En la República Federal Alemana existen actualmente 46 casinos públicos. De ellos, seis se encuentran conformados y operan como empresas estatales del Estado Federado de Baviera; veinticinco lo hacen a través de sociedades en las que los accionistas son íntegramente los Estados Federados, y los quince restantes se encuentran en manos de particulares [...]

También en los casinos particulares, los estados Federados tienen una alta participación en las utilidades obtenidas por la operación del casino. Los empresarios que operan casinos están obligados a dar una contribución por la operación del casino, que por regla general asciende al 80% del ingreso bruto por jornada [...]

A pesar de ello, los empresarios particulares conservan una ganancia considerable en virtud de la restricción del número de casinos permitidos. Estos ingresos se calculan en aproximadamente 20% de los ingresos brutos [...]

II.

1. Las recurrentes operan –mediante una sociedad de responsabilidad limitada, sociedad de capital (GmbH & Co. KG)– los casinos en Baden-Baden y en Konstanz. En ambos casos se trata de los únicos casinos abiertos al público que se encuentran en manos de particulares en esos estados. Una ley promulgada en 1995 prohibió los casinos privados.

C.

En la medida en que es admisible, el recurso de amparo de las recurrentes se encuentra fundado. Las normas impugnadas son incompatibles con la Ley Fundamental.

I.

El criterio relevante para el análisis jurídico-constitucional es el derecho fundamental a la libertad de trabajo derivada del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Esta disposición protege, junto al *ejercicio* libre de la profesión (*Berufsausübung*), también el derecho a *elegir* libremente un trabajo u oficio (*Berufsfreiheit*). Bajo “oficio” se entiende cualquier actividad con permanencia en el tiempo, encaminada a obtener un ingreso, la cual sirve para la creación y conservación del sustento vital de una persona. Con este concepto amplio de oficio o actividad, este derecho fundamental no se encuentra ligado a un grupo de personas en particular; por tanto, también resulta aplicable a personas morales de derecho privado, de conformidad por lo dispuesto en el Art. 19 párrafo 3 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 97, 228 [252 s.] con más referencias). También a dichas personas se garantiza fundamentalmente el derecho de abrir un establecimiento comercial, continuar con su operación o terminarla (cf. BVerfGE 44, 105 [117]; 84, 133 [146]).

De conformidad con el Art. 12, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental –que también resulta aplicable a las medidas que se refieren a la libertad de elegir libremente un oficio–, las injerencias en este derecho son admisibles únicamente si están establecidas en ley y siempre que se cumpla con las exigencias impuestas por la Constitución a las leyes limitadoras de derechos fundamentales (vgl. BVerfGE 7, 377 [399 ff.]; 86, 28 [40]). Éste es el caso cuando la norma que limita un derecho fundamental ha sido emitida por un órgano competente, se encuentra justificada por virtud de razones fundamentales del bien común en cuanto al tipo de actividad afectada, así como la intensidad de la injerencia, y corresponde además con el principio de proporcionalidad (vgl. BVerfGE 95, 193 [214]).

II.

La ley en cuestión no satisface estos parámetros:

1. La consecuencia de dicha ley es que también el manejo o la operación de casinos en los estados de Baden-Baden y de Konstanz, según el § 1, párrafo 3 SpBG,⁵⁶ sólo se autoriza a las empresas que se encuentran constituidas según un cierto tipo social del derecho privado en el cual todas las partes sociales pertenecen de manera directa o indirecta a los Estados Federados [...]

a) Lo anterior afecta a la libertad de elección de trabajo y con ello afecta también el ámbito de protección del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Mientras no se encuentre prohibida por una ley y sea accesible a empresas privadas, la operación de un casino público constituye “ejercicio de una ocupación” en el sentido del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental (cf. también BVerwGE 96, 302). Por su misma naturaleza también se encuentra destinado a desarrollarse dentro de un periodo largo y, por lo mismo, cumple el requisito de “permanencia” en el sentido de la disposición. La operación de un casino como empresario también está dirigida a obtener ganancias, las cuales están destinadas o encaminadas a crear y conservar un sustento vital; con lo

⁵⁶ Spielbankengesetz: Ley de Casinos. La regulación de los casinos es una cuestión local, por lo que cada Estado Federado cuenta con su propia ley regulatoria de casinos. [N. del t.]

anterior se cumplen con los requisitos del concepto de “oficio” establecido por el derecho constitucional.

b) Las reformas en cuestión afectan este derecho fundamental de las empresas que se encuentran en manos de particulares, como la recurrente. A partir de ahora, no tendrán ninguna posibilidad de obtener un permiso para la operación de casinos en los estados de Baden-Baden y de Konstanz. Este permiso actúa como un requisito objetivo indispensable para obtener la autorización para el desempeño de dicha actividad. Debido a que el acceso a la ocupación de empresario operador de casinos no depende de la calificación de la empresa o de algunos otros criterios sobre los cuales una persona que solicita un permiso pueda tener influencia alguna (cf. BVerfGE 7, 377 [406]; 11, 168 [183]).

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en general este tipo de restricciones a los derechos fundamentales son admisibles únicamente cuando ellas sean estrictamente indispensables para rechazar un peligro grave –comprobable o altamente probable– y se trate de un peligro para un bien de la comunidad elevadísimo (cf. BVerfGE 7, 377 [408]; 11, 168 [183]). Este derecho fundamental de la libertad de trabajo goza, pues, de una protección amplísima; sin embargo, ésta se aplica únicamente a trabajos que, en lo referente al tipo de actividad a desarrollar, así como a la posibilidad real de acceder a dicha ocupación, no se caracterizan por la exigencia de requisitos especiales o atípicos. La ocupación de “operador de casinos” no entra dentro de esta clasificación; sin embargo, dicha ocupación presenta ciertas características que influyen más bien en el [presente] estudio de constitucionalidad.

La operación de un casino constituye en sí una actividad “no deseada” que el Estado, sin embargo, permite con el objeto de: acotar los juegos de azar ilegales, ofrecer al impulso lúdico del hombre –impulso que no puede ser reprimido– posibilidades de ocupación bajo la vigilancia estatal y, de este modo, proteger la natural pasión por el juego, de la explotación criminal (cf. BVerfGE 28, 119 [148]). De ahí que la cifra de los casinos permitidos tradicionalmente se encuentre muy restringida, y que dicha restricción no ofrezca objeción alguna desde el punto de vista constitucional.

Ciertamente, las peculiaridades del “mercado” de los casinos deben ser consideradas adecuadamente. Lo anterior no se cumpliría si el Estado llevara a cabo injerencias en el derecho a la libre elección de la ocupación por parte de los operadores de casinos, exclusivamente bajo la premisa de que ello resulta indispensable para proteger bienes especialmente importantes de la comunidad, así como para rechazar peligros graves que los amenacen. La restricción del mercado y las particularidades del “objeto” de la actividad profesional, exigen en este caso un amplio margen de regulación y configuración por parte del legislador estatal. Por tanto, resulta suficiente y –en interés de una protección eficaz del derecho fundamental– necesario que las limitaciones del acceso a dicha ocupación se hagan depender exclusivamente del hecho de que con la restricción pretendida para el caso particular se persiga proteger exigencias importantes para el

bien común. Sin embargo, también este tipo de restricciones exigen respeto estricto al principio de proporcionalidad.

c) Tomando esto como criterio, la reforma a la Ley no se justifica desde el punto de vista constitucional.

aa) La regulación ciertamente ha sido llevada a cabo por autoridad competente para ello (vgl. BVerfGE 28, 119 [144 ff]). Con esta regulación se busca también contribuir de manera importante al bien común. Según la exposición de motivos del proyecto del decreto de reforma, mediante la misma se buscaba ante todo evitar los peligros a la población y a las personas que participan en los juegos de azar públicos, mediante la creación de medidas de información, de control y de injerencia más completas e intensivas, tendientes a rechazar los peligros derivados de los juegos de azar, tanto para la población como para los involucrados en el juego [...]

Con la reforma se pretendía además –como señala la exposición de motivos del proyecto de reforma– la obtención por parte del Estado de mayores ingresos de los casinos públicos para destinar las ganancias obtenidas de los juegos de azar en la mayor medida posible en favor de la colectividad [...]

bb) Sin embargo, la regulación aquí atacada incumple con las exigencias del principio de proporcionalidad.

(1) Ciertamente, la reforma es adecuada para lograr los fines regulatorios arriba mencionados, en relación con los casinos de Baden-Baden y Konstanz [...]

(2) Sin embargo, la ley no es estrictamente indispensable para alcanzar la meta de poder obtener mayores ingresos de los casinos Baden-Baden y de Konstanz para después destinar los ingresos para fines en favor de la comunidad. En vez de una prohibición absoluta a los particulares para operar casinos, el legislador hubiera podido recurrir a otros medios igualmente eficaces para alcanzar las metas señaladas y que al mismo tiempo hubieran sido menos gravosos para los operadores de los casinos (vgl. BVerfGE 83, 1 [18]).

Por ejemplo, hubiera sido posible aumentar los impuestos sobre las utilidades de manera que, respetando los principios de rentabilidad para el sostenimiento financiero de los casinos en cuestión (permitiéndoles obtener la participación necesaria en los ingresos brutos derivados de la operación del casino), se lograra el equilibrio buscado por el legislador entre la justicia distributiva y una mejor obtención de recursos. El legislador también hubiera podido disponer de otros medios menos gravosos. De este modo, se hubiera podido examinar si el pretendido efecto recaudatorio hubiera podido alcanzarse en combinación también con otras medidas; por ejemplo, cabe imaginar una regulación por la cual la autorización para operar un casino (en caso de presentarse diversos aspirantes) deba ser subastada, otorgándola a aquel licitante que hubiese presentado la mejor oferta (considerando no sólo la oferta inicial para obtener la concesión, sino eventualmente también una oferta que contemple la entrega periódica de un porcentaje sobre las ganancias).

En relación con el otro fin perseguido por la ley –referente al rechazo de peligros para la comunidad– no puede, en principio, negarse la necesidad de la disposición atacada. El legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad especialmente en relación con la valoración y elección de las medidas a tomar en consideración a los proyectos de regulación, el cual también se extiende a la valoración de los efectos posteriores de la normatividad legal.

En virtud de esta prerrogativa de apreciación, las medidas adoptadas por el legislador, por juzgarlas indispensables para proteger algún bien preponderante de la comunidad –como puede ser también el rechazo de los peligros relacionados con la operación de y las visitas a los casinos–, pueden ser objetadas desde el punto de vista constitucional únicamente cuando de los hechos que son conocidos por el legislador –y en atención a las experiencias realizadas hasta la fecha– pueda constatar que las limitaciones a la libertad de los particulares que se presentan como alternativas a la limitación en cuestión prometen la misma eficacia que las medidas impugnadas, al tiempo que representan una carga menor para los afectados.

Lo anterior no puede ser determinado con la certeza necesaria tratándose de la operación de los casinos en los Estados de Baden-Baden y de Konstanz [...]

[...] como tampoco puede excluirse de manera indubitable que el control de los casinos, así como la restricción de la pasión por el juego puedan resultar más eficaces cuando los casinos se encuentran en manos del Estado, tanto en Baden-Baden como en Konstanz.

La expectativa de que el control interno del Estado sobre sus propias empresas controladoras de casinos –mediante el empleo de controles generales y facultades de injerencia de carácter presupuestario y de derecho societario– resultará más efectivo que el control externo ejercido sobre las empresas en manos de particulares, no puede ser refutada, pues no existen datos empíricos que la contradigan. Lo mismo puede decirse sobre la afirmación de que las ordenanzas sobre juegos pueden ser empleadas con mayor eficacia en los casinos estatales para evitar peligros –por ejemplo, bajando los límites máximos para las apuestas, o sujetando la operación de los juegos a limitaciones más estrictas, tanto de carácter personal como temporal. Finalmente, la publicidad para los casinos en los estados de Baden-Baden y de Konstanz puede llevarse a cabo de manera más objetiva tratándose de casinos manejados por el Estado, debido a que en tal caso no se está en primera línea enfocado al aumento de las ganancias, sino a la información sobre el objeto y el funcionamiento de los casinos en cuestión, lo cual permite también dirigir o encauzar la pasión por el juego a favor del bien común de la colectividad. Bajo estas circunstancias, el legislador estatal pudo partir del hecho de que, con la regulación atacada, las medidas adoptadas en contra de los peligros serían mejoradas, las cuales forzosamente se encuentran relacionadas con la operación de un casino.

(3) No obstante, el Art. 1 del Decreto de Reformas –en tanto que la reforma se encuentra fundada en motivos de orden político– no cumple con el principio de propor-

cionalidad en sentido estricto, debido a sus consecuencias tan amplias para aquellas empresas que no cumplen con lo dispuesto por el § 1, párrafo 3 de la ley en cuestión (SpBG). Haciendo una ponderación global entre la magnitud de la injerencia y el peso de los motivos que la justifican, se concluye que se han rebasado los límites de la insostenibilidad (cf. al respecto BVerfGE 75, 284 [298] con más referencias) [...]

La injerencia inferida por el decreto de reformas en el derecho a elegir una ocupación libremente es bastante significativa [...]

La gravedad y la duración de la injerencia en el derecho fundamental se desprenden de las consecuencias a las que conlleva la ley en cuestión. Esta regulación excluye para el futuro a todas aquellas personas en los estados de Baden-Baden y Konstanz que quieran operar un casino público –sea en individual o en asociación con otros– del derecho a elegir y desempeñar la ocupación de “empresario operador de casinos”, pues dichas personas son privadas no sólo de la oportunidad de competir por la autorización para ejercitar dicha ocupación e incluso de competir con empresas estatales o con empresas de participación total o mayoritariamente pública. La exclusión absoluta de una oportunidad de este tipo resulta desproporcionada, máxime cuando los casinos en manos de particulares en el estado Baden-Württemberg desde hace décadas han sido operados sin objeción alguna incluso en forma ejemplar; tampoco se han identificado inconvenientes o irregularidades que hayan servido como detonantes para los peligros relacionados con la operación de los casinos [...]

[...] La gravedad de las limitaciones que afectan a los particulares no ha sido considerada en relación con el mejoramiento deseado de las medidas para rechazar los peligros. Dicho mejoramiento no puede ser tan eficaz y prometer tan buen resultado que logre compensar –y con ello justificar– la gravedad de la injerencia en el derecho fundamental [...]

83. Sentencia BVerfGE 105, 252 [Éter de glicol]

1. *Las informaciones proporcionadas por el Estado relacionadas con el mercado no lesionan el ámbito de protección del derecho fundamental de libre competencia de los competidores, garantizado en el artículo Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, siempre y cuando el influjo que dichas informaciones tengan para los factores relevantes para la libre competencia, se lleve a cabo sin distorsionar las relaciones de mercado, y se desarrolle tomando en consideración los criterios jurídicos establecidos para la actividad informativa estatal. A este respecto, resultan relevantes desde el punto de vista jurídico constitucional: que una actividad sea encomendada al Estado y que dicha actividad se desarrolle con apego al orden de competencias, así como a las exigencias establecidas en relación con la veracidad y objetividad de las informaciones.*

2. *El gobierno federal se encuentra legitimado para realizar un trabajo de carácter informativo –con fundamento en la tarea que le ha sido encomendada de dirigir los asuntos estatales– en todos aquellos casos en que le corresponda una responsabilidad estatal general y para cuya realización requiera hacer uso de información.*

Resolución de la Primera Sala, del 26 de junio, 2002

– 1 BvR 558/91 –

Fórmula de la resolución:

Los recursos de amparo son desechados.

Fundamentos:

A.

Los recursos de amparo, acumulados a fin de emitir una resolución conjunta, se refieren a la cuestión de determinar si se han lesionado los derechos fundamentales de los quejosos, productores y comercializadores de vinos debido a que el “Ministerio Federal para la Juventud, la Familia y la Salud” emitió y publicó una lista sobre vinos y otros productos, en los cuales se había encontrado la sustancia dietilenglicol⁵⁷ (en lo sucesivo DEG), y en la que se señalaba nominalmente a los quejosos [...]

C.

Los recursos de amparo son infundados. La publicación de una lista de vinos que contienen la sustancia DEG, así como las resoluciones impugnadas a través de los recursos de amparo, no lesionan los derechos fundamentales de los quejosos contenidos en los Art. 12, párrafo 1, frase 1, Art. 14, párrafo 1, frase 1, Art. 3, párrafo 1, y Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

I.

Los quejosos no han sufrido ninguna violación a su derecho fundamental contenido en el Art. 12 párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

2. El derecho de libertad contenido en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en el orden económico actual, se refiere especialmente al comportamiento de empresas o personas individuales, orientado al desarrollo de una ocupación (cf. BVerfGE 32, 311 [317]).

Sin embargo, el derecho fundamental no otorga protección contra la difusión de información acertada y objetiva que pueda ser relevante para el comportamiento de los involucrados en el mercado en relación con la libre competencia, incluso cuando los contenidos de dicha información pudieran ejercer un efecto negativo en contra de algunos competidores en lo individual. El gobierno federal, sin embargo, debe acatar los presupuestos jurídicos al llevar a cabo su labor informativa [...]

⁵⁷ Sustancia tóxica, también conocida como éter de glicol. [N. del t.]

La garantía de los derechos fundamentales no abarca una protección contra influencias que pudieran ocasionarse sobre los factores que determinan la libre competencia. En especial, el derecho fundamental no abarca un derecho subjetivo a tener éxito en el mercado (frente a los competidores), como tampoco a que se garantice la posibilidad de obtener ganancias para el futuro (cf. BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]). Más bien, la posición que guarda cada uno de los competidores en el mercado –y, con ello, también el volumen de ventas, las ganancias y rendimientos– se encuentra sujeta al riesgo de los cambios constantes de acuerdo con las condiciones del mercado.

b) Una empresa que participa en el mercado se encuentra expuesta a que se hable de la calidad de sus productos o de su comportamiento, y con ello se encuentra también expuesta a la crítica [...]

El Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental no confiere a las empresas un derecho a que se les represente únicamente de la manera en que dichas empresas quieren ser vistas, o en la forma en que dichas empresas se ven a sí mismas o a sus productos [...]

c) Disponer del más alto grado posible de información acerca de los competidores y de los factores relevantes relacionados con el mercado constituye el fundamento para que la libre competencia sea funcional. Únicamente la información que pueden tener los involucrados en el mercado permite tomar decisiones encaminadas a alcanzar los intereses particulares en relación con las condiciones de la participación en el mercado, especialmente sobre la oferta o la demanda de bienes y servicios. La disponibilidad de las informaciones correspondientes influye también de manera indirecta sobre la calidad y diversidad de los productos ofrecidos en el mercado.

[...] Sin embargo, el mercado –considerado en cuanto organización– no garantiza la disponibilidad de un grado (menos aún de “un alto grado”) de información. Con frecuencia, las informaciones disponibles en el mercado son incompletas. En muchas ocasiones, las informaciones son difundidas de manera selectiva. Por otro lado, no todas las informaciones disponibles en el mercado cuentan con las mismas buenas condiciones, a fin de ser percibidas y procesadas adecuadamente por los receptores. En dichos casos, la información adicional –eventualmente, también aquella procedente del Estado– puede ofrecer contrapesos o compensar la abundancia de información (la fuerza informativa) de algunos de los competidores, lo cual a su vez fomenta la funcionalidad del mercado [...]

e) Las informaciones relacionadas con el mercado, aportadas por el Estado, no lesionan el ámbito de protección del derecho fundamental de los competidores involucrados, siempre que la influencia sobre los factores relevantes para la libre competencia se lleve a cabo sin distorsionar las relaciones de mercado y se desarrolle tomando en consideración los criterios jurídicos establecidos para la actividad informativa estatal. A este respecto, dos factores resultan relevantes desde el punto de vista jurídico constitucional: (aa) que una actividad sea encomendada al Estado y dicha actividad se desarrolle con apego al orden de competencias; y (bb) que se respeten las exigencias establecidas en relación con la veracidad y objetividad de las informaciones.

aa) La difusión de informaciones por parte del Estado presupone que el cumplimiento de determinada tarea haya sido atribuido al órgano actuante (1), y que se respeten los márgenes de competencia establecidos (2).

(1) Si las tareas que debe desarrollar la administración pública o el gobierno pueden ser cumplidas por medio de informaciones oficiales, ha de entenderse que en la asignación de dichas tareas, en principio, va implícita también la facultad de llevar a cabo una labor informativa (relacionada con las mismas).

Éste es el caso tratándose de la conducción de los asuntos estatales por parte del gobierno. Esta tarea está encaminada a alcanzar legitimación política (muy importante en una democracia) y comprende la colaboración del Estado para el cumplimiento de tareas públicas determinadas, incluso las que se encuentran fuera de la actividad misma de la administración. La conducción de los asuntos estatales no se realiza exclusivamente a través de la legislación o ejerciendo alguna influencia a fin de orientar la ejecución de las leyes en un sentido determinado, sino también mediante la difusión de información al público [...]

En este sentido, la conducción de los asuntos estatales abarca no sólo la tarea de facilitar la superación de conflictos al interior del Estado y la sociedad, mediante la difusión oportuna de información de carácter público, sino también la tarea de salir al paso de nuevos retos y necesidades (los cuales muchas veces emergen súbitamente), reaccionar de manera rápida y apropiada—según las circunstancias— ante las crisis, así como contribuir a orientar a los ciudadanos. Por ejemplo, las crisis actuales en los ámbitos agrario y alimentario han mostrado la enorme importancia de contar con información pública y accesible, avalada por la autoridad gubernamental, a fin de poder sortear adecuadamente tales situaciones cargadas de tensión. En tales situaciones, el gobierno no puede sustraerse a su responsabilidad de brindar a los ciudadanos orientación (mediante el consejo, la información y sugiriendo conductas determinadas) y, en vez de ello, limitarse a proponer iniciativas de ley o a esperar que otros órganos lleven a cabo medidas administrativas. Si actuara de este modo, estaría incumpliendo con el deber que tiene el Estado de manejar y superar las crisis en forma rápida y eficiente, y de evitar perjuicios a terceros en la mayor medida posible. Finalmente, el “silencio” frente a dichos problemas sería considerado por muchos ciudadanos como un fracaso por parte del Estado, lo cual puede llevar a una pérdida de legitimación.

(2) A la hora de llevar a cabo el trabajo informativo, el Estado debe además acatar el orden de competencias y atribuciones. A nivel federal, la atribución de competencias—en relación con el canciller federal, los ministros federales y el gobierno federal (el cual actúa como entidad colegial)— deriva del Art. 65 de la Ley Fundamental. Además de eso, debe acatarse la distribución de competencias entre la Federación y los Estados Federados (cf. BVerfGE 44, 125 [149]). Al respecto, la decisión sobre la competencia colectiva depende de si la tarea informativa a cumplir ha sido asignada a la Federación o a los Estados Federados, o si se trata de competencias concurrentes.

La tarea de conducir los asuntos estatales y el trabajo informativo del gobierno federal (que forma parte integrante de dicha tarea), constituye una expresión de su responsabilidad general estatal. En relación con la esfera de competencia del gobierno federal, debe considerarse –a diferencia de lo que sucede en la materia legislativa y en las competencias de carácter administrativo– que no existen en la Ley Fundamental disposiciones que contemplen explícitamente la tarea de conducir los asuntos estatales. Sin embargo, la Ley Fundamental parte tácitamente de la existencia de dichas competencias implícitas; por ejemplo, de las normas sobre la conformación y las tareas del gobierno federal (Art. 62 y ss. de la Ley Fundamental), o de la obligación del gobierno federal de informar al Parlamento y a sus respectivas comisiones. Lo mismo aplica para la obligación del gobierno y de sus integrantes de responder a preguntas, así como a suministrar a los parlamentarios la información necesaria, a fin de que puedan cumplir con sus obligaciones (en relación con esto último, cf. BVerfGE 13, 123 [125 f.]; 57, 1 [5]; 67, 100 [129]). El gobierno federal está facultado para llevar a cabo una labor informativa en todos aquellos casos en los que le corresponde una responsabilidad general de conducir los asuntos estatales que pueda y deba ser desempeñada con ayuda de información. Diversas disposiciones relativas a la competencia del gobierno federal –por ejemplo, aquellas que señalan facultades legislativas (independientemente, incluso, de la existencia de iniciativas legislativas concretas)– constituyen puntos de referencia para tal responsabilidad.

La Federación está facultada para conducir los asuntos estatales especialmente tratándose de asuntos, actividades o procesos relacionados con otros países, o cuando dichos asuntos tengan carácter supra regional y resulten de importancia para distintos Estados Federados, de manera que el trabajo informativo del gobierno –llevado a cabo a nivel federal– contribuya a superar eficazmente los problemas. En tales casos, el gobierno federal puede hacerse cargo de los asuntos en cuestión, exponerlos frente al Parlamento y la opinión pública, valorarlos y emitir recomendaciones o advertencias, en la medida en que lo juzgue necesario a fin de superar dichos problemas.

Junto con estas facultades que la Constitución otorga al gobierno federal para realizar un trabajo informativo, la Ley Fundamental contempla también –en relación con los Estados Federados– otra regulación en el Art. 30 de la Ley Fundamental. Para establecer la competencia del gobierno federal en el ámbito del trabajo informativo, el Art. 83 y siguientes de la Ley Fundamental no resultan determinantes. Para estas disposiciones, las actividades del gobierno [la actividad que realiza para la conducción de los asuntos estatales] no constituyen actos administrativos en sentido estricto. El gobierno federal no se encuentra facultado –con base en sus funciones de conducir los asuntos estatales– para adoptar medidas administrativas referentes a la ejecución de las leyes. En esta medida, la actividad informativa del gobierno federal no se ve afectada por disposiciones especiales que atribuyen facultades a los órganos administrativos para emitir información y advertencias al público (dentro del marco de la ejecución de

las leyes), tales como el § 8 de la Produktsicherheitsgesetz,⁵⁸ el § 69, párrafo 4 del Arzneimittelgesetz⁵⁹ o el § 6 de la Gerätesicherheitsgesetz.⁶⁰

La competencia informativa del gobierno federal no termina cuando –a fin de superar una crisis– se requiera adicionalmente la actuación de otros órganos del Estado que tengan otra competencia colectiva; al respecto, cabría considerar a los gobiernos de los Estados Federados (en el curso del cumplimiento de sus propias tareas de conducir los asuntos estatales y locales), o a la administración pública (dentro del marco de sus actividades de policía encaminadas a evitar algún peligro). El Estado podría incumplir sus fines si la actividad informativa del gobierno federal –encaminada a superar una crisis– se limitara exclusivamente a los asuntos más importantes y prescindiera de advertir a los ciudadanos acerca de la peligrosidad de determinadas circunstancias (o productos). Que la información sea completa constituye un elemento indispensable para que ésta sea creíble. La tarea de informar eficaz y adecuadamente según las circunstancias no ofrece objeción alguna desde el punto de vista de la distribución de competencias de la Federación, ni siquiera cuando el gobierno federal invade para ello las competencias de otros órganos estatales; lo anterior se fundamenta en que dicha actividad informativa –por parte del gobierno federal– no excluye ni dificulta la actividad informativa de los Estados Federados (para su ámbito particular de responsabilidad), como tampoco impide a los demás órganos de la administración pública cumplir con sus tareas administrativas.

bb) El Art. 12 párrafo 1 de la Ley Fundamental no otorga protección contra la difusión de información por parte de un organismo del Estado que, en cuanto a su contenido, sea veraz y acertada, cumpla con las exigencias de objetividad y sea formulada con la reserva adecuada.

La veracidad del contenido de una información constituye un requisito fundamental para que dicha información pueda fomentar la transparencia y –con ello– la funcionalidad del mercado. Sin embargo, los órganos del Estado, cumpliendo con determinados requisitos, pueden estar facultados para emitir información incluso cuando la veracidad de la información no ha podido constatarse de manera concluyente. En estos casos, para que sea lícito difundir dicha información, es necesario que la autoridad, con anterioridad a su difusión, procure (en la medida de lo posible) esclarecer los hechos de manera cuidadosa y haciendo uso de las fuentes de información disponibles –eventualmente también escuchando a las personas implicadas–, y que se esfuerce por alcanzar el mayor grado de confiabilidad posible según las circunstancias. Si a pesar de todo ello persistieran dudas de carácter fáctico, el Estado puede, sin embargo, difundir tal infor-

⁵⁸ Ley sobre Seguridad de los Productos, en la versión del 22 de abril de 1997 (BGBl. I p. 934).

⁵⁹ Ley sobre Medicamentos, en la versión con fecha de publicación del 11 de diciembre de 1998 (BGBl. I p. 3586).

⁶⁰ Ley sobre Seguridad de los Aparatos, en la versión con fecha de publicación del 11 de mayo de 2001 (BGBl. I S. 866).

mación cuando exista un interés público en que los involucrados en el mercado sean informados sobre alguna circunstancia que pueda ser relevante para su comportamiento (por ejemplo, que pueda existir algún riesgo para los consumidores). En tales casos, resultará indicado advertir a los involucrados en el mercado que existen dudas sobre la precisión de la información, a fin de que se encuentren en condiciones de decidir por sí mismos la manera en que habrán de lidiar con dicha incertidumbre [...]

3. Según los criterios señalados anteriormente, la publicación de una lista de vinos que contienen DEG no ofrece objeción alguna. La expedición de una lista con información veraz y correcta sobre vinos que contienen DEG tampoco constituye una injerencia en el ámbito de protección del derecho fundamental de las quejas de ejercer libremente una ocupación, ni siquiera cuando dicha información hubiese podido influir también en las posibilidades de vender otros vinos que no contuvieran DEG. La publicación de la lista no tiene carácter de injerencia en un derecho fundamental. El gobierno federal acató los límites de carácter jurídico referentes al desempeño de su actividad informativa [...]

§ 18. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO - ARTÍCULO 13 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 13

1. El domicilio será inviolable.
2. Los registros sólo podrán ser ordenados por la autoridad judicial y, cuando sea peligroso demorarlos, por los demás órganos previstos en las leyes y únicamente podrán realizarse en la forma establecida [...]
3. Por lo demás, sólo podrán adoptarse intervenciones y limitaciones para la prevención de un peligro común o de un peligro de muerte para personas determinadas, y en virtud de una ley también para la salvaguardia contra peligros que amenacen directamente la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir el riesgo de epidemias y proteger a los menores en peligro (véase modificación en el anexo I, Art. 13).*

84. Sentencia BVerfGE 32, 54 [Derecho de ingresar a la empresa]

1. *El concepto de “domicilio” en el Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental se debe interpretar ampliamente; comprende también el espacio de negocios, empresa y trabajo.*

* Nota: Se mantuvo esta versión porque es a la que hacen referencia las sentencias.

2. *La interpretación de los conceptos “intervenciones y restricciones” en el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental debe tener en cuenta los diferentes requerimientos de protección, de una parte, de los espacios privados y, de la otra, de los espacios de negocios, empresa y trabajo.*

Sentencia de la Primera Sala, del 13 de octubre, 1971
–1 BvR 280/66–

[...] derecho de información e inspección del §17 HwO. La disposición reza:

§17 HwO

(1) Los trabajadores independientes inscritos o que se vayan a inscribir como artesanos, se encuentran obligados a darle a la Cámara de Artesanos, para la inscripción como artesanos, los informes requeridos sobre la forma y alcance de su empresa, sobre el número de los practicantes y aprendices empleados en su empresa, y sobre los exámenes sobre artesanado que hubiere absuelto el propietario y el director de la empresa.

(2) Los encargados de la Cámara de Artesanos son competentes para entrar en los edificios y los establecimientos de negocios de los obligados a rendir informe, para los objetivos designados en el párrafo 1, y llevar a cabo allá exámenes e inspecciones. Los obligados a la inspección deben tolerar estas medidas. El derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio (Art. 13 de la Ley Fundamental) se limita en esta medida [...]

Los recurrentes son propietarios de empresas de lavandería. Con el recurso de amparo se dirigen directamente en contra de las disposiciones del Reglamento de Artesanos; ellos solicitan que se declare que [...] el §17, párrafo 2 HwO [...] viola el Art. 13 de la Ley Fundamental.

Los recurrentes consideran que el recurso de amparo es procedente porque se ven afectados actual y directamente con las disposiciones impugnadas; esto se aplica también para el §17, párrafo 2 HwO, puesto que deben contar en todo momento con que el encargado de la Cámara de Artesanos pueda ingresar en sus empresas a inspeccionar y examinar.

El tenor y la finalidad de las disposiciones permiten suponer que ellas quieren autorizar la entrada únicamente en los espacios utilizados para el negocio, y no en las instalaciones privadas del dueño. El reclamo de los recurrentes carecería de objeto, si los espacios negociales y empresariales no se encontraran bajo el concepto de “domicilio” en el sentido del Art. 13 de la Ley Fundamental.

3. La estrecha interpretación sostenida por el ministro federal de Justicia del concepto de domicilio, está determinada evidentemente por la preocupación de que la inclusión del espacio negocial y empresarial en el ámbito de protección del Art. 13 de la Ley Fundamental de muchos de los usuales derechos de entrada e inspección de las autoridades administrativas, en el marco de la inspección tributaria, laboral y económi-

ca no pueden mantenerse, porque dejarían de estar cubiertas por las disposiciones del Art. 13, párrafo 3. Aun cuando esto sea así, parece dudoso que el ámbito de efectividad del derecho fundamental se encuentre determinado por la reserva de la restricción, lo que conduce a la siguiente argumentación: debido a que una interpretación más amplia de la externalización de las restricciones genera dificultades prácticas, se debe elegir una interpretación estricta, para la cual las restricciones carecerían de objeto. Más aún, se tienen que partir del examen de la sustancia material del derecho fundamental; de acuerdo con esto, atendiendo a la presunción básica de la libertad y al principio constitucional de la proporcionalidad y la razonabilidad, se deben fijar las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales, justificables en el marco del Estado de Derecho. Las dificultades prácticas que teme el ministro federal de Justicia, se pueden conjurar, como se ha señalado, mediante una interpretación diferenciante.

4 a) La inclusión del espacio negocial en el ámbito de protección del Art. 13 de la Ley Fundamental significa ante todo que los “registros” de estos espacios sólo pueden ser ordenados por el juez (párrafo 2). El ministro federal de Justicia reconoce que en este caso existe, en principio, la misma necesidad de protección que para el domicilio, y es de la idea de que en vista a que en todas las democracias fundadas en el Estado de Derecho así como en Alemania, desde hace largo tiempo la protección reconocida también a los espacios negociales y empresariales frente a las inspecciones, no contempla una restricción al requisito fundamental de la orden judicial. Ese resultado, sin embargo, no se puede alcanzar constitucionalmente con suficiente seguridad en el caso de la interpretación estricta del concepto de vivienda.

No se requiere decidir aquí qué tanto se tiene que limitar el concepto constitucional de la “inspección” en forma individual (véase al respecto BverwGE 28, 285); por tanto, los derechos de entrar e inspeccionar en el campo de los negocios artesanales, no tiene el carácter de inspecciones.

b) La inviolabilidad del domicilio se asegura mediante el Art. 13 debido a que “las intervenciones y restricciones” que no tienen el carácter de “inspecciones”, que sólo pueden ser llevadas a cabo bajo presupuestos, suficientemente circunscritos y determinados. Para el caso de los espacios domiciliarios, en sentido estricto, esta delimitación estricta de las intervenciones admisibles corresponde al mandato básico del respeto incondicional de la esfera privada del ciudadano. Ciertamente se va muy lejos, cuando el ministro federal de Justicia supone que la reserva de restricciones prevista en el Art. 13 es el “asunto que se encuentra restringido sólo al domicilio”; por esta razón, tanto la “lucha contra el peligro de contagio” como también “para la protección de los jóvenes amenazados” (principalmente bajo el punto de vista de la protección del trabajo juvenil) el ingreso de las autoridades competentes a las empresas y a los lugares de trabajo pueden ser necesarios y obligatorios. Sin embargo, pueden parecer cuestionables, si con la inclusión de los espacios negociales en el ámbito de aplicación del Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental, el derecho atribuido en una serie de leyes a las autoridades administrativas, para ingresar en empresas con el objeto de ejercer un control y llevar a cabo

allí inspecciones y exámenes de diferente tipo, tiene un fundamento constitucional suficiente. En algunos casos, ciertamente, el objetivo de la “prevención de los peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos”, justifica la intervención, sobre todo en caso de la interpretación amplia de esa cláusula, incluyendo la prevención indirecta de peligros, como lo fundamentó la decisión del Tribunal Constitucional Federal del 13 de febrero de 1964 (BVerfGE 17, 232 [251 y ss.]). Sin embargo, en la medida que a las autoridades encargadas de la vigilancia económica, laboral y fiscal, se les haya atribuido el derecho de ingresar en empresas y negocios para examinar la información en libros de negocios y actas, o inspeccionar las mercancías e instalaciones, se podría obtener un fundamento constitucional para esas medidas, de acuerdo con la interpretación habitual, sólo a través de un sobredimensionamiento insostenible del ámbito de aplicación del párrafo 3.

Por su parte, el ministro es de la opinión de que tales derechos de ingreso e inspección representan más que todo un instrumento de control indispensable de vigilancia moderna de la economía; su significado para una ejecución de la ley efectiva y adecuada, se da incluso con el ingreso de los elementos de dirección público legales en la dirección económica de las empresas privadas y el refinamiento y la intensificación de la vigilancia económica que a ellas les corresponde en el sentido más amplio.

El ministro federal de Justicia parte de que el Consejo Parlamentario no tenía la intención de eliminar los derechos de ingreso e inspección –conocidos por él– que tenía la administración: con esto quiso significar que para la formulación del Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental, estos casos eran “reconocidos sin consideración alguna”. Esa opinión ha sido sostenida también por la doctrina (véase por ejemplo, los comentarios de Maunz -Dürig-Herzog, párrafo 22 sobre el Art. 13; v. Mangoldt-Klein, 2ª ed., t. 1, pp. 405 y ss. y Kern en Neumann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, t. II, pp. 105 y ss.). Por consiguiente, el legislador federal, como lo subrayó el ministro, desde la entrada en vigencia de la Ley Fundamental debe partir de que tales derechos de ingreso e inspección no se encuentran excluidos mediante el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Este apoyo en la vigencia del derecho consuetudinario, el ministro lo rechaza con razón. En contra de la adopción de las restricciones de las libertades, provenientes del derecho consuetudinario, existen dudas en vista de la reglamentación de las restricciones, y que fue ajustada cuidadosamente por el constituyente a la esencia de los derechos fundamentales individuales. La posibilidad de que se pueda llegar adecuadamente a un concepto legal por parte de todos los participantes sería poco probable en ese campo.

c) En esta situación aparece como obligatoria y pertinente una interpretación que determine el concepto de “intervenciones y restricciones” y los interprete en forma tal que se justifique con base en la protección que sirve de objetivo al derecho fundamental, que corresponda a la voluntad del constituyente, pero que también tenga en consideración en forma adecuada la necesidad material de la administración del Estado moderno. Esa interpretación parte de que –la inclusión de los negocios y las empresas en el ámbito de aplicación del Art. 13 de la Ley Fundamental–, los requerimientos de

protección de los espacios clasificados dentro la “esfera privada”, tiene dimensiones diferentes. A los espacios negociales y empresariales, debido a sus objetivos, les es propia una gran apertura “hacia afuera”; éstos se encuentran orientados hacia la realización de contactos sociales, lo que hace que el propietario aparte en cierta medida la esfera privada de lo íntimo, que pertenece al domicilio en sentido estricto. A la extrema necesidad de mantener alejadas las perturbaciones de la vida privada y de la esfera en que ésta se desarrolla, responde el concepto de “intervenciones y restricciones”; en tanto que se refiera al domicilio en sentido estricto, se interpreta en forma estricta. Esto significa que un derecho de ingreso e inspección, tal como se ha reglamentado aquí, se encuentra excluido para el caso del domicilio. Por tanto, es completamente procedente aquí la protección del derecho fundamental, para que se le asegure al particular el derecho a “permanecer en paz” (BVerfGE 27,1 [6]). Esto se aplica también a aquellos espacios en los que se ejerce una actividad profesional o negocial. En el caso de los simples espacios negociales o empresariales esa necesidad de protección se ve disminuida debido a la finalidad, que deben cumplir de acuerdo a la voluntad del propietario. Las actividades que el propietario lleve a cabo en ese espacio, afectan necesariamente el ámbito externo y pueden por consiguiente afectar también los intereses de terceros y de la comunidad. Es consecuencia lógica que las autoridades encargadas de la protección de esos intereses controlen dentro de ciertos marcos esas actividades también directamente en el lugar en que se desarrollan, para lo cual deben poder ingresar a esos lugares. Ese procedimiento determinado con base en los objetivos que se persiguen, no es en realidad una perturbación de la paz del hogar. El propietario de un negocio no debe considerar el ingreso de las autoridades encargadas como una intervención en su derecho a la privacidad. Su negativa se puede dirigir en contra de la inspección y el examen, que él considere como innecesario y gravoso, y por tanto, como no razonable; con el simple ingreso, que él mismo ha permitido en forma general, no se observa un perjuicio para la esfera de su derecho fundamental.

Si, en concordancia con el ministro federal de Justicia, para llenar las lagunas existentes en la reglamentación, se parte de que el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental no contempla “desde un principio” los habituales derechos de ingreso e inspección en los edificios de las empresas y negocios, entonces no aparece como injusto el supuesto de que también el Consejo Parlamentario partió de esa consideración “imparcial”. Se le debe dejar al legislador que determine si existe un motivo para que en dado momento se tenga que expresar esa voluntad mediante una reformulación del texto constitucional.

5. Si se delimita en forma adecuada el perímetro de los derechos de ingreso e inspección en los negocios y empresas, para que dejen en adelante de calificarse como “intervenciones y restricciones”, esto es, atendiendo principalmente al Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en concordancia con el principio de proporcionalidad y la razonabilidad, entonces se tendrán que exigir de manera especial los siguientes presupuestos:

- a) El ingreso debe estar autorizado en una disposición legal especial;
- b) El ingreso, y la ejecución de inspecciones y exámenes deben obedecer a una finalidad determinada, y ser necesarias para alcanzar esta finalidad;
- c) La ley debe determinar de manera clara la finalidad del ingreso, el objeto y alcance de la inspección y el examen;
- d) El ingreso y la ejecución de la inspección y el examen, se pueden llevar a cabo sólo dentro de los horarios normales en que se desarrolla la actividad comercial o empresarial.

Si bajo esos presupuestos el ingreso en los negocios y empresas por parte de las autoridades encargadas, dentro del marco de sus competencias, no se considera como una perturbación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, esto no implica que se excluya, por la naturaleza misma del asunto, la posibilidad de que las actuaciones de la administración, que sirven para tal efecto, no puedan ser objetadas con base en otros puntos de vista constitucionales.

Con base en la aplicación de esos criterios no existe alguna duda constitucional en contra de las disposiciones de los §§ 20 y 17, párrafo 2 HwO. Ellas sirven a los intereses legítimos de la administración y no gravan a los propietarios de las empresas en forma irracional. Su domicilio privado no se ve afectado.

85. Sentencia BVerfGE 51, 97 [Ejecución judicial]

También en el caso de la ejecución forzosa de conformidad con el §758 ZPO exige el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, salvo en caso que la mora implique un peligro, una orden judicial para sustraer del domicilio del deudor los bienes muebles objeto del secuestro.

Sentencia de la Primera Sala del Senado de 3 de abril de 1979

–1 BvR 994/76–

El recurso de amparo se refiere a la pregunta sobre si contraviene el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el que el agente judicial en un juicio ejecutivo, en las decisiones donde se fijan los costos y las medidas ejecutivas, ordene ingresar por la fuerza al domicilio del deudor sin una orden de registro judicial especial, en busca de bienes secuestrables.

El §758 del Código de Procedimiento Civil establece:

- (1) El agente judicial tiene la competencia para registrar el domicilio y los bienes del deudor en la medida que la finalidad del juicio ejecutivo así lo exija.

(2) Es competente para abrir las puertas de la vivienda, cuartos y receptáculos que se encuentren cerradas.

(3) Está autorizado para emplear la violencia cuando encuentre resistencia, y puede solicitar con ese fin el apoyo de los órganos policiales.

[...] el derecho constitucional vigente, contemplado en el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, ordena que los registros en el marco de un proceso ejecutivo, que se realicen con base en el §758 ZPO, y en el marco de esa disposición, deben ser ordenados por un juez, siempre y cuando la mora no implique un peligro inminente.

Para la interpretación del Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental se debe partir de su tenor: “Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos en las leyes [...]”

Queda por señalar en qué medida el concepto de registro en el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental es suficiente y cómo se puede delimitar respecto de las “intervenciones y restricciones” en el sentido del Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 32, 54 [73]). Por esta razón, las restricciones al Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental no se limitan sólo a los registros de carácter penal, sino que se aplican también a los registros del domicilio que llevan a cabo otras autoridades, en el sentido del Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 32, 54 [73] y 16, 239 [240 y ss.]; en el mismo sentido Betterman en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte*, t. 3, p. 894; Knemeyer, *op. cit.*, con más anotaciones; Gentz, *Die Unverletzlichkeit der Wohnung*, 1968, pp. 53 y ss.; Friedrich Klein, en Mangoldt-Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 2ª ed., 1957, el Art. 13 nota IV 2 a; sobre el concepto de domicilio véase BVerfGE 32, 54, pp. 68 y ss., en especial pp. 68, 72). En esta medida puede invocarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (véase asimismo, BVerfGE 32, 54 [73]), de acuerdo con la cual el concepto de registro se caracteriza por la búsqueda, con un objetivo judicial, por parte de los órganos estatales de personas o cosas o para la investigación de unos hechos, para encontrar algo, que el propietario de la vivienda no quiere poner a disposición o entregar voluntariamente (BVerfGE 47, 31 [37]; 28, 285 [287 y ss.]).

Los registros del domicilio con el fin de encontrar objetos secuestrables y de secuestrarlos para el proyectado proceso ejecutivo pertenecen conceptualmente a los registros en el sentido del Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

En lo restante, el tenor de la disposición en la medida que es evidente y no admite interpretación alguna, se encuentra sometido en lo que respecta al registro, a la reserva judicial aquí estatuida. No se diferencia en ningún aspecto, ni de acuerdo a las diferentes formas del registro ni de acuerdo a los diferentes campos de aplicación.

La finalidad de protección que orienta el derecho fundamental se expresa a favor de la interpretación textual. En realidad, parece ser que para el caso del registro por la vía de la ejecución judicial, el peligro de abusos es menor que en otros casos. Sin em-

bargo, no se puede partir de que tales registros no se encuentran comprendidos dentro del objetivo de protección de la reglamentación. La introducción violenta de los órganos estatales en un domicilio y su registro implican una intervención en la esfera personal del implicado. La protección fortalecida constitucionalmente –al igual que el caso del derecho fundamental elemental de la libertad de la persona (véase Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental)– respecto del domicilio en sentido estricto, corresponde por consiguiente al mandato fundamental del respeto incondicional de la esfera privada del ciudadano (BVerfGE 32, 54 [73]) y se encuentra en estrecha relación con la protección del desarrollo de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Al particular se le debe garantizar el derecho de “permanecer en paz” (BVerfGE 32, 54 [75]) en su domicilio. La intervención que se lleva a cabo a través de un registro sólo puede llevarse a cabo, por tanto, cuando previamente una instancia dotada con independencia judicial, ha examinado si se dan los presupuestos legales.

Para la justificación de una interpretación del tenor se puede invocar la historia del establecimiento del Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental [...]

Aun cuando se parta, como se ha supuesto en parte de la doctrina, de que aquí se trata de un asunto sobre el tenor de una regla constitucional, esa regla, sin embargo, no pertenece de acuerdo con su contenido a ese grupo, ya que debido a que el constituyente tenía en la mira otros asuntos, no se puede considerar aquí la posibilidad de llenar las “lagunas” existentes por la vía de la “reducción teleológica” (véase Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1975, pp. 377 y ss.). Una interpretación restrictiva de este tipo está más bien en contra del principio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de acuerdo con el cual “en caso de duda se debe elegir aquella interpretación que desarrolló en forma más fuerte la efectividad del derecho fundamental” (BVerfGE 6, 55 [72]; 32, 54 [71]; 39, 1 [38]). La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental, que tiene por objeto garantizarle al particular una “vivienda elemental”, con base en la dignidad humana y en interés del libre desarrollo (BVerfGE 42, 212 [219] remitiendo a Dagtoglou, en *Bonner Kommentar* [segunda revisión] sobre el Art. 13 de la Ley Fundamental, párrafo 33). Cada registro –incluyendo los que se realizan en el marco del §758 ZPO– representan por su naturaleza misma una intervención fuerte en la esfera del afectado, protegida por los derechos fundamentales. El derecho fundamental consagrado en el Art. 13 despliega, por consiguiente, mayor efectividad cuando todo registro se encuentra sometido a la reserva judicial.

Respecto de esa interpretación del tenor del Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, que corresponde a la finalidad de protección de esa disposición y de acuerdo con el principio de la mayor efectividad jurídica posible del derecho fundamental, que se encuentra en concordancia también con el origen histórico de la disposición, no pueden darse las aplicaciones expuestas aquí [...]

La opinión sostenida también en la doctrina, de que cada actuación en el marco de un proceso ejecutivo, que se lleva a cabo con el conocimiento del juez, puede ser vista como si hubiere sido ordenada por el juez (véase al respecto, por ejemplo, Dagto-

glou, *op. cit.*, párrafo 99), tampoco puede seguirse. La sentencia judicial, que condena al pago de una suma de dinero, tampoco es suficiente para inferir un registro, se requiere también de la declaración de ejecución. La afirmación judicial de un deber de prestación no implica en modo alguno un registro domiciliario con el objeto de practicar un secuestro. El deudor puede –como ocurre comúnmente– doblegarse ante la sentencia y proceder a pagar voluntariamente, quedando libre el acreedor para decidir qué es lo que quiere hacer con el título en discusión. Una vez eleve su solicitud ante el juez, el proceso se inicia. En este proceso, por tanto, el juez no deja de actuar.

Frente a la exigencia de una regla con rango constitucional, deben fracasar, además, todos los argumentos que se apoyen en la colaboración de un juez en el caso de registros en el marco de un proceso ejecutivo, pues esto conduciría a una sobrecarga de trabajo y a muchos esfuerzos en el vacío [...]

Finalmente, se debe tener también en cuenta que el agente judicial no ha abusado hasta ahora –en lo que consta– de su competencia para el registro.

Aun así, a pesar del evidente mandato constitucional –como se expresó– contemplado en el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, de que el juez tiene que ordenar el registro (a menos que la demora no implique un peligro inminente), no se le reconoce relevancia legal alguna. Corregir ese mandato constitucional por vía de la interpretación por los motivos citados, no es función del Tribunal Constitucional Federal.

[...] el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental es un derecho vigente que se aplica directamente (véase BVerfGE 3, 225 [239 y ss.] sobre el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental y la BVerfGE 10, 302 [329] sobre el Art. 104, párrafo 23, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental). El §758 ZPO se complementa por tanto con el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental, en tanto que el registro, siempre y cuando la mora no implique un peligro inminente, requiere de una orden judicial.

86. Sentencia BVerfGE 103, 142 [Orden de cateo]

1. a) *La expresión “cuando la demora implique un peligro [para la eficacia de la medida]”, contenida en el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental debe ser interpretado restrictivamente. Las órdenes de cateo deben ser ordenadas por el juez; ésta es la regla general. Una orden de cateo expedida por una autoridad distinta a la judicial es la excepción.*
 b) *El requisito de que la demora implique un peligro para la eficacia de la medida debe estar fundado en hechos reales, referidos al caso concreto. Meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o suposiciones basadas exclusivamente en la experiencia criminalística cotidiana y con independencia del caso concreto son insuficientes.*
2. *Los tribunales y los organismos encargados de perseguir los delitos deben –dentro de lo posible– adoptar medidas de carácter jurídico para que los*

jueces puedan cumplir cabalmente con los asuntos encomendados por la Constitución a su competencia ordinaria, incluso a pesar de la cantidad de casos que deben atender día con día.

3. a) *La interpretación de la expresión “cuando la demora implique un peligro [para la eficacia de la medida]” y su aplicación se encuentran sujetas irrestrictamente al control judicial. Sin embargo, los tribunales han de tomar en consideración las circunstancias en que se encuentran los órganos no judiciales, en particular la situación en que se encuentran al momento de ordenar el cateo, así como los límites que tales órganos tienen para allegarse la información necesaria para decidir.*
- b) *Para que el control judicial de una orden de cateo decretada por un órgano no judicial –por considerar que se cumplieron los requisitos de que la demora implique un peligro para la eficacia de la medida– sea eficaz, es necesario que en los expedientes de la investigación se expongan: el resultado de la orden de cateo, las razones que motivaron la resolución y que la orden de cateo se realizó inmediatamente.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 20 de febrero, 2001
- 2 BvR 1444/00 -

Fundamentos:

A

I. El recurso de amparo se refiere a una orden de cateo en una vivienda en un caso en que la demora implique un peligro para la eficacia de la medida.

I.

1. El Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental determina la inviolabilidad del domicilio. Con ello se garantiza al particular un espacio vital mínimo, tomando en consideración su dignidad humana y a fin de que pueda desarrollar libremente su personalidad (BVerfGE 42, 212 [219]). En los espacios de su domicilio, el particular tiene derecho a no ser molestado (BVerfGE 51, 97 [107]). Esta esfera vital personal se encuentra protegida constitucionalmente, y un cateo constituye una injerencia severa en dicha esfera (BVerfGE 51, 97 [107]; 96, 27 [40]). Corresponde pues con la gravedad de esta injerencia y con la importancia otorgada por la Constitución a la protección del espacio de la esfera privada, que el Art. 13, párrafo 2 (1ª parte) de la Ley Fundamental en general reserve las órdenes de cateo a la autoridad judicial.

a) La intención de reservar la realización de ciertas medidas a la autoridad judicial tiene por objeto lograr un control preventivo de estas medidas a través de una instancia independiente y neutral (BVerfGE 57, 346 [355 s.]; 76, 83 [91]). La Ley Fundamental parte del supuesto de que los jueces, gracias a su independencia personal y material y a su estricto sometimiento a la ley (Art. 97 de la Ley Fundamental) son quienes mejor –y

de forma más segura— pueden garantizar y hacer guardar los derechos de los afectados en cada caso concreto (BVerfGE 77, 1 [51]). En el ámbito del derecho penal la fiscalía lleva a cabo las diligencias preliminares de instrucción bajo su propia responsabilidad (§§ 158 y ss. StPO). En Alemania, el proceso penal prevé una separación estricta entre el órgano acusador y el tribunal; en consecuencia, el juez es un tercero imparcial, el cual actúa únicamente a solicitud de la fiscalía (§ 162 StPO). Tratándose de medidas tales como un cateo o una orden de aprehensión —que por regla general se llevan a cabo sin escuchar previamente a los afectados—, la participación del juez tiene por objeto de manera particular garantizar que los intereses y derechos de las partes involucradas sean considerados adecuadamente (BVerfGE 9, 89 [97]).

El juez debe examinar bajo su propia responsabilidad la medida que se pretende realizar; debe cuidar además que se respeten los requisitos y se cumplan con precisión los presupuestos exigidos por la Constitución y la legislación ordinaria para la realización de un cateo (BVerfGE 9, 89 [97]; 57,346 [355 s.]). El juez tiene también la función de fungir como órgano de control de los órganos encargados de perseguir los delitos; en ese carácter, tiene la obligación de formular adecuadamente y por escrito el auto por el que se ordena realizar el cateo o registro y —en el marco de lo posible y de lo razonablemente exigible— asegurar que la injerencia en los derechos fundamentales del afectado resulte medible y controlable. El auto que ordena practicar el cateo debe describir los hechos imputados al afectado, de tal manera que el marco dentro del cual ha de llevarse a cabo la medida coercitiva quede perfectamente bien delimitado. Lo anterior coloca al afectado al mismo tiempo en posibilidad de tener control él mismo sobre la inspección, lo cual le permite rechazar —dentro del marco de sus posibilidades jurídicas— los excesos que pudieran llegar a cometerse en la realización del cateo (BVerfGE 42, 212 [220 s.]). En resumen, reservar estos asuntos a la autoridad judicial tiene por objeto reforzar la protección el derecho fundamental contenido en el Art. 13 párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 57, 346 [355]).

b) El Art. 13 de la Ley Fundamental obliga a todos los órganos estatales a adoptar las medidas necesarias, a fin de que la reserva judicial —como medio para proteger los derechos fundamentales del afectado— también sea eficaz en la práctica. Las diversas personas involucradas (los tribunales, los jueces de instrucción, los órganos encargados de seleccionar a los jueces de instrucción y de turnar los asuntos, así como también los órganos encargados de perseguir los delitos, etc.) deben actuar para rechazar todo aquello que pueda restar eficacia a esta garantía. Además, los órganos estatales y federales responsables de la organización de los tribunales y de controlar la situación jurídica de los jueces de instrucción están obligados por el Art. 13 de la Ley Fundamental a crear las condiciones necesarias para lograr un control judicial preventivo eficaz. En la doctrina se critica la tendencia por parte de los órganos encargados de perseguir los delitos, especialmente por parte de la policía, a hacer un uso excesivo —y en parte también abusivo— de las facultades extraordinarias para casos de urgencia (cf. p. ej. Nelles, *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung*, 1980, p. 247 s.;

Schäfer, en Löwe-Rosenberg, StPO, 24ª ed., § 98, Nr. 35; Schnäbele, en *Gefahr im Verzug, Tagung der Neuen Richtervereinigung*, 1989, p. 12; Dubbers, en esa misma obra, pp. 36 y ss.; Werkentin, en esa misma obra, p. 26); igualmente se han criticado las deficiencias del control judicial. En general, las deficiencias deben atribuirse al hecho de que los jueces de instrucción con frecuencia se encuentran sometidos a una presión de tiempo muy fuerte, en ocasiones debida también a la falta de personal. De este modo, especialmente tratándose de procesos complicados o expedientes muy grandes, resulta imposible a los jueces obtener un conocimiento completo del estado que guardan las cosas; a ello se suma que los jueces en ocasiones carecen de los conocimientos técnicos necesarios en algunas ramas especiales.

Estas carencias no pueden ser subsanadas exclusivamente por el juez competente en turno. El juez tiene la obligación –ordenada por la Constitución– de tomarse todo el tiempo que sea necesario para analizar los escritos por los que la fiscalía le solicita ordenar una inspección, así como de tomar conocimiento del asunto y, en dado caso, de allegarse los conocimientos técnicos necesarios; para cumplir con esta obligación es necesario que exista la correspondiente distribución de funciones, que su tribunal cuente con los recursos materiales y personales suficientes, que el juez pueda contar con posibilidades de especialización y actualización en las diversas ramas y que los órganos encargados de perseguir los delitos pongan a su disposición información completa sobre el asunto en cuestión.

2. El Art. 13 párrafo 2 (2ª parte) de la Ley Fundamental prevé que las órdenes de cateo, cuando la demora implique peligro para la eficacia de la medida, puedan ser expedidas también por otros órganos previstos en ley: tratándose de cateos en el ámbito del proceso penal, la medida puede ser ordenada por la fiscalía (en términos del § 105, párrafo 1, frase 1 (2ª parte) StPO), y por los funcionarios auxiliares de ésta (§ 152 GVG).

a) Tanto el texto como la sistemática del Art. 13 párrafo 2 de la Ley Fundamental demuestran que la orden judicial de cateo es la regla, y la orden no judicial debe ser la excepción [...]

aa) La expresión “cuando la demora implique peligro [para la eficacia de la medida]” debe ser interpretado restrictivamente, no sólo por tratarse de casos de excepción, sino también –y principalmente–, porque la reserva judicial tiene una función protectora: la de garantizar el respeto de los derechos fundamentales. Al mismo resultado se llega atendiendo al principio general que señala: “al interpretar normas de derechos fundamentales, ha de preferirse aquella interpretación que permita desarrollar con más fuerza el efecto del derecho fundamental garantizado” (BVerfGE 51,97 [110]). Afirmar que en un caso concreto la demora implica peligro para la eficacia de la medida denota una disminución considerable de la protección del derecho fundamental contenido en el Art. 13 párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Si los órganos encargados de la persecución de los delitos ordenan el cateo, desaparece cualquier tipo de control preventivo por parte de una instancia neutral e inde-

pendiente. Por regla general, en los casos de una orden judicial de cateo existe un primer análisis por parte de la policía para determinar si se cumplen los requisitos para que se lleve a cabo la medida; luego la misma fiscalía –a quien corresponde en términos del § 162, párrafo 1, frase 1 StPO solicitar al tribunal de primera instancia que emita la orden de cateo– y finalmente el juez de instrucción realiza un examen para determinar si se cumplen los requisitos para ordenar la medida. En cambio, cuando se considera que una demora implica peligro para la eficacia de la medida, el control se limita al examen realizado por la policía y, en el mejor de los casos, al realizado también por la fiscalía. Sin embargo, ni la policía ni la fiscalía son imparciales: ambas tienen la tarea de esclarecer los hechos cuando se sospecha la comisión de un delito (§§ 160, párrafos 1, 2, 163, párrafo 1 StPO); de ellas no puede esperarse una neutralidad estricta, como sí puede exigírsele al juez. Además, al realizarse un cateo en casos en que la demora implique peligro para la eficacia de la medida, el efecto protector y limitador de la orden judicial de cateo –que de ordinario debe emitirse por escrito (BVerfGE 20, 162 [227])– desaparece. De este modo, el control que pudiera ejercer un juez neutral e independiente se limita a una función represiva, incapaz de revertir cualquier violación una vez cometida.

bb) Ciertamente, al calificar el supuesto de que la demora implique peligro para la eficacia de la medida, deben considerarse también los objetivos perseguidos por la Constitución al prever competencias extraordinarias para casos de urgencia. Esta competencia abre la posibilidad a los órganos no judiciales para ordenar un cateo, por ejemplo, cuando –de otro modo– exista el peligro de que medios de prueba desaparezcan o sean destruidos.

Por tanto, en todo caso en que la tramitación previa de la orden judicial de cateo hiciera peligrar el éxito de la medida, debe considerarse que se cumplen los requisitos del Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental (BVerfGE 51, 97 [111]). En el marco de un proceso penal, tratándose de cateos destinados a obtener medios de prueba (§ 102, alternativa 2, § 103, frase 1, alternativa 2 StPO), la competencia extraordinaria para casos de urgencia tiene por objeto colocar a los órganos encargados de perseguir los delitos en condiciones de evitar la destrucción o desaparición de tales pruebas.

Lo anterior corresponde con la obligación constitucional que tiene el Estado de Derecho de garantizar una administración de justicia ordenada, la cual debe garantizar sostenidamente los derechos de los inculcados, al tiempo que comprende una persecución eficaz de los delitos (BVerfGE 77, 65 [76 s.]). Por tanto, los órganos encargados de perseguir los delitos deben determinar si, con base en las circunstancias concretas del caso particular, existe un peligro fundado de que se pierdan las pruebas, y deben adoptar las medidas necesarias a fin de rechazar oportunamente dicho peligro.

b) Este concepto de competencias extraordinarias para casos de urgencia de los organismos encargados de perseguir los delitos, implica que los órganos mismos deben determinar si se cumplen los requisitos de su propia competencia. Esto resulta inevitable –atendiendo a la naturaleza misma de las cosas– cuando la demora

implica un peligro para la eficacia de la medida; sin embargo, ello exige que se adopten una serie de medidas de carácter material y jurídico, a fin de asegurar que la competencia ordinaria del juez –de fundamento constitucional– en la práctica sea siempre garantizada.

aa) En general, tanto los organismos encargados de perseguir los delitos como los jueces de instrucción, así como la organización de los tribunales, deben asegurar –dentro de lo posible– que, incluso a pesar de la cantidad de casos que deben atender día con día, se garantice la “distribución de cargas” prevista por la Constitución (BVerfGE 95, 1 [15]), es decir, que se respete la competencia ordinaria de los jueces.

b) Concretamente, meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o suposiciones basadas exclusivamente en la experiencia criminalística cotidiana y con independencia del caso concreto son insuficientes. Para considerar que la demora implica un peligro para la eficacia de la medida debe existir un fundamento apoyado en hechos reales y referidos al caso concreto. La mera *posibilidad* de que se pierdan o destruyan las pruebas resulta insuficiente. Jurídicamente no puede considerarse que la demora implica un peligro para la eficacia de la medida cuando han sido los mismos órganos encargados de perseguir los delitos quienes han hecho surgir los presupuestos fácticos de la demora. Los órganos encargados de perseguir los delitos no pueden retrasar la solicitud al juez de instrucción, de modo que se actualice el peligro de pérdida o destrucción de las pruebas para, de este modo, evadir la competencia ordinaria del juez prevista constitucionalmente. Ciertamente, los órganos policiales tienen un margen de maniobra para estructurar la fase de investigación con base en consideraciones de carácter táctico y criminalístico, pero éste no les permite evadir la competencia ordinaria del juez (Kleinknecht/MeyerGoßner, StPO, 44ª ed., 1999, § 161, Rn. 7, § 163, Rn. 47).

Por regla general, los órganos encargados de perseguir los delitos deben procurar obtener del juez competente (atendiendo tanto a la competencia por razón de la instancia como a la competencia material) la orden de cateo antes de comenzar con tal medida. Únicamente en casos excepcionales –cuando la misma demora derivada de la solicitud ponga en peligro la eficacia del cateo– pueden tales órganos emitir la orden de cateo sin necesidad de acudir previamente al juez. Determinar que la demora implica un peligro para la eficacia de la medida no puede fundarse meramente en la consideración abstracta de que seguramente para un momento determinado no se habrá obtenido todavía la orden judicial, o que habitualmente no es posible obtenerla antes de cierto plazo. Lo anterior es correlativo a la obligación de los tribunales –ordenada constitucionalmente– de garantizar en todo momento la disponibilidad de un juez de instrucción; ello implica también que, de ser necesario, se establezcan servicios para casos de urgencia o de emergencia [...]

87. Sentencia BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]

1. *El Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental en la versión del Decreto de Ley para la Reforma de la Ley Fundamental (Art. 13) del 26 de marzo de 1998 (BGBl I p. 610) es compatible con el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental.*
2. *En términos del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la dignidad humana es inviolable; ésta implica el reconocimiento de un espacio, un núcleo para el desarrollo de la vida privada absolutamente protegido. La vigilancia acústica del domicilio particular con el fin de perseguir los delitos (Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental) no puede penetrar este ámbito de protección. En esa medida, no cabe realizar una ponderación de derechos –con base en el principio de proporcionalidad– entre la inviolabilidad del domicilio (Art. 13, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental) y el interés del Estado de perseguir los delitos.*
3. *No toda vigilancia acústica del domicilio particular lesiona el núcleo de dignidad humana contenido en la garantía del Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
4. *La ley que autoriza la vigilancia acústica del domicilio particular debe contener medidas para asegurar la inviolabilidad de la dignidad humana y debe al mismo tiempo cumplir con los presupuestos fácticos exigidos por el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental, así como con el resto de los parámetros constitucionales.*
5. *Si la autorización para llevar a cabo la vigilancia de un domicilio particular lleva a recopilar al mismo tiempo informaciones pertenecientes al ámbito –absolutamente protegido– dentro del cual se desarrolla la vida privada, en tal caso debe interrumpirse la vigilancia inmediatamente y la información recopilada deberá ser borrada; queda absolutamente prohibido cualquier tipo de utilización de dicha información.*
6. *Las normas del Código de Procedimientos Penales relativas a la realización de la vigilancia acústica de viviendas para la persecución de delitos no cumplen cabalmente con los parámetros jurídico-constitucionales, tomando en consideración la necesidad de protección de la dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental), el principio de proporcionalidad exigido por el Estado de Derecho, la garantía de brindar protección jurídica eficaz (Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental) y la garantía de audiencia (Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental).*

Sentencia de la Primera Sala, del 30 de marzo, 2004
–1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 –

Fundamentos:

A.

Los recursos de amparo se dirigen de manera directa en contra del Art. 13 párrafos 3 a 6 de la Ley Fundamental, así como en contra de algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penales (StPO) por medio de los cuales se autoriza la práctica de vigilancia acústica del domicilio particular con fines de persecución del delito [...]

a) Los quejosos en los dos procedimientos acumulados pueden recurrir de manera directa al recurso de amparo a fin de impugnar las disposiciones legislativas atacadas [...]

Excepcionalmente un recurso de amparo puede dirigirse de manera directa en contra de leyes heteroaplicativas cuando el quejoso no puede recurrir a la vía ordinaria, ya sea porque tal vía no existe (cf. BVerfGE 67, 157 [170]) o porque no tuvo conocimiento de la medida (cf. BVerfGE 100,313 [354]). En tales casos, el particular puede recurrir al amparo en contra de la ley de manera inmediata; lo mismo sucede en casos en que la injerencia a los derechos fundamentales acaece sin necesidad de un acto de ejecución, es decir, la injerencia se produce por la ley misma (cf. BVerfGE 30, 1 [16 s.]; 67, 157 [169 s.]; 100, 313 [354]) [...]

C.

Los recursos de amparo son parcialmente procedentes y –en esa medida– fundados. La reforma constitucional realizada al Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental cumple con los requisitos exigidos por el Art. 79 de la Ley Fundamental. En cambio, las disposiciones del Código de Procedimientos Penales impugnadas no son del todo conformes con la ley fundamental.

I.

El Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental introducido por la reforma constitucional es conforme con la Constitución [...]

3. En la reforma, el legislador constitucional (el “poder constituyente permanente”) ha cumplido también con los parámetros de carácter material exigidos por la Constitución para las reformas constitucionales.

a) El Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental prohíbe realizar reformas a la Constitución que vulneren los principios señalados en los Arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental. Dentro de estos principios se encuentran: la obligación de respetar y proteger la dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental), el reconocimiento –por parte del pueblo alemán– de los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia (Art. 1 párrafo 2 de la Ley Fundamental). El Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental remite a su vez a “los derechos fundamentales enunciados a continuación”; con ello, la garantía de los mismos

se encuentra en principio sustraída a limitaciones por parte del legislador, en la medida en que su conservación resulte indispensable para garantizar el orden establecido por el Art. 1, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 84, 90 [121]).

Del mismo modo, los elementos fundamentales exigidos por los principios del Estado de Derecho y del Estado social, expresados en el Art. 20, párrafos 1 y 3 de la Ley Fundamental deben ser respetados.

El Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental es una norma de excepción y debe ser interpretada restrictivamente. Esta norma no prohíbe al legislador constitucional modificar, atendiendo a motivos proporcionados, la forma en que estos principios han sido expresados en el orden jurídico positivo (cf. BVerfGE 84, 90 [120 s.]; 94, 49 [102 s.]). El Tribunal Constitucional debe respetar la facultad del legislador constitucional de modificar los derechos fundamentales, limitarlos o incluso derogarlos, siempre y cuando no viole los principios establecidos por los Arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental. En principio, tampoco le está prohibido al legislador constitucional –por motivos proporcionados– modificar la forma en que estos principios son expresados por el derecho positivo (cf. BVerfGE 94, 49 [103 s.]). Por medio de la interpretación jurídica se debe determinar de manera independiente –en el marco de cada uno de los derechos fundamentales– qué porción del derecho fundamental concreto se encuentra garantizada por el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Las reformas constitucionales no se miden a la luz de la “garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales]” del Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Esta garantía restringe al legislador ordinario, pero no al legislador constitucional. Ciertamente, una limitación del contenido esencial de un derecho fundamental en el sentido del Art. 19 párrafo 2 de la Ley Fundamental puede –en un caso concreto– significar al mismo tiempo una injerencia en el “contenido esencial de protección de la dignidad humana del derecho fundamental en cuestión” garantizado por el Art. 79 párrafo 3 de la Ley Fundamental. Sin embargo, no debe confundirse el “contenido esencial” con el “contenido esencial de protección de la dignidad humana” de un derecho fundamental. La posibilidad de que ambas garantías coincidan en el caso concreto no es obstáculo para señalar que una reforma constitucional, por la que se restringe un derecho fundamental, ha de ser analizada exclusivamente a la luz del “contenido esencial de protección de la dignidad humana” de un derecho fundamental del Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

b) El Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental es compatible con la garantía de protección de la dignidad humana del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El parámetro de la dignidad humana debe ser concretado a la luz de las circunstancias específicas en la que pueda presentarse un conflicto. La vigilancia acústica del domicilio particular con el objetivo de perseguir los delitos no lesiona en forma general el contenido de protección de la dignidad humana garantizado por el Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Sin embargo, la forma y modo en que se lleve a cabo la vigilancia del domicilio

particular puede conducir a una situación en la que se lesione la dignidad humana. De manera expresa, el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental señala medidas jurídicas que deben adoptarse para evitar tal violación. A ello deben añadirse otros parámetros –obtenidos por vía de interpretación– exigidos por la Constitución. La facultad que la Constitución otorga [al legislador] en el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental para introducir la vigilancia acústica del domicilio particular no viola, por tanto, el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, pues la regulación que necesariamente debe adoptar el legislador puede y debe garantizar que la dignidad humana en cada caso particular permanezca intacta. La facultad otorgada por el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental abarca exclusivamente la facultad de expedir normas que garanticen estos criterios[...]

La dignidad humana no se lesiona por el mero hecho de que una persona se vuelva destinataria de medidas encaminadas a la persecución de delitos; sí en cambio, cuando el tipo de la medida adoptada cuestiona de manera fundamental la “calidad de sujeto” de la persona afectada. Tal es el caso cuando el tratamiento otorgado por el poder público ignora el valor que cada persona merece por el mero hecho de ser. Tales medidas no pueden llevarse a cabo ni siquiera en aras de la efectividad de la administración de justicia o con el objeto de investigar la verdad de los hechos.

El particular tiene un derecho absoluto a que su dignidad humana sea respetada; un procedimiento de investigación realizado secretamente por el Estado no implica de suyo una violación a este derecho. Que una persona sea objeto de investigación no implica forzosamente un desprecio de su valor como persona. Sin embargo, existe un núcleo inviolable en el que el particular desarrolla su vida privada, el cual debe ser respetado por el Estado al llevar a cabo medidas de vigilancia (sobre esta garantía cf. BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378 s.]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]). Si el Estado realizara algún tipo de injerencia dentro de este núcleo, lesionaría con ello la libertad conferida a cada persona para desarrollarse libremente, especialmente tratándose de asuntos personalísimos. Ni siquiera los intereses preponderantes de la colectividad pueden justificar una injerencia en este ámbito de la personalidad absolutamente protegido (cf. BVerfGE 34, 238 [245]).

(2) La protección de la dignidad humana se concretiza también en el derecho fundamental del Art. 13, párrafo 1 de la Ley Fundamental. La inviolabilidad del domicilio tiene una relación estrecha con la dignidad humana y al mismo tiempo se encuentra relacionada íntimamente con el mandamiento jurídico constitucional de respetar necesariamente una esfera del ciudadano, dentro de la cual pueda desarrollarse de manera personalísima. Debe ser garantizado el derecho del individuo –especialmente dentro de su domicilio particular– a no ser molestado (cf. BVerfGE 75, 318 [328]; véase también BVerfGE 51, 97 [110]).

El desarrollo de la personalidad en el núcleo de la configuración de la vida privada abarca la posibilidad de manifestarse libremente en los procesos internos –tales como sensaciones y sentimientos, así como pensamientos, puntos de vista y vivencias de

carácter personalísimo— y ello sin miedo a la vigilancia por parte de los órganos estatales. De la protección abarca también la manifestación de sentimientos, manifestación de las experiencias del subconsciente así como formas de expresión de la sexualidad. La posibilidad del correspondiente desarrollo presupone que el individuo dispone de un espacio libre y adecuado para ello. También la comunicación confidencial requiere de un sustrato “espacial”, al menos en aquellos casos en que el orden jurídico otorgara una protección especial —en aras del desarrollo de la propia existencia— y los ciudadanos pueden confiar en dicha protección. Tal es el caso, por lo general, dentro de la propia vivienda, la cual puede permanecer cerrada a la intromisión de otros. Si el particular dispone de un espacio de este tipo, entonces puede “estar a sus anchas” y desenvolverse con base en sus propios parámetros. El domicilio particular constituye un “último refugio” para la dignidad humana. Ello no exige una protección absoluta de todos los espacios de la vivienda particular, pero sí debe respetarse en forma absoluta la conducta desarrollada en dichos espacios, en la medida en que tal conducta constituye el desarrollo de la propia existencia.

(3) Esta protección no puede ser relativizada mediante una ponderación con los intereses del Estado de perseguir los delitos según los parámetros del principio de proporcionalidad (cf. BVerfGE 34, 238 [245]; cf. auch BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]). Ciertamente habrá siempre casos especialmente graves de criminalidad, con las correspondientes situaciones de sospecha, al grado que la efectividad de la administración de justicia penal pudiera llegar a parecer más importante que la protección de la dignidad humana del inculpado. Sin embargo, al Estado le está prohibido realizar una valoración de este tipo por virtud del Art. 1, párrafo 1, Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

bb) La vigilancia acústica del domicilio particular con el fin de perseguir los delitos atenta contra la dignidad humana, cuando no se respeta el ámbito dentro del cual se desarrolla la vida privada.

Para determinar si una conducta debe ser ubicada dentro de este ámbito absolutamente protegido, debe considerarse si su contenido es de carácter personalísimo, así como la manera y la intensidad en la que dicha conducta incide en la esfera de otros o en los asuntos de la comunidad (cf. BVerfGE 80, 367 [374]). Para ello, resultan determinantes las particularidades del caso concreto (cf. BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]).

Resulta determinante que existan situaciones en las que en el caso concreto —sobre la base de indicios concretos o tratándose de situaciones que típicamente pertenecen al ámbito privado, sin que en el caso concreto haya elementos objetivos que den pie a juzgar lo contrario— se afecte el ámbito intangible del desarrollo de la vida privada; tal es el caso, por ejemplo, tratándose de la manifestación de los sentimientos más íntimos o de formas de expresión de la sexualidad.

cc) La autorización que confiere el Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental al legislador para regular la vigilancia acústica del domicilio particular no viola el Art. 79,

párrafo 3 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, pues lo único que hace es autorizar la expedición de leyes –y medidas apoyadas en éstas– que cumplan con estos parámetros constitucionales [...]

El legislador constitucional ha establecido medidas de seguridad –mediante normas de derecho procesal– para garantizar que al ordenarse judicialmente la práctica de una medida de vigilancia se cumpla con los parámetros constitucionales. Así, el legislador constitucional dispuso que dicha medida debe ser decretada por un tribunal colegiado compuesto por tres miembros, y que tal medida debe limitarse a un tiempo determinado [...]

(c) El Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental debe ser interpretado en el sentido de que la regulación legislativa de la vigilancia acústica del domicilio particular debe forzosamente excluir la recopilación de información, cuando las pesquisas tuvieron alguna incidencia en el ámbito del desarrollo de la vida privada protegido por el Art. 13, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 y el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

dd) Por tanto, resulta necesario adoptar normas que –respetando los principios de claridad normativa– aseguren que el modo y el tipo de las medidas de vigilancia empleadas no lesionarán la dignidad humana [...]

(3) A fin de evitar injerencias en el ámbito del desarrollo de la vida privada, a las autoridades les está prohibido escuchar las conversaciones privadas que una persona sostiene en el interior de su domicilio particular, cuando la persona se encuentra sola o exclusivamente en compañía de personas respecto de las cuales tiene una relación de particular confianza –pertenecientes al núcleo absolutamente protegido–, como pueden ser los familiares y los conocidos más allegados, y cuando no existan indicios concretos de que las conversaciones que están por realizarse –atendiendo a su contenido– tengan un nexo o relación directa con la realización de un delito. Si bien las conversaciones que cada quien sostiene en su domicilio particular con sus personas más allegadas no pertenecen de suyo al ámbito del desarrollo de la vida privada, sin embargo, existe una presunción en este sentido, a fin de lograr una protección efectiva de la dignidad humana. Así, las medidas de vigilancia acústica se encuentran excluidas cuando existe la probabilidad de que abarquen conversaciones pertenecientes al ámbito absolutamente protegido [...]

(5) La vigilancia acústica del domicilio particular –aun cuando fundamentalmente se encuentra permitida– debe limitarse exclusivamente a conversaciones y situaciones cuyo contenido, con gran probabilidad, será relevante en el marco de un proceso penal. Dado el caso, la autoridad deberá asegurarse –mediante investigaciones previas que dejen a salvo la protección del ámbito de desarrollo de la vida privada– que la vigilancia acústica del domicilio particular quedará limitada exclusivamente a procesos y hechos que sean relevantes desde el punto de vista procesal. Por ejemplo, no se permite injerencias en el ámbito de desarrollo de la vida privada para determinar si la información así obtenida se encuentra dentro de este ámbito.

Por tanto, una vigilancia de carácter “global” –por lo que se refiere al tiempo y al espacio– por lo general no podrá permitirse, porque la probabilidad de abarcar conversaciones de carácter personalísimo es muy alta.

También se lesiona la dignidad humana, cuando la vigilancia se extiende por un periodo de tiempo largo y se vuelve tan abarcante, que llega a registrar –casi sin huecos– todos los movimientos y todas las expresiones de la vida del afectado, lo que puede dar pie a la creación de un “expediente personal” del afectado (sobre este riesgo, cf. BVerfGE 65, 1 [42 s.]) [...]

De este modo, la protección del Art. 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental puede implicar que las autoridades –al vigilar un domicilio particular– prescindan de la utilización de mecanismos automáticos de grabación, de modo que puedan interrumpir la grabación en cualquier momento.

Si en el marco de una medida de vigilancia acústica llegare a presentarse una situación que deba ser atribuida al ámbito inviolable de desarrollo de la vida privada, la medida de vigilancia deberá ser interrumpida inmediatamente. Las grabaciones que, no obstante, se hubieren obtenido, deberán ser destruidas. Se prohíbe transmitir a un tercero o hacer uso de la información obtenida [...]

II.

Tanto el § 100 c, párrafo 1, num. 3, párrafos 2 y 3 StPO –por el que el legislador autorizó la práctica de medidas de vigilancia acústica del domicilio particular– como la regulación de las prohibiciones sobre recabación y valoración de pruebas, contenidas en el § 100 d, párrafo 3 StPO, no cumplen cabalmente con los parámetros jurídico-constitucionales contenidos en el Art. 13, párrafos 1 y 3 de la Ley Fundamental, así como el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, con miras a la protección del ámbito inviolable para el desarrollo de la vida privada, la configuración del catálogo de los delitos y la consideración del principio de proporcionalidad. Tales disposiciones son compatibles sólo parcialmente con la Ley Fundamental [...]

La Constitución ordena, con miras al ámbito de desarrollo de la vida privada, que se adopten una serie de prohibiciones referentes a las medidas de vigilancia y recabación de pruebas; tales medidas no fueron concretadas lo suficientemente por el legislador [...]

En el § 100 d, párrafo 3 StPO, el legislador tampoco adoptó medidas suficientes a fin de garantizar que la vigilancia sea interrumpida inmediatamente, cuando de manera imprevista surja una situación que deba ser atribuida al ámbito inviolable del desarrollo de la vida privada. En tales casos, continuar con las medidas de vigilancia es antijurídico.

cc) Del mismo modo, falta una regulación suficiente a fin de garantizar la exclusión de las pruebas (y que éstas no sean utilizadas en el proceso), cuando se ha obtenido información en violación del ámbito de desarrollo de la vida privada y que, en tales casos, los datos obtenidos sean borrados [...]

b) Cuando la vigilancia acústica del domicilio particular se refiere a aspectos que se encuentran fuera del ámbito inviolable para el desarrollo de la vida privada, la constitucionalidad de dichas medidas exige que se cumpla con el principio de proporcionalidad, el cual parcialmente se concreta de manera más específica en el Art. 13 párrafo 3 de la Ley Fundamental. Las disposiciones controvertidas no cumplen del todo con tales exigencias. Ciertamente, las disposiciones persiguen un fin legítimo (aa), son idóneas para alcanzar tales fines (bb) y necesarias (cc). Sin embargo, el Art. 13 párrafo 3 de la Ley Fundamental restringe el empleo de medidas de vigilancia acústica del domicilio particular a delitos especialmente graves, pero el § 100 c, párrafo 1, num. 3 StPO toma en cuenta esta restricción sólo parcialmente (dd) [...]

IV.

La regulación adoptada por el § 101 StPO para las medidas de vigilancia acústica del domicilio particular, referentes a la obligación de informar a las personas involucradas, son parcialmente conformes con el Art. 19, párrafo 4 y el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

§ 19. PROPIEDAD Y EXPROPIACIÓN - ARTÍCULO 14 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 14

1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia con el contenido y las limitaciones que la ley determine.
2. La propiedad obliga. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común.
3. Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el alcance de la misma. La indemnización se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto se dará recurso ante los tribunales ordinarios en cuanto al importe de la indemnización.

88. Sentencia BVerfGE 38, 348 [Dedicación de vivienda a fines distintos]

Resolución de la Segunda Sala, del 4 de febrero, 1975

–2 BvL 5/74–

[...] en el proceso con ocasión del examen constitucional del Art. 6, §1, párrafo 1, frase 1 y §2 de la Ley para la Corrección del Derecho de Arrendamiento y para Limitar el Aumento del Valor de los Arriendos, así como para Reglamentar los Servicios de Ingeniería y Arquitectura (MRVerbG) del 4 de noviembre de 1971 (BGBl. I p. 1745)

–exposición de motivos y proyecto de sentencia del Tribunal Superior de Frankfurt am Main del 21 de enero de 1974– 2 Ws (B) 13/74.

Parte resolutiva:

El Art. 6, §1, numeral 1, frase 1 y §2 de la MRVerbG, Ley para la Corrección del Derecho de Arrendamiento y para Limitar el Aumento del Valor de los Arriendos así como para Reglamentar los Servicios de Ingeniería y Arquitectura del 4 de noviembre de 1971 (Gaceta Legislativa I, p. 175) son compatibles con la Ley Fundamental.

Esas disposiciones tienen el siguiente tenor:

Artículo 6

Prohibición de la utilización de la vivienda para fines distintos.

§1

(1) Los gobiernos estatales se encuentran autorizados para establecer mediante decretos, en los municipios en donde pelagra la posibilidad de proveer a la población con suficientes viviendas en condiciones adecuadas, si se requiere de la autorización de una autoridad estatal para poder destinar las viviendas a una finalidad diferente. Dentro de la finalidad de vivienda, en el sentido de la frase 1, se debe entender también el caso en que la vivienda es empleada con la finalidad permanente de hospedar extraños, especialmente cuando se trata del arrendamiento comercial de habitaciones o la adecuación de lugares para dormir. No se requiere de autorización para transformar un dormitorio en una habitación auxiliar o en un baño [...]

El Art. 6, §1, párrafo 1, frase 1 MRVerbG satisface también el principio de la legalidad de la administración que se deriva del principio del Estado de Derecho (véase BVerfGE 6, 32 [43]).

Cuando el legislador federal [...] establece la prohibición represiva, bajo reserva de una flexibilización, con ello toma en cuenta la circunstancia de que por regla general la prohibición, justificada materialmente –en un caso individual–, puede entrar en conflicto también con los principios de proporcionalidad y la prohibición de una reglamentación excesiva, que como regla directriz de todas las actuaciones del Estado se origina obligatoriamente del principio del Estado de Derecho (BVerfGE 23, 127 [133] con más referencias; BVerfGE 35, 282 [400 y ss.]). El Art. 6 del MRVerbG no exige, por consiguiente, la protección de cada vivienda y de cada precio, sino que deja abierta a la administración la posibilidad de aplicar, mediante una autorización, el principio de proporcionalidad.

El Art. 6, §1, párrafo 1, frase 1 MRVerbG no contraviene el Art. 14 de la Ley Fundamental.

El Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental le asigna al legislador la función de determinar el contenido y los límites del derecho de propiedad, y le encarga de la labor de desarrollar el modelo social, cuyos elementos normativos se originan de una

parte del reconocimiento de la propiedad privada a través del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y, de la otra, de las declaraciones vinculantes del Art. 14 de la Ley Fundamental (BVerfGE 37, 132 [149] con más referencias). Al contenido constitucional de la propiedad privada pertenece básicamente la competencia para disponer libremente del objeto de la propiedad (BVerfGE 26, 215 [222]). La prohibición del cambio de destino de la vivienda, represiva y provista sólo con la posibilidad de una flexibilización, afecta esa facultad de disposición. La autorización para la imposición de una prohibición de este tipo, como la prevé el Art. 6, §1, párrafo 1, frase 1 MRVerbG, se encuentra justificada, sin embargo, mediante el poder reglamentario del legislador de conformidad con el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

La exigencia constitucional de utilizar la propiedad en beneficio del bien común (Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental), comprende el mandato de considerar los intereses de aquellos conciudadanos que se encuentran en la necesidad de usar el objeto de la respectiva propiedad (BVerfGE 37, 132 [140]). Esta implicación fundamenta una distribución social y una especial función social del objeto de la propiedad. Grandes partes de la población, sobre todo en las ciudades, no están en capacidad de proporcionarse por sus propios medios una vivienda y, por consiguiente, se ven abocados ineludiblemente a tomar en arriendo una vivienda.

La suficiente cobertura de la población en materia de vivienda en condiciones adecuadas sirve directamente para que el individuo y su familia dispongan de la indispensable vivienda. Si esa cobertura se ve amenazada, como lo presupone el Art. 6, §1, num. 1, frase 1 MRVerbG al establecer la posibilidad de una intervención de la autoridad administrativa encargada de la reglamentación, entonces esto implicará que un gran número de personas carecerán de vivienda. La distribución social, que es inherente a la vivienda, se fortalece considerablemente. En una situación tal una medida adecuada, orientada en el bien común, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, tiene por objeto alcanzar la finalidad de la vivienda existente, debido a que, en principio, el cambio de finalidad se encuentra prohibido. Esto, en todo caso, a pesar de que –como aquí– los intereses del propietario, dignos de ser protegidos, deben protegerse suficientemente. El propietario conserva un rendimiento por razón del contrato de arrendamiento, de los costos del arriendo o del valor usual del arrendamiento en el respectivo lugar (véase al respecto BVerfGE 37, 132 [141 ss.]), y tiene la posibilidad, en determinados casos, de que se le autorice una excepción. En principio se encuentra excluida únicamente la posibilidad de que el autorizado haga uso de inmediato y al máximo de toda posibilidad que se le presente de obtener una mayor ganancia por su propiedad. Sin embargo, esta posibilidad no se encuentra protegida constitucionalmente para el caso de una cobertura insuficiente de vivienda.

89. Sentencia BVerfGE 14, 263 [Molino de campo]

1. *En ejercicio de la autorización impartida mediante el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, de determinar el contenido y las restricciones de la propiedad, el legislador debe respetar tanto la decisión de la Ley Fundamental a favor de la propiedad privada como también todas las restantes normas constitucionales, especialmente el principio de igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y los principios del Estado social y del Estado de Derecho.*
2. *Las normas de derecho accionario no contravienen por consiguiente la Ley Fundamental debido a su carácter ambivalente por el mero hecho de que ellas no excluyen un abuso, siempre que se disponga de posibilidades efectivas para su defensa. Esta posibilidad existe en el caso de cambios en las mayorías, porque tales casos, aun cuando cumplan con los requisitos formales, no están exentos de una impugnación por abuso.*

Sentencia de la Primera Sala, del 7 de agosto, 1962**–1 BvL 16/60–**

Parte resolutiva:

El §15 de la Ley sobre Modificación de las Sociedades de Capital y de los Sindicatos Mineros (UmwG) del 12 de noviembre de 1956 (Gaceta Legislativa I, p. 844) es compatible con la Ley Fundamental, en la medida que admite el traslado del patrimonio de una sociedad accionaria a otra sociedad accionaria, en cuyas manos se encuentran más de las tres cuartas partes del capital.⁶¹

El tribunal de conocimiento consideró la transformación de la mayoría como incompatible con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque el derecho accionario de los accionistas minoritarios –en principio inalienable– se extingue.

Las acciones le garantizan al accionista además de los derechos de membrecía, derechos patrimoniales a participar en las ganancias, en caso dado a la suscripción de nuevas acciones y a la liquidación de las cuotas; en esta medida ella es la que transmite el derecho de propiedad social.

Como derecho patrimonial (véase BVerfGE 4, 7 [26]) gozan de la protección del Art. 14 de la Ley Fundamental.

El tribunal de conocimiento negó con razón que el §15 UmwG constituya en sí mismo o permita una expropiación en el sentido del Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La expropiación debe partir del Estado o de una empresa en la que el Estado

⁶¹ El efecto de esto es que los propietarios de la cuarta parte restante dejan de participar en sociedad de capital transformada, y deben ser resarcidos adecuadamente por la transformación de la empresa.

haya conferido facultades coactivas. Cuando el legislador le otorgó a la asamblea general de accionistas la competencia para decidir la modificación de las mayorías, no le otorgó la competencia para expropiar, sino que únicamente la autorizó para modificar las relaciones de derecho privado entre los accionistas.

La decisión del tribunal de registro de inscribir la transformación, tampoco constituye una intervención en la propiedad de los accionistas minoritarios; no es una medida constitutiva de derechos, sino que establece sencillamente que no existe obstáculo legal alguno para la inscripción.

La asignación de la competencia a la asamblea general para la transformación no es tampoco una “expropiación mediante ley”, pues la Ley de Transformación misma no interviene directamente en los derechos existentes. Ésta delimita para el caso de la transformación las competencias entre mayorías y minorías en una sociedad accionaria; una disposición legal de este tipo no es por sí misma una expropiación.

El criterio para el examen de la constitucionalidad del § 15 UmwG desde el punto de vista de la propiedad es, por consiguiente, únicamente el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

La propiedad es, al igual que la libertad, un derecho fundamental elemental; su reconocimiento es una decisión de la Ley Fundamental de especial significado para el Estado social de Derecho. La propiedad es la institución legal más importante para la delimitación del ámbito patrimonial privado. Éste requiere especialmente una configuración a través del ordenamiento legal. Por consiguiente, el Art. 14, párrafo 1, frase 2 contempla la autorización al legislador para determinar el contenido y las restricciones al derecho de propiedad; la competencia reglamentaria del legislador no parece contener, de acuerdo con el tenor del Art. 14, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental, ningún tipo de restricción. Sin embargo, es evidente que cada disposición legal, en cuanto contenido o restricción, tiene que respetar tanto la decisión de la Ley Fundamental a favor de la propiedad privada en el sentido actual (véase BVerfGE 1, 264 [276]; 4, 219 [240]), como también todas las restantes normas constitucionales que se encuentren en concordancia, y en especial el principio de igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y los principios del Estado de Derecho y del Estado social.

La propiedad societaria incorporada en las acciones no se encuentra asegurada incondicionalmente en su integridad frente a decisiones de las mayorías [...]

El caso principal en que opera la transformación de las mayorías de una sociedad accionaria en otra sociedad accionaria, es la transformación dentro de un grupo empresarial; la sociedad accionaria predominante utiliza la transformación de las mayorías para tomar posesión de la empresa, eliminando a las minorías.

Las opiniones sobre la política social y económica del grupo empresarial son discrepantes. La concentración económica y financiera del poder trae consigo peligros, pero, por otro lado, posibilita una racionalización y, con esto, el aumento y la valorización de la producción, que son deseados e inevitables especialmente por la fuerte competencia internacional. El derecho económico y tributario vigentes reconocen los grupos empresariales, sin regular específicamente sus relaciones jurídicas [...]

En la aceptación de los grupos empresariales se encuentra, en principio, el reconocimiento de su libertad empresarial. Con esto no se ha dicho aún que el legislador pueda dar prevalencia a esa libertad empresarial también para la estructuración interna del grupo empresarial, aun frente al derecho de los accionistas minoritarios a una parte de la sustancia patrimonial y a la igualdad de trato. Se trata, por consiguiente, de la pregunta sobre si la ley le puede dar a “los intereses del grupo empresarial” prevalencia frente a los intereses de la sociedad individual –visto desde la perspectiva de la sociedad predominante: a los intereses de la sociedad principal frente a los accionistas minoritarios– [...]

[...] no se puede afirmar que la reglamentación legal viola la Ley Fundamental. El legislador, por motivos de interés común, puede considerar la posibilidad de que la protección de la propiedad de los accionistas minoritarios se repliegue frente al interés general por el libre desarrollo de la iniciativa empresarial en el grupo empresarial. Esa decisión encuentra su origen en la ponderación entre el significado de los derechos fundamentales consagrados en el Art. 2, párrafo 1 y el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental en el marco de una sociedad que dependa de un grupo empresarial.

[...] el presupuesto para la admisibilidad de esa valoración legislativa es que los intereses legítimos de las minorías, que se ven obligadas a retirarse, se garanticen. Dentro de esto se encuentra, de una parte, el que dispongan de los recursos legales adecuados para defenderse del abuso del poder económico y, de la otra, se debe prever que sean plenamente indemnizados por la pérdida de su posición económica. Esas condiciones las cumple, sin embargo, el cambio de las mayorías.

90. Sentencia BVerfGE 21, 73 [Ley sobre Comercio de Inmuebles]

1. *Sobre los límites de la competencia del legislador para determinar el contenido y las restricciones de la propiedad (Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental).*
2. *El §9, párrafo 1 de la Ley sobre Propiedad Inmobiliaria es compatible con la Ley Fundamental.*
3. *La autorización no puede ser denegada de conformidad con esta disposición, porque el negocio jurídico representa para el adquirente una inversión de capital.*

Sentencia de la Primera Sala, del 12 de enero, 1967

–1 BvR 169/63–

El recurrente –abogado, profesor y asesor de empresas– adquirió una propiedad boscosa de 34 hectáreas por el precio de 290 000 marcos alemanes. La autoridad competente rechazó la autorización con fundamento en la Ley sobre Transacciones Inmo-

biliarias del 28 de julio de 1961 (BGBl p. 1091) –GrdstVG–, porque el adquirente no era agricultor ni silvicultor. El vendedor tuvo la oportunidad de vender el bosque sin autorización a la Administración Forestal Estatal de Nordrhein-Westfalen.

De conformidad con el §9, párrafo 1 GrdstVG, la autorización se debe denegar cuando la venta implica una distribución perjudicial del suelo y el terreno. Su contenido material contempla, de acuerdo con esos elementos de hecho, una restricción legal de la capacidad para vender y del derecho de adquirir, en el caso de bienes rurales y silvestres. Se trata, por tanto, de una norma determinante del contenido de la institución legal de la propiedad. La disposición se encuentra, por consiguiente, dentro del ámbito de protección del Art. 14 de la Ley Fundamental y se debe evaluar con base en éste.

El Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental ordena que el contenido y las restricciones a la propiedad sean determinadas por el legislador. La ley que resulte debe estar en consonancia material y formal con la Constitución (BVerfGE 14, 263 [278]).

Los ataques del recurrente dirigidos en contra de la estructuración formal del §9, párrafo 1 GrdstVG son infundados.

El que el legislador se sirva en esa disposición de un concepto legal indeterminado, no puede ser objetado constitucionalmente (BVerfGE 3, 225 [243]; 13, 153 [161]). Se puede seguir planteando si es posible que los asuntos agrupados en el §9, párrafo 1 GrdstVG se pudieran separar en varios elementos de hecho de carácter especial. Si el legislador se sirve de un concepto para la determinación de un elemento legal que cubre una serie de asuntos o que dispone de manera estricta elementos de hecho característicos, es cosa que debe decidir a su criterio. El Tribunal Constitucional Federal sólo puede revisar si él ha respetado los límites que le ha impuesto la Constitución, lo cual, en el presente caso, debe contestarse afirmativamente. Así se ha establecido.

La aceptación de los conceptos legales indeterminados no exonera al legislador de la obligación de concebir la disposición de modo tal que se encuentren en consonancia con los principios del Estado de Derecho, de la claridad de la norma y la justiciabilidad. Deben estar formulados en sus presupuestos y en su contenido en forma tal que los destinatarios puedan comprender la situación jurídica y orientar su comportamiento de acuerdo con ella. Adicionalmente, el principio de la legalidad de la administración ordena que el legislador mismo reglamente, en cuanto al contenido, los derechos y deberes individuales que constituyen la esencia de la propiedad; él no puede dejar esto al criterio de la administración, cuando una norma de esta clase es al mismo tiempo el fundamento material y el criterio para el examen en un proceso administrativo de autorización. En el derecho inmobiliario los obstáculos para la compra y la venta deben originarse en la ley misma; ni la administración ni los tribunales los pueden determinar arbitrariamente. Estos criterios todavía los llena el §9, párrafo 1 GrdstVG.

Se le tiene que conceder al recurrente que la interpretación y la aplicación del poco preciso concepto de “inadecuada distribución del suelo y terreno” en cierta medida genera dudas. No obstante, de los objetivos de la ley, el contexto material de las disposiciones y las explicaciones en el §9, párrafo 2 Grdst VG se puede determinar suficien-

temente el objetivo y contenido y obtener criterios objetivos que excluyan una interpretación arbitraria por parte de las autoridades y tribunales [...]

El §9, párrafo 1 GrsdTVG, para la interpretación judicial, se encuentra también en consonancia, en cuanto al contenido, con la Constitución.

Las funciones atribuidas al legislador en el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental de determinar el contenido y las restricciones a los derechos de propiedad, no son ilimitadas. Deben atender al contenido fundamental de la garantía de la propiedad consagrada en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y a las restantes normas de la Constitución (BVerfGE 14, 263 [278]; 18, 121 [132]).

La Ley Fundamental no ordena, contrariamente a la opinión del recurrente, que el tráfico inmobiliario rural deba ser tan libre como el tráfico de otros bienes de “capital”. El hecho de que el suelo y la tierra sean indispensables y no sean susceptibles de acrecentarse, impide dejar por completo su uso al libre juego de las fuerzas y deseos de los individuos; un ordenamiento social y legal justo obliga además a que el interés general por el suelo sea tenido en cuenta en mayor medida que para el caso de otros bienes patrimoniales. El suelo y la tierra no es comparable, ni en su significado económico ni social, con otros valores patrimoniales; no se puede tratar en el tráfico legal como un bien mueble. Del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 3 de la Ley Fundamental no se puede derivar una obligación del legislador de someter todos los bienes patrimoniales valorables económicamente, a los mismos principios legales. Tampoco corresponde con la realidad el que el capital financiero se discrimine frente al capital invertido en las propiedades rurales y forestales.

La Ley Fundamental misma le atribuye al legislador, para la determinación del contenido de la propiedad, en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental un espacio de reglamentación amplio. De ahí que la propiedad no sólo conlleva obligaciones, sino que “su uso debe servir también al bienestar general”. El que el constituyente tuvo en cuenta ante todo el ordenamiento de suelos, lo evidencian los documentos respectivos (ParRat, 8ª Asamblea de la Comisión General, pp. 62 y ss.). El mandato de un uso orientado socialmente no es, sin embargo, sólo una indicación para el comportamiento en concreto del propietario, sino ante todo una directriz para el legislador, para que en la reglamentación del contenido de la propiedad tenga en cuenta el bienestar general. Aquí se evidencia el rechazo a una reglamentación de la propiedad en la que los intereses individuales primen incondicionalmente sobre los intereses de la comunidad. En el marco de esa decisión fundamental se encuentra el §9, párrafo 1 GrsdTVG, cuando se desaprueba la venta de suelo y tierra que implique una distribución inadecuada de suelos en los términos antes enunciados [...]

Si bien el §9, párrafo 1 GrsdTVG es constitucional (con base en las consideraciones expuestas), también es cierto que este tribunal no puede aprobar la interpretación y aplicación realizada por el Tribunal Federal en la sentencia impugnada.

El Tribunal Federal parte acertadamente en su sentencia de que los elementos de hecho del §9, párrafo 1 GrsdTVG se interpretaron restrictivamente. En efecto, parte

de la existencia de una necesidad de propiedades rurales y forestales que tienen otras empresas; pero justifica la adquisición por parte de personas que no sean agrónomos ni silvicultores, cuando los agrónomos o los silvicultores no se encuentren interesados en esos bienes. El Tribunal Federal, sin embargo, deja sin vigencia esa interpretación restrictiva cuando la adquisición representa una “pura inversión de capital”. Considera este tipo de adquisiciones como una distribución inadecuada de suelo, “sin tener en cuenta si en un caso individual el bien enajenado se emplee para el mejoramiento de la estructura agraria”. Si la ley tuviera realmente ese contenido, entonces no estaría en consonancia con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Las restricciones legales a la propiedad deben estar referidas al respectivo ámbito material; ellas no pueden ir más allá de lo que alcanza la finalidad de protección, y a lo que sirve la reglamentación. Se traspasarían estos límites si la adquisición de tierras y suelo estuviera prohibida sólo porque se tratara de una inversión de capital. El Tribunal Federal toma equivocadamente como punto de referencia los motivos de la adquisición, en vez de los efectos del negocio jurídico para la estructura agraria, que es el único criterio que, con base en la disposición señalada, puede ser tomado en consideración. El motivo de la adquisición, por sí mismo, no es un punto de vista que justifique una restricción a la propiedad. El objetivo de la protección, al que sirve el derecho inmobiliario, no ordena una restricción de este tipo.

91. Sentencia BVerfGE 25, 112 [Ley de Diques de Niedersachsen]

Sobre la pregunta acerca de bajo qué presupuestos puede prohibir el legislador la edificación de un dique.

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de enero, 1969 –1 BvL 3/66–

El §14, párrafos 1 y 2 de la Ley de Diques de Niedersachsen del 1 de marzo de 1963 (Nds. GVBl, p. 81) –NDG– establecen:

§14 NDG

(1) Se encuentra prohibida toda utilización de los diques (uso y usufructo), con excepción de aquellas que realizan los encargados de éstos, y que conciernen a la finalidad del mismo [...]

(2) Las autoridades respectivas podrán establecer excepciones a la prohibición del párrafo 1.

El levantamiento o la ampliación de edificaciones se podrá autorizar sólo en casos especiales de interés económico público o general con aprobación de las autoridades de diques, siempre y cuando se asegure la seguridad del dique [...]

La prohibición de edificar, consagrada en el §14, párrafo 1, frase 1 NDG, es una disposición relativa al contenido de la propiedad en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

1. El legislador, para el cumplimiento de las funciones que le atribuye el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, de determinar el contenido y los límites de la propiedad, debe lograr un equilibrio justo entre la libertad del individuo respecto del ordenamiento sobre la propiedad y los intereses de la comunidad. Para tal efecto, la Ley Fundamental le ha trazado una pauta obligatoria al legislador en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental (BVerfGE 21, 73 [83]). Él debe tener en cuenta para la reglamentación del contenido de la propiedad, el bienestar general y orientar los derechos y deberes de los propietarios en el principio del Estado social. Esto se aplica –como se explicó en la sentencia citada– ante todo a las disposiciones, que se relacionan con el suelo y la tierra. De otra parte, se debe tener en cuenta que la competencia reglamentaria del legislador no es ilimitada: el legislador tiene que garantizar el contenido fundamental de la garantía de la propiedad, pero ésta también debe estar en consonancia con las restantes normas de la Constitución. De ahí que las limitaciones legales al derecho de propiedad deben estar vinculadas al ámbito material y su misma estructuración debe ser adecuada. Las restricciones al derecho de propiedad no deben ir más allá de la finalidad a la que sirve la reglamentación (BVerfGE 21, 73 [82 y ss., 86]; 21, 150 [155]; véase también BVerfGE 24, p. 367, 389 sobre la Ley de Diques de Hamburgo). La decisión fundamental de la Constitución, en el sentido de una propiedad privada con función social, ordena que para la reglamentación del contenido de la propiedad, el interés general y los intereses individuales se encuentren en una relación de equilibrio. El bienestar general es el punto de orientación, pero también el límite para imponer restricciones al propietario. El §14, párrafo 1, frase 1 en relación con el párrafo 2 NDG se encuentra en consonancia con esos principios [...]

3. El tribunal de conocimiento encontró que el legislador que expidió la Ley de Diques de Niedersachsen al prohibir por motivos de interés general levantar edificaciones cercanas a los diques, estaba restringiendo en forma desproporcionada la posición jurídica del propietario. En el contexto de su explicación es evidente la opinión de que la edificación de construcciones debería ser permitida, y sólo podría ser prohibida cuando en el caso concreto existiera un peligro para la seguridad del dique. Desde la perspectiva constitucional se plantea la pregunta de si es compatible con el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, el que el legislador hubiera ordenado una prohibición general de edificar y no una simple *reserva de prohibición* para el caso concreto en que se ve amenazada la seguridad del dique.

4. Como la función de un dique es defender la comunidad de los peligros que representa el agua, el interés público debe prevalecer sobre los intereses de los individuos. De allí que se considere, en todo caso, que estas restricciones al derecho del propietario se encuentran en el marco de la Constitución, puesto que se requieren para mantener la seguridad del dique y defender así a los seres humanos frente a los peligros que se pue-

dan presentar. Desde ese punto de vista, la prohibición de construir diques en interés privado tampoco es objetable constitucionalmente. Sin embargo, se pregunta si se justifica que la construcción de diques se deba prohibir en forma general o si hubiera sido suficiente partir de una reglamentación para los casos en particular.

5. La posición del tribunal de conocimiento de que la prohibición general va demasiado lejos, no se puede seguir. El principio de proporcionalidad no se ha violado.

El legislador no puede aprovechar la ocasión de que una circunstancia puede representar un peligro para eliminar los derechos del propietario. El instrumento empleado para la defensa del peligro debe ser acorde con el peligro que debe conjurar. La situación efectiva determina la extensión del ámbito de reglamentación para una solución legislativa.

La prohibición general de construir se justifica mediante la consideración de que toda construcción cercana al dique, que no sirva para su conservación, es potencialmente peligrosa para su seguridad, y con esto la de los habitantes de la región que se está protegiendo. Esto no es objetable desde el punto de vista constitucional:

Toda inversión en construcción, en o junto al dique, que no sirva a su conservación, no es sólo un cuerpo extraño, sino que también perjudica su función, lleva a poner en peligro su estabilidad y debilita su defensa en casos de emergencia. Éste es un hecho probado por la experiencia.

Si el legislador de la Ley de Diques de Nierdersachsen, que tenía en la memoria la catástrofe del año 1962, consideró necesario frente a la situación legal existente hasta ese momento, prohibir en forma general la construcción, esto no se puede ver como violatorio o como una valoración errónea del peligro.

De ahí que se deba tener en cuenta que el legislador no ha excluido la posibilidad de llevar a cabo un examen en el caso en concreto. El § 14, párrafo 2, frase 2 NDG permite para el caso de los diques ya construidos, la posibilidad de autorizar una excepción.

92. Sentencia BVerfGE 31, 229 [Derechos de autor y libro escolar]

1. *Los derechos de autor, en tanto que confieren un derecho de aprovechamiento, caen dentro del concepto de "propiedad" en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.*
2. *El Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental ordena que, en principio, el valor económico asignado a una obra sea asignado al autor. No obstante, esto no implica que todas las posibilidades de explotación de una obra se encuentren garantizadas constitucionalmente. Corresponde al legislador, en el marco del contenido del derecho de autor, establecer los criterios materiales que aseguren la valoración adecuada y la*

utilización del derecho, de acuerdo con su naturaleza y su significado social (Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental).

3. *El interés general por un acceso ilimitado a los bienes culturales justifica que la obra protegida, luego de su aparición, pueda ser utilizada –sin aprobación del autor–, en colecciones para las iglesias, escuelas y en clases; ello no implica que el autor deba poner a disposición su obra sin remuneración alguna (§46 UrhG).*

Sentencia de la Primera Sala, del 7 de julio, 1971
–1 BvR 765/66–

Parte Resolutiva:

1. El §46 de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Similares (Ley sobre Derechos de Autor UrhG) del 9 de septiembre de 1965 (Gaceta Legislativa I, p. 1273) es incompatible con el Art. 14, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental, en la medida en que admite la multiplicación y difusión sin remuneración, para el caso en que partes de obras literarias, de trabajos musicales, o de obras individuales de arte pictórico, sean reproducidos en una colección luego de su aparición, donde se reúnen los trabajos de un gran número de autores y que por su naturaleza no sólo están destinadas a su utilización en iglesias, escuelas o clases [...]

Se trata de la pregunta acerca de si la delimitación del valor patrimonial del derecho de autor, que fue incluida en la norma impugnada, se encuentra en consonancia con la Constitución. Éste es el ámbito de protección típico de la garantía de la propiedad, consagrada en el Art. 14 de la Ley Fundamental. La Constitución asigna a éste plenamente la función de garantizar al portador del derecho fundamental, mediante la concesión y aseguramiento de los derechos de dominio, uso y disposición, una libertad en el ámbito de los derechos patrimoniales, y de posibilitarle de este modo el despliegue y la estructuración de la vida bajo su propia responsabilidad; en esta medida se encuentra relacionado directamente con la garantía de la libertad personal (véase BVerfGE 21, 73 [86]; 24, 367 [389, 396, 400]). Adicionalmente, la garantía de la propiedad protege los bienes patrimoniales concretos, adquiridos a través del trabajo, frente a las intervenciones injustas por parte del poder público.

Este significado asegurador y protector de la garantía de la propiedad, ordena ver el derecho patrimonial del autor sobre su obra como una “propiedad” en el sentido del Art. 14 de la Ley Fundamental y a colocarlo bajo su ámbito de protección. Para la valoración constitucional se debe tener en cuenta en forma adecuada, sin embargo, la indisoluble relación del agotamiento de la personalidad moral (véase §22, párrafo 2 UrhG) con su aprovechamiento económico, así como la especial naturaleza y estructuración de ese derecho patrimonial [...]

La disposición del §46 es una limitación al derecho de autor en el sentido del capítulo 6 de la parte 1 de la Ley de Derechos de Autor. No se encuentra en consonancia con la garantía de la propiedad consagrada en el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Dado que no existe un concepto determinado y absoluto de propiedad, y que la adaptación del contenido y la función de la propiedad a las situaciones sociales y económicas es adecuada y necesaria, la Constitución le ha atribuido al legislador la función de determinar el contenido y límites de la propiedad (Art. 14, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental). Esto se aplica también a los derechos patrimoniales del autor; ellos requieren al igual que la propiedad sobre cosas de una reglamentación a través del ordenamiento legal. El legislador, vinculado a la Ley Fundamental, no puede sin embargo actuar discrecionalmente. Él debe tener en cuenta para la determinación de los derechos y deberes que forman parte del derecho, el contenido fundamental de la garantía de la propiedad, así como que se encuentren en consonancia con todas las otras normas constitucionales. Sólo con el contenido que se ha evidenciado, se encuentra protegido constitucionalmente el derecho de autor (véase BVerfGE 24, 367 [396]).

El Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental garantiza la propiedad privada como institución legal, que se caracteriza esencialmente por la utilización privada y la posibilidad de disponer de los objetos de la propiedad (BVerfGE 24, 367 [389 y ss.]; 26, 215 [222]). Esto significa para el derecho de autor que: a las características constitutivas del mismo, como “propiedad” en el sentido de la Constitución, pertenece la asignación al autor de los resultados patrimoniales de la prestación cumplida, por la vía de la reglamentación del derecho privado, y la libertad de poder disponer de ella bajo su propia responsabilidad. Esto conforma el núcleo del derecho de autor, protegido por el derecho fundamental.

Esta asignación patrimonial del derecho al autor, para que disponga libremente de él, no significa, sin embargo, que toda posibilidad de explotación se encuentre asegurada constitucionalmente. La garantía de la institución asegura un conjunto básico de normas, que deben llevar a que el derecho se pueda designar como “propiedad privada”. En términos concretos, es función del legislador, en el marco de la expresión de los contenidos del derecho de autor, de conformidad con el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, establecer criterios adecuados que correspondan a la naturaleza y significado social del derecho, y que aseguren el uso y la valoración adecuada.

Una de estas exigencias básicas de la reglamentación adecuada de la garantía de la propiedad, la tuvo en cuenta el legislador en el derecho de exclusividad reglamentado en el §15 UrhG. En contra de la opinión del recurrente, toda restricción a ese derecho prevista en la ley, o la exclusión de determinados elementos de hecho, no se puede ver como una intervención en el ámbito protegido por el derecho fundamental del autor.

De acuerdo con el §15 UrhG, se le otorga al autor el derecho exclusivo, entre otros, de aprovechar en forma material su obra; él puede disponer libremente de esa posibilidad de explotación, esto es, por la vía de acuerdos contractuales. Ese derecho no se le ha asignado, sin embargo, en forma ilimitada. Al derecho de autor se encuentran vincu-

ladas “restricciones” desde diversos puntos de vista en los §§45 y ss. UrhG, que son escalonadas y tienen diversa intensidad. Para las disposiciones que aquí se encuentran en discusión, la utilización de la obra por parte de terceros sin aprobación previa por parte del autor es “admisible” y no requiere de retribución alguna.

Para la valoración constitucional de esas restricciones legales se debe partir de que el legislador no sólo tiene que asegurar los intereses individuales, sino que a él también se le ha encargado el circunscribir las prerrogativas y derechos individuales a los límites que se requieren para asegurar el bienestar general; él debe equilibrar adecuadamente la esfera individual y el interés general. La constitucionalidad de las disposiciones impugnadas –sin perjuicio de su conformidad con la Ley Fundamental– dependen de si se encuentra justificada por motivos de bienestar general [...]

No existe duda alguna en contra de la exclusión del derecho a multiplicar y difundir para las colecciones citadas en el §46, párrafo 1 UrhG. Con la publicación se pone a disposición el trabajo protegido no sólo de los particulares, ya que éste ingresa en el espacio social y puede así convertirse en un factor autónomo, que contribuye a la decisión de la imagen espiritual y cultural de la época. Por consiguiente, la comunidad tiene un interés evidente en que los jóvenes, en el marco de una clase de actualidad, se familiaricen con las producciones intelectuales.

La disposición deja de ser constitucional, en la medida en que la reproducción de las obras protegidas en las citadas colecciones queda exenta de cualquier remuneración.

El rechazo del derecho a multiplicar y difundir en las colecciones citadas en el §46, párrafo 1, frase 1 UrhG mengua el derecho de disposición del autor, puesto que él no puede objetar la utilización de su obra y tampoco puede acordar las condiciones bajo las cuales acuerda un valor. Esa limitación lleva por tanto a una reducción esencial del valor económico de la prestación protegida, cuando la posibilidad de acordar libremente unos honorarios no es reemplazada por el derecho a una compensación legal, así como cuando la obra es entregada sin retribución alguna a cambio.

El autor tiene, de acuerdo con el contenido de la garantía de la propiedad, básicamente un derecho a que se le permita la utilización económica de su trabajo, siempre y cuando no existan motivos de bienestar general que prevalezcan sobre los intereses del autor. De acuerdo con esto, se debe tener en cuenta que se trata del resultado de la prestación intelectual y personal del autor, aunque no, por ejemplo, de un acrecentamiento patrimonial injustificado. Por consiguiente, la exclusión del derecho a una compensación no se puede justificar mediante cualquier consideración de bienestar general; en especial, no es suficiente el interés general al acceso a una obra protegida por el derecho de autor. Con respecto a la intensidad de las restricciones al derecho de autor se debe dar un creciente interés público, para que una reglamentación de esta clase pueda existir frente a la Constitución.

Tales motivos de bienestar general no existen aquí, como ya se expuso.

93. Sentencia BVerfGE 46, 325 [Remate judicial]

Sobre el significado de la garantía de la propiedad para la aplicación de las disposiciones sobre subastas obligatorias, en los casos en que la oferta más alta permanece muy por debajo del valor del inmueble.

Sentencia de la Primera Sala, del 7 de diciembre, 1977

–1 BvR 734/77–

El recurso de amparo se dirige en contra del hecho de que un bien inmueble sea subastado en un proceso ejecutivo por un valor inferior (10 500 marcos alemanes) a su precio comercial (95 000 marcos alemanes), sin que frente a la fuerza legal de la decisión de la subasta, se lleve a cabo un examen sobre si existen los presupuestos para la protección de la ejecución. En el caso actual, el proceso iniciado con el objeto de dar aplicación a la reglamentación legal, viola el derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, cuya protección incluye la estructuración de los procesos en el marco del Estado de Derecho.

[...] el especial significado de la garantía de la propiedad en el Estado social de Derecho:

Esta garantía tiene por objeto asegurar la existencia concreta de la propiedad en manos del propietario (véase BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181]). A ella le ha sido atribuida constitucionalmente la función de garantizar al portador del derecho fundamental un espacio libre en el ámbito de los derechos patrimoniales y permitir al particular, por tanto, la posibilidad de desarrollar y estructurar su vida en forma responsable (véase BVerfGE 31; 229 [239] con más referencias). Esa función garantista influye no sólo la estructuración del derecho patrimonial material, sino que también afecta el respectivo derecho procesal. Por consiguiente, se deduce directamente del Art. 14 de la Ley Fundamental el deber de garantizar una protección legal efectiva en caso de intervenciones en ese derecho fundamental (véase BVerfGE 24, 367 [401]; 35, 348 [361 y ss.]; 37, 132 [141, 148]). Esto incluye el derecho a un “proceso justo”, que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal pertenece a las características esenciales del principio del Estado de Derecho (véase BVerfGE 38, 105 [111]; 40, 95 [99]; 46, 202). Esto se aplica también al desarrollo de las subastas obligatorias, en las cuales el Estado lleva a cabo, en interés del acreedor, una intervención intensa en la propiedad del deudor, protegida constitucionalmente. Una intervención de este tipo aparece ciertamente como justa, cuando y en la medida que sirva a satisfacer las exigencias económicas del acreedor. Al mismo tiempo, se deben garantizar, sin embargo, los intereses del deudor para que pueda conservar por lo menos la posibilidad de solicitar la protección legal frente a un despilfarro desproporcionado de su patrimonio.

De esto se desprende, en el caso actual, el mandato de una aplicación conforme a la Constitución de las disposiciones procesales en forma tal que la decisión sobre la

subasta no se tome de inmediato dentro del plazo para el remate, sino en un plazo posterior, para posibilitarle al recurrente, en el entretanto, la aplicación de la protección frente al proceso ejecutivo.

94. Sentencia BVerfGE 52, 1 [Pequeñas huertas]

1. *Delimitación entre las reglas que determinan el contenido y los límites de la propiedad (en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental), y la expropiación (en términos del Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental).*
2. *Para el caso de la valoración constitucional de reglamentos, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se deben tener en cuenta las modificaciones de los contextos sociales y económicos.*
3. *La exclusión del derecho a rescindir el contrato de arrendamiento privado de pequeñas huertas, en el marco del sistema reglamentario del derecho vigente sobre huertas (exclusión de contratos a plazo, acuerdo sobre fijación de precios), no es compatible con la Ley Fundamental.*
4. *La reserva de una autorización administrativa, ordenada en el derecho sobre huertas, para la terminación anticipada de contratos de arrendamiento de huertas, no corresponde a las exigencias del Estado de Derecho.*

Resolución de la Primera Sala, del 12 de junio, 1979

–1 BvL 19/76–

El objeto de la solicitud del juez es la cuestión sobre si es compatible con la Constitución el que los contratos de arrendamiento sobre huertas de arrendatarios privados, sólo puedan ser terminados anticipadamente bajo estrictos presupuestos.

El proceso de primera instancia se basó en una controversia jurídica sobre la autorización administrativa para terminar anticipadamente un contrato de arrendamiento de una huerta.

En la apelación el Tribunal Administrativo de Baviera interrumpió el proceso y sometió a la decisión del Tribunal Constitucional Federal la pregunta sobre si el §2 de la Ley para la Modificación y Complementación de las Disposiciones sobre Huertas del 28 de julio de 1969 (BGBl 1, p. 1013) y el §1 del Decreto sobre Protección de la Rescisión de Contratos (KschVO), y otras disposiciones sobre huertas en la versión del 15 de diciembre de 1944 (RGBl I, p. 347) son compatibles con el Art. 14 de la Ley Fundamental.

El sistema reglamentario del derecho sobre huertas no se encuentra por completo en consonancia con la Ley Fundamental.

I.

De conformidad con el derecho ordinario se debe partir de las siguientes bases legales [...].

La celebración de los contratos de arrendamiento sobre propiedades utilizadas como huertas se rige básicamente por las disposiciones de Código Civil.

La terminación de común acuerdo de los contratos celebrados, por el contrario, se rige por el Decreto sobre Rescisión de Contratos de 1944 y la ley modificatoria de 1969. Éstas constituyen un sistema general de disposiciones legales coercitivas, que se encuentran relacionadas entre sí. Ellas determinan los derechos y obligaciones de los arrendadores y arrendatarios para el caso de la disolución del contrato.

Ese sistema de reglas se caracteriza en esencia por los siguientes principios: los contratos de arrendamientos son en principio irrevocables (§1, párrafo 1, frase 1 KschVO); se pueden rescindir sólo por los motivos enumerados en el decreto (§1, párrafo 2 KschVO; §2, párrafo 1 KÄndG); en caso de rescisión el arrendador tendrá que pagar una indemnización, o poner a disposición otra tierra en reemplazo de la anterior (§3 KschVO, §3 KÄndG); a los contratos con un plazo determinado se les aplican las mismas disposiciones que a los contratos a término indefinido (§1, párrafo 1, frase 2 KschVO), la eventual rescisión requiere, en principio, de la autorización administrativa (§1, párrafo 3 KschVO, §2, párrafo 2 KÄndG) [...].

II.

Para la apreciación constitucional de las reglas sobre rescisión del derecho de pequeñas huertas el Tribunal Administrativo partió de las siguientes consideraciones: la casi exclusión plena de la rescisión constituye, en conjunto con la obligación del arriendo y la reserva de autorización, una intervención tan profunda en la posición jurídica del propietario, garantizada constitucionalmente, que deja prácticamente sin sustancia el derecho de propiedad. La reglamentación conduce prácticamente a una expropiación de la propiedad. Con relación a la intensidad de las restricciones legales, la reglamentación no puede ser vista como una disposición sobre el contenido y límites en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. Ella tiene más bien el carácter de una expropiación, que sería por tanto violatoria de la Constitución, porque no incluye la indemnización ordenada por la Ley Fundamental.

Esta argumentación no es aceptable.

1. Las expropiaciones en el sentido del Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental consisten en la intervención estatal en la propiedad del particular. Persiguen como objetivo la supresión, plena o en parte, de la posición jurídica subjetiva concreta, que se encuentra garantizada mediante el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 38, 175 [180]; 45, 297 [316]).

Una expropiación mediante un acto administrativo con fundamento en una ley no se observa en las restricciones legales a la rescisión de los contratos de arrendamiento de pequeñas huertas. Pero, tampoco se presenta una expropiación mediante ley: la expropiación legal se caracteriza porque la ley misma, y directamente, con su entrada en

vigencia y sin que se requiera un acto administrativo, sustrae o recorta los derechos individuales, que se encuentran en un determinado círculo de personas o grupos de personas, de acuerdo con el derecho vigente (BVerfGE 45, 297 [325 y ss.]).

La Ley Fundamental, por el contrario, comprende bajo la determinación del contenido en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, el establecimiento de derechos y deberes por parte del legislador respecto de tales bienes jurídicos, que se deben entender como propiedad en el sentido de la Constitución. Ésta se dirige a la reglamentación de las disposiciones legales objetivas, que determinan el “contenido” del derecho de propiedad desde la entrada en vigencia de la ley y hacia el futuro. Tales reglamentos, por consiguiente, no forman parte de la Constitución, porque ellos son expedidos como una ley ordinaria; más aún, ellos deben estar en consonancia material con la Ley Fundamental (BVerfGE 21, 73 [79]; 24, 367 [389]; 25, 112 [118]; 37, 132 [140]; 42, 263 [305]). Si se traspasan los límites constitucionales, entonces la reglamentación será inválida, pero ello no configurará una expropiación en el sentido del Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Las “regulaciones legales” en términos del Art. 14, párrafo 1 y las expropiaciones en términos del Art. 14, párrafo 3 son válidos sólo cuando corresponden a las respectivas normas de la Constitución. Una disposición inconstitucional no puede convertirse en una expropiación, y la violación constitucional tampoco puede “remediarse” mediante la concesión de una compensación no prevista legalmente.

2. Si de acuerdo con esto, la Constitución reglamenta sobre el contenido y los límites de la propiedad, y los diferencia claramente de la expropiación mediante una ley, ello no excluye que mediante la expedición de nuevas disposiciones, que regirán para el futuro, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se supriman o mengüen derechos subjetivos, que los particulares hubieren adquirido con base en un derecho anterior (véase BVerfGE 25, 112 [121 y ss.]). En esa afectación de la posición legal de los particulares mediante nuevas disposiciones objetivo-legales puede darse una expropiación con base en una ley, que sólo será admisible si se dan los presupuestos del Art. 14 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 31, 275 [284, 292 y ss.]; 45, 297 [330]).

En el presente caso no existe una situación tal [...]

Bajo la vigencia de la Ley Fundamental se ha planteado sólo la pregunta sobre si el decreto sobre rescisión de 1944 y la Ley modificatoria de 1969, cumplen los requisitos que la Ley Fundamental establece para las reglamentaciones en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

III.

1. El legislador, para el cumplimiento de las funciones atribuidas en el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental de determinar el contenido y límites de la propiedad, tiene que desarrollar el modelo social, cuyos elementos normativos se encuentran, por una parte, en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, y por otra, del mandato social consa-

grado en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental. El uso de la propiedad debe servir igualmente al bien común (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]).

Para la reglamentación en el sentido del art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental el legislador debe tener en cuenta, en igualdad de condiciones, ambos elementos de las relaciones reguladas por la Ley Fundamental, la posición legal garantizada constitucionalmente y el mandato de un ordenamiento de la propiedad orientado socialmente; debe, además, tener en cuenta los intereses de los participantes dignos de ser protegidos, en igualdad de condiciones y en forma equilibrada. Una preferencia o perjuicio unilateral no estarían en consonancia con la concepción constitucional de la propiedad privada con función social (BVerfGE 37, 132 [140 y ss.]). A ello responde la sujeción del legislador al principio constitucional de la proporcionalidad. El bien común no sólo es el fundamento, sino también el límite para las restricciones que se le imponen al propietario. Para poder subsistir frente a la Constitución, deben estar de conformidad con el ámbito que reglamentan, y haber sido estructuradas en forma adecuada. Las restricciones al derecho de propiedad no pueden ir más allá de alcanzar la finalidad a la que sirve la reglamentación (véase BVerfGE 21, 150 [155]; 25, 112 [117 y ss.]; 37, 132 [141]).

Esto no significa tampoco que los respectivos criterios deban tener en todo momento y en todo contexto el mismo peso. Reglas que en tiempo de crisis o de guerra puedan estar justificadas, pueden experimentar otra apreciación constitucional en un contexto social o económico diferente. En todo caso, se exige, sin embargo, conservar la sustancia de la propiedad (BVerfGE 42m 263 [295]) y el respeto al mandato de igualdad del Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 34, 139 [16]; 37, 132 [143]; 42, 263 [305]).

Esos principios no se encuentran en las disposiciones bajo examen. La combinación de los elementos legales ya analizada, conlleva una carga exagerada para el arrendador privado, que no es compatible con la garantía constitucional de la propiedad. Adicionalmente, la reserva de autorización contraviene las exigencias del Estado de Derecho.

2. La propiedad garantizada mediante el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, en su contenido legal, se caracteriza por la utilidad privada y por la posibilidad que tiene el propietario de disponer del objeto de la misma (BVerfGE 24, 367 [389]; 26, 215 [222]; 31, 229 [240]; 37, 132 [140]; 42, 263 [294]). Ésta debe servirle como fundamento de la iniciativa privada, y de los intereses privados, de los cuales es responsable (BVerfGE 50, 290).

Esa posición legal garantizada por los derechos fundamentales comprende también la libertad del propietario para poder vender su propiedad. Ese componente elemental de la libertad de actuar en el ámbito del ordenamiento de la propiedad, y que sólo puede ser intervenida bajo estrictos presupuestos (BVerfGE 26, 215 [222], 42, 263 [295]), se ve afectada en forma considerable por las disposiciones legales mencionadas [...]

La ley en realidad no prohíbe de manera expresa la venta; esa posibilidad, sin embargo, no se puede realizar de modo razonable desde el punto de vista económico, por virtud de la reglamentación legal. Una restricción de este tipo afecta la sustancia de la propiedad, garantizada con los derechos fundamentales. Para la apreciación constitucional no puede tener un significado decisivo el que, mediante una norma expresa, se estatuya una prohibición de vender, o si ésta se da necesariamente en la práctica como resultado de otra reglamentación.

La posición legal del arrendador, garantizada constitucionalmente, es bastante limitada debido a que antes de rescindir el contrato debe obtener una autorización administrativa, en la que se examine si la disolución del contrato afecta el interés general [...]

1. Ese sistema de reglas puede subsistir sólo si se ha justificado con motivos que atienden al principio de proporcionalidad, en el sentido del Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Tales motivos no existen aquí.

a) El postulado constitucional de un uso de la propiedad privada orientado en el bien común, comprende el mandato de considerar también los intereses de aquellos conciudadanos, en el uso de la propiedad. La medida y extensión de esta obligación, cuyo cumplimiento lo exige el propietario con base en la Constitución y que el legislador debe hacer posible, dependen de acuerdo con esto de si, y en qué medida, el objeto sobre el cual recae la propiedad se encuentra en una relación social y desarrolla una función social (BVerfGE 37, 132 [140]; 38, 348 [370]; 42, 263 [294]). Entre más fuertemente dependa del particular uso de bienes de la propiedad ajena, más amplio será el ámbito de reglamentación del legislador, y será más reducido en la medida en que falte dicha dependencia (BVerfGE 42, 263 [294]). El Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental no justifica, por consiguiente, una restricción exagerada de los derechos de los particulares con fundamento en el interés social (BVerfGE 37, 132 [141]).

El Tribunal Constitucional Federal ya había expresado en la BVerfGE 21, 73 [82 y ss.]:

El hecho de que el suelo y la tierra sean indispensables y no sean susceptibles de acrecentarse, impide por completo dejar su uso al libre juego de las fuerzas y deseos de los individuos; un ordenamiento social y legal justo obliga además a que el interés general por el suelo sea tenido en cuenta en mayor medida que para el caso de otros bienes patrimoniales.

En una función social, esencial en el sentido de esa sentencia, se encuentran también el suelo y la tierra que se utilizan como huerta [...]

Si la pequeña huerta era, de acuerdo con la intención original del legislador, una huerta aprovechable que se encontraba orientada a la obtención permanente de productos hortícolas, y hoy día se ha convertido en gran medida en un jardín ornamental. Esto no implica, sin embargo, dejar de reconocer que también el libre aprovechamiento de

la pequeña huerta sea de considerable interés público. Las huertas pueden ser de gran significado para la salud de la población, debido a que sirven para lograr un equilibrio con el desarrollo de una única actividad profesional, a la cual se encuentra sometido comúnmente el ser humano en la sociedad industrializada, y porque contribuye, además, al esencial mejoramiento de las relaciones sociales. Los cambios en la estructura ya señalados, muestran, sin embargo, que la posesión de una pequeña huerta para la gran cantidad de pequeños horticultores tiene ciertamente gran valor, aunque no un significado existencial. Ese cambio de la función social debe ser tenido en cuenta para la legitimación constitucional del derecho sobre rescisión. Si el deseo y el interés del arrendatario en particular, de poseer una pequeña huerta, no es tan grande y legítimo, entonces no se podrá hablar de que él requiere del uso de la propiedad ajena en la misma forma que, por ejemplo, en el caso de una vivienda, que representa un presupuesto indispensable para una existencia digna y para las condiciones de vida personales. A pesar de que la vivienda es de gran significado para el arrendatario, como lo es también para el arrendatario de la huerta, el derecho vigente le atribuye a los horticultores una posición legal considerablemente más fuerte, que no es compatible con el mandato de lograr una igualdad y una relación equilibrada de los intereses dignos de protección de ambas partes. El sistema reglamentario protege en su actual estructura, en forma unilateral, los intereses reconocidos al arrendatario para conservar la huerta, que le sirve a sus necesidades predominantemente ideales, sin tener mucho en cuenta los intereses del arrendatario; esto ha llevado a que la sustancia de la propiedad, garantizada en la Constitución, se vea ampliamente demeritada, a pesar de que el propietario del inmueble sólo le ha trasladado al arrendatario las partes libres y él mismo así lo ha indicado. Los intereses del arrendatario susceptibles de ser protegidos no permiten esa amplia restricción. El valor excesivo atribuido unilateralmente a la posición legal del arrendatario no se encuentra en consonancia con el principio constitucional de la proporcionalidad [...]

c) Se debe tener en cuenta, además, que los efectos de la protección frente a la rescisión se han fortalecido considerablemente mediante la reglamentación del contrato de arrendamiento [...]

Si la huerta sirve en la actualidad básicamente como pasatiempo y descanso, difícilmente se puede justificar que el arrendador tenga que mantener a disposición del arrendatario una propiedad de, por ejemplo, 300 metros cuadrados por 2.50 marcos alemanes al mes. Sobre el promedio de lo que gana el arrendatario se encuentran además el congelamiento del precio y la protección frente a la rescisión. Si el arrendatario hace uso de otros inmuebles en su tiempo libre, él deberá pagar un precio de mercado justo. Esto hace por lo menos aparecer como dudoso el que el congelamiento del precio sea compatible con el principio de igualdad general consagrado en el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental; la pregunta, sin embargo, no podrá ser resuelta en el contexto aquí analizado.

d) De acuerdo con todo lo anterior, el sistema reglamentario del derecho sobre huertas en su actual estructura, que no admite, de una parte, ningún tipo de plazo a la duración del contrato y, de la otra, limita estrictamente la posibilidad de rescindirlo y al mismo tiempo conduce a que el monto del arrendamiento sea más bajo del usual, va más allá del marco de las disposiciones características de la propiedad, consagradas en el Art. 14, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental. Queda a discrecionalidad del legislador determinar el modo de solucionar las dudas constitucionales existentes. No forma parte de la decisión que se analiza aquí, determinar si, en qué medida, y bajo qué presupuestos, en caso de contratos a término definido, además de los requerimientos propios, también, pueda ser reconocido como motivo para rescindir el contrato, el interés del propietario de modificar el uso del inmueble.

4. De acuerdo con el §1, párrafo 3 KschVO y el §2, párrafo 2 KGÄndG, toda rescisión requiere de una autorización administrativa. Esas disposiciones limitan en forma adicional el derecho de rescisión, de modo que la terminación de un contrato puede ser obstaculizada por la decisión administrativa, a pesar de que exista un motivo para la rescisión [...]

La revisión administrativa se ha justificado con el argumento que la reserva de autorización sirve para determinar si se afecta el “interés público”, cuando se declara una rescisión.

La reserva de autorización contraviene la Ley Fundamental. De acuerdo con el principio de la legalidad de la administración y el principio de la división de poderes, es función del Ejecutivo, la ejecución de las leyes. De ahí se deriva, para el legislador, la necesidad de delimitar la esfera legal que se encuentra abierta a las medidas estatales. La ley debe regular el contenido de la actividad de la administración y no puede limitarse, por tanto, a establecer principios generales (BVerfGE 21, 73 [79]). Adicionalmente, el principio del Estado de Derecho ordena que las bases y contenidos de las disposiciones fundamentales, más relevantes, deben ser formulados en forma tan clara que la situación legal sea reconocible por el implicado, para que pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con ésta (BVerfGE 21, 73 [79]). Si el legislador considera necesario someter el ejercicio de los derechos fundamentales a un proceso de autorización, entonces deberá establecer las disposiciones legales que determinan los presupuestos para otorgar la autorización y los motivos por los cuales la autorización puede negarse (véase BVerfGE 20, 150 [57 y ss.]; 21, 73 [79 y ss.]), esto lo exige también el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. El control judicial es posible sólo si los tribunales cuentan con los criterios legales para decidir. De acuerdo con esos principios la reserva de autorización es inconstitucional, porque la ley no permite inferir con suficiente claridad que el interés general justifica la denegación de una autorización.

95. Sentencia BVerfGE 58, 300 [Extracción de arena y grava]

1. *En caso de discusión sobre la legalidad de una medida expropiatoria, los tribunales administrativos competentes deben probar la legalidad de la misma en toda su extensión. Por tanto, deberán analizar si la ley en la que se apoya la intervención reglamenta la forma y cantidad de la indemnización debida.*
2. *A los tribunales ordinarios les compete, en caso de controversia sobre la cantidad de la indemnización por expropiación, examinar si a los afectados se les ha otorgado una indemnización adecuada, según las disposiciones legales (existentes) (véase BVerfGE 46, 268 [285]).*
3. *Si el afectado por una medida en su contra considera que ésta constituye una expropiación, podrá demandar una indemnización únicamente si existe un fundamento legal para ello. A falta de éste, deberá solicitar ante los tribunales competentes la revocación del acto respectivo.*
4. *Para determinar la situación jurídica del propietario de un bien inmueble, de conformidad con el Art. 14, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental, el derecho civil y las leyes de derecho público interactúan entre sí y teniendo el mismo rango.*
5. *La Ley para la Regulación del Patrimonio Acuífero somete las aguas subterráneas a una regulación de derecho público, separada del derecho de propiedad del inmueble, a fin de garantizar una administración funcional del agua, especialmente el suministro público; tal medida es constitucional.*

Sentencia de la Primera Sala, del 15 de julio, 1981**–1 BvL 77/78–**

En el proceso para el examen de la constitucionalidad del §1 a, párrafo 3, inciso 1, §2, párrafo 1, §3, párrafo 1 inciso 6, §6 y §17 de la Ley para la Regulación del Patrimonio Acuífero (Wasserhaushaltsgesetz, WHG) en la versión del 16 de octubre de 1976 (BGBl I, p. 3017) – Consulta del Tribunal Superior Federal, del 13 de julio de 1978.

Parte resolutive:

El §1 a, párrafo 3, inciso 1, §2, párrafo 1, §3, párrafo 1, inciso 6, y §6 de la WHG, en la versión del 16 de octubre de 1976 (Gaceta Legislativa Federal I, p. 3017) son compatibles con la Ley Fundamental.

Lo mismo se aplica para el §17, en la medida en que esta disposición no otorgue un derecho a exigir el otorgamiento de una concesión en términos del §8, si el aprovechamiento del agua se ha ejercido con base en la propiedad del inmueble, de acuerdo con el derecho estatal vigente al momento de la entrada en vigor de la WHG.

Fundamentos:

A.

La consulta se relaciona con la pregunta sobre si es compatible con la Constitución que el derecho de propiedad no faculte al dueño para hacer uso de las aguas freáticas debido a que, de acuerdo con la WHG, se requiere de una autorización administrativa para ello.

Los presupuestos para que se autorice la utilización de las aguas freáticas se derivan de los §1 a, párrafo 3, §2, párrafo 1, §3 párrafos 1 (incisos 5 y 6) y 2, así como del §6 WHG. Esas disposiciones establecen:

§1 a

Principios

(1)...

(2)...

(3) La propiedad no legitima para:

1. El uso de las aguas que, de acuerdo con esta ley o de acuerdo con el régimen de aguas de un Estado, requieren de un permiso o de una concesión.

2. La construcción de un aprovisionamiento de aguas en la superficie.

§2

Requisitos para la autorización y la concesión

(1) La utilización de las aguas requiere de una autorización administrativa (§7) o de un permiso (§8), en tanto que no se infiera otra cosa de las disposiciones de esa ley o de las disposiciones estatales, expedidas en el marco de esa ley.

(2) [...]

§3 Usos

(1) Por *usos* en el sentido de esta ley se entiende:

[...]

5. Verter cualquier tipo de sustancia a las aguas freáticas.

6. Extraer, sacar, redireccionar y derivar las aguas freáticas.

(2) Como usos valen también las siguientes actividades:

1. Represamientos, rebajamientos y redireccionamientos del nivel freático, mediante instalaciones destinadas o adecuadas para tales fines.

2. Las medidas que sean adecuadas para causar modificaciones dañinas de las cualidades biológicas, químicas o físicas del agua, ya sea en forma permanente o en grado considerable.

(3) Las medidas que sirven para la construcción de un aprovisionamiento de aguas en la superficie no se consideran como uso.

§6

Denegación

El permiso y la autorización serán denegadas en caso que del uso proyectado se espere un perjuicio para el bien común, especialmente una amenaza para la provisión pública de agua, que no pueda evitarse o equilibrarse mediante la imposición de condiciones o con medidas de organismos o corporaciones públicos (§4, párrafo 2).

El contenido de la situación jurídica que adquiere el particular mediante la concesión, se desprende de los §§7 y 8 WHG, que en la parte conducente señalan[...]

§7

Autorización

(1) La autorización garantiza el derecho revocable de utilizar las aguas con una finalidad específica, y de un modo y extensión determinados; la autorización puede otorgarse por un plazo determinado.

(2)[...]

§8

Concesión

(1) La concesión garantiza el derecho a utilizar las aguas en modo y extensión determinados [...].

[...]

(5) La concesión se concede por un plazo determinado, que en casos especiales puede ser mayor de treinta años:

(6)[...]

II.

1. El demandante en el proceso de origen administra una empresa de dragado al norte del Münsterland. El bien inmueble en el que se encuentra la planta procesadora es de su propiedad. Desde 1936 la empresa extrae arena y grava de los mantos subterráneos de dos parcelas colindantes, que el demandante le había arrendado a un agricultor con esa finalidad.

Las superficies en las que se excavó se encuentran en la zona de protección III A de una empresa de distribución de aguas, construida por la ciudad de Rheine. El territorio protegido fue delimitado mediante una ordenanza del 24 de octubre de 1973; ya desde el 6 de febrero de 1968, el sector había sido colocado provisionalmente bajo protección.

En febrero de 1965 el demandante solicitó una autorización en términos de la WHG para poder continuar con la extracción de arena y grava. En octubre de 1973, las autoridades le negaron la solicitud, con fundamento en que la distancia entre la excavación y los pozos artesianos de la empresa de distribución de aguas era en algunas partes de tan sólo 120 m; la contaminación del lago artificial (creado por el dragado) podría alcanzar los pozos artesianos y poner en peligro el suministro público de agua. El recurso de revocación interpuesto por el demandante no tuvo éxito. Éste tampoco elevó una demanda para obtener la autorización solicitada.

La solicitud del demandante exigiendo que se le otorgara una indemnización fue igualmente rechazada. A consecuencia de ello, el actor presentó una demanda contra el estado de Nordrhein-Westfalen exigiendo el pago de una compensación adecuada, la cual debería ser determinada discrecionalmente por el tribunal. El demandante argumentó que la negativa de la autorización para la extracción de grava húmeda constituía

una injerencia de carácter expropiatorio, la cual afectaba tanto su empresa como su derecho de propiedad sobre el inmueble. El demandante demandó también, como cesionario, una compensación para el propietario de las fincas colindantes.

El Tribunal Estatal declaró justificados los fundamentos de la demanda. La apelación en contra no tuvo éxito.

2. En la revisión, el tribunal suspendió el proceso y sometió a la decisión del Tribunal Constitucional Federal la pregunta sobre si el §1 a, párrafo 3, el §2, párrafo 1 y el §6 de la WHG en la versión de 16 de octubre de 1976 (BGBl I, p. 3017) son compatibles con el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, en lo que respecta a la reglamentación del contenido de la propiedad con relación a las aguas freáticas.

3. a) Los ciudadanos que se vean afectados por una intervención expropiatoria tienen abierta la posibilidad –sin perjuicio de las normas especiales que no vienen a consideración aquí– de conformidad con el Art. 19, párrafo 4, frase 1 de la Ley Fundamental en relación con el §40 VwGO, de acudir a los tribunales administrativos. Éstos deben examinar plenamente la legalidad del acto administrativo, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico (BVerfGE 32, 195 [197]). De ahí que su competencia sea más amplia que la de los tribunales ordinarios. Por un lado, deben examinar que la intervención cumpla con los presupuestos constitucionales del Art. 14, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental, así como con el principio de proporcionalidad (BVerfGE 24, 367 [404 y ss.]); por otro lado, deben analizar de manera específica si las medidas se tomaron con base en un fundamento constitucional; por ello, deben analizar también si la ley en la que se apoya la intervención, contempla una reglamentación sobre la forma y cantidad de la indemnización que debe pagarse al particular. Como una ley que no satisfaga esos presupuestos es inconstitucional, los tribunales administrativos están impedidos para aplicar una ley de este tipo; más aún deberán solicitar al Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que se pronuncie sobre la validez de la norma (véase por ejemplo, BVerfGE 25, 112 [114]; 51, 193 [210 y ss.]; 52, 1 [14]). Si ésta se declara inconstitucional, entonces el acto administrativo que se apoya en ella deberá derogarse, porque el derecho fundamental del afectado, consagrado en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, ha sido violado [...]

b) De la competencia para decidir que tienen los tribunales ordinarios en los procesos sobre el Art. 14, párrafo 3, frase 4 de la Ley Fundamental, se derivan las siguientes consecuencias: si el ciudadano considera que las medidas en su contra constituyen una expropiación, podrá demandar una indemnización únicamente si existe un fundamento legal para ello. A falta de éste, deberá demandar ante un tribunal administrativo la revocación del acto respectivo. Pero no puede –renunciando a la impugnación del acto– solicitar una indemnización que no le ha sido concedida mediante ley; a falta de un fundamento legal, los tribunales no pueden otorgar una indemnización. El afectado no podrá optar por solicitar la protección frente a una “expropiación ilegal” –debido a que no se incluye compensación alguna– o exigir directamente una indemnización. Al no

impugnar el acto de intervención, deja que éste se vuelva firme, de modo que su demanda para obtener una compensación está destinada a ser rechazada. Quien no utiliza las posibilidades concedidas por la Ley Fundamental para exigir el restablecimiento de una situación apegada a la Constitución, no puede luego exigir una indemnización monetaria a cargo del erario público, debido a la pérdida de un derecho que él mismo ha ocasionado [...]

II.

1. Para el examen de la reglamentación con base en los criterios de la Ley Fundamental se debe partir de que el legislador, en el marco del Art. 14 de la Ley Fundamental, puede expedir disposiciones relevantes para el derecho de propiedad, y ello de tres maneras.

La propiedad –entendida como atribución de un bien jurídico a un portador de derechos– requiere, para ser practicable en la vida jurídica, necesariamente de una reglamentación legal. Por consiguiente, la Ley Fundamental ha atribuido al legislador en el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, la función de determinar el contenido y los límites a la propiedad. Estas normas establecen de manera general y abstracta los derechos y deberes del propietario, y determinan el “contenido” de la propiedad (BVerfGE 52, 1 [27]). El legislador establece de este modo, en el plano del derecho objetivo, aquellos preceptos legales que fundamentan y reglamentan la situación legal del propietario, los cuales pueden ser de naturaleza pública y privada.

Adicionalmente, el legislador tiene la posibilidad, de conformidad con el Art. 14, párrafo 3, frase 2 de la Ley Fundamental, de suprimir mediante ley a un grupo de personas determinado o determinable, un derecho concreto a la propiedad que ha sido adquirido legalmente con fundamento en la ley general vigente, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 (*expropiación mediante ley*, BVerfGE 24, 367 [395 y ss.]; 45, 297 [325 y ss.]; 52, 1 [27]).

Finalmente, el legislador puede –igualmente de conformidad con el Art. 14, párrafo 3 frase 2 de la Ley Fundamental– autorizar al Ejecutivo para expropiar una propiedad en concreto. La *expropiación con base en una ley (expropiación administrativa)* requiere de un acto de ejecución administrativo que, a diferencia de la *expropiación mediante ley*, puede ser recurrido.

De acuerdo con esto, las diversas reglamentaciones sobre la propiedad que se pueden considerar están sujetas constitucionalmente a diferentes requisitos de procedencia. Esto se aplica no sólo en relación con las disposiciones sobre el contenido del derecho de propiedad y la expropiación. Las dos formas de expropiación tampoco son intercambiables a discreción en lo que respecta a la garantía constitucional de una protección integral y efectiva (BVerfGE 24, 367 [401]; 45, 297 [331, 333]). Adicionalmente, los efectos tampoco son idénticos, porque la privación del derecho se produce en diversos momentos (véase BVerfGE 45, 297 [326]).

En contra de la opinión jurídica expuesta en la consulta del Tribunal Federal Supremo, la *expropiación legal* y la *expropiación administrativa* se excluyen entre sí: una

situación jurídica que ya fue suprimida por el legislador, no puede ser eliminada nuevamente mediante un acto administrativo. Una misma regla no puede ordenar una expropiación legal, y a la vez autorizar al Ejecutivo para llevar a cabo dicha expropiación. Esto es, si con la entrada en vigor de la WHG se suprime el derecho que –en opinión del tribunal– otorga el §905 BGB,⁶² de la aplicación del §6 WHG no puede generarse una expropiación de los derechos que aquella norma otorga.

Las disposiciones sobre el contenido [del derecho de propiedad], la expropiación legal y la expropiación administrativa, son instituciones jurídicas autónomas, y la Ley Fundamental distingue con claridad entre cada una. Sin embargo, ello no excluye que una nueva reglamentación legal-objetiva, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, y aplicable para el futuro, genere al mismo tiempo una expropiación legal, porque –y en la medida que– suprima derechos subjetivos que el particular ha ejercido con base en el derecho anteriormente vigente (BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28]).

De conformidad con ese sistema, las disposiciones objetadas no son normas expropiatorias; ellas no contemplan ni una autorización al Ejecutivo para intervenir en la propiedad del dueño que proyecta un dragado, ni existe tampoco una expropiación mediante ley, sino que más bien reglamentan el contenido y los límites de la propiedad en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

2. Para calificar si un procedimiento legal tiene carácter expropiatorio, debe determinarse en primer lugar si el afectado, al momento de la intervención, tenía una posición jurídica susceptible de ser expropiada (BVerfGE 25, 122 [121]; 29, 348 [360]).

a) En ese sentido, el tribunal de conocimiento parte de la opinión de que: la propiedad sobre inmuebles abarca también las aguas freáticas; éstas forman parte del subsuelo, al cual, de conformidad con el §905 BGB, se extiende el derecho del propietario. No hace falta responder si las aguas freáticas se consideran una *cosa* [en términos del Código Civil]; en todo caso, pertenece a la propiedad sobre inmuebles el derecho de disponer de las aguas freáticas encontradas ahí. El ordenamiento de derecho público que regula la utilización de aguas y que se encuentra consagrado en la WHG, limitaría “el derecho inherente a la propiedad” para “acceder libremente a las aguas freáticas”.

Esta opinión jurídica no puede seguirse.

De conformidad con la Constitución Imperial de 1871, bajo cuya vigencia fue expedido el Código Civil, el legislador no tenía la posibilidad ni la intención de reglamentar íntegramente la relación jurídica entre las aguas freáticas y la propiedad inmobiliaria; únicamente tenía competencia para expedir normas civiles, esto es, disposi-

⁶² *Código Civil §905. Límites a la propiedad.* El derecho del propietario sobre una propiedad se extiende al espacio que se encuentra sobre la superficie y al suelo que se encuentra bajo la superficie. Al propietario, sin embargo, le está prohibido desarrollar actividades que se lleven a cabo en la altura o profundidad, en las que él no tenga ningún interés al ser separadas. (Nota: este artículo fue modificado el 2.1.2002).

ciones para reglamentar relaciones de derecho privado de los ciudadanos entre sí; no tenía por consiguiente la competencia para expedir disposiciones de derecho público, que se requerían para reglamentar las relaciones del propietario con la comunidad (BVerfGE 42, 20 [28 y ss.]). En lo que respecta a la competencia para expedir disposiciones de derecho privado, el Art. 65 EGBGB,⁶³ le trasladó de manera expresa a los Estados, la competencia para reglamentar el derecho de aguas [...]

Con base en esto, no puede seguirse la opinión de que las disposiciones de la WHG sometidas a examen hubiesen suprimido una posición jurídica atribuida al propietario de un bien inmueble de conformidad con el §905 BGB, en forma expropiatoria y, por consiguiente, generadora de un deber de compensación, o que dicha posición jurídica sea sustraída mediante la aplicación de tales disposiciones. Si de conformidad con el derecho estatal, el demandante en el proceso de primera instancia se encontraba en una situación legal comparable al momento de entrar en vigencia la WHG, es un punto que se analizará posteriormente en otro contexto.

b) La consulta del tribunal toca adicionalmente el punto de que la propiedad debe ser vista en principio, dentro del marco de cualquier uso posible y razonable económicamente, influido en cuanto su contenido, por el derecho civil y especialmente, por el §903⁶⁴ BGB. Esto lleva entre otras a que el tribunal hable de propiedad “en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental y del §903 BGB”.

Desde esa perspectiva aparecen las reglamentaciones de derecho público de la WHG, que limitan al particular en el ejercicio de su derecho a disponer de su propiedad, como una limitación “en sí” de su derecho a la propiedad, garantizado constitucionalmente. La WHG lleva, como lo indica el proyecto de decisión, a una “intervención en la esfera del derecho privado” que es, por consiguiente, potencialmente equiparable a una expropiación. La decisión sobre el carácter expropiatorio dependerá por tanto de la intensidad de la intervención, de su “forma y gravedad”.

No obstante, estas premisas sobre la expropiación, tampoco pueden seguirse.

La opinión jurídica de que la posición legal del propietario circunscrita en el §903 BGB se ve limitada en forma expropiatoria por las disposiciones generales de la WHG, corresponde a la posición sostenida en la Constitución de Weimar, de que existe una expropiación “cuando el derecho del propietario de disponer sobre el objeto de la propiedad, se ve afectado a favor de un tercero” (RGZ 116, 268 [272]; BGHZ 6, 270 [276] –proyecto de decisión– p.14). Esta opinión jurídica, orientada en la prevalencia de la reglamentación de derecho civil de la propiedad sobre las disposiciones de derecho público, no corresponde con la Ley Fundamental.

⁶³ Ley Introductoria del Código Civil.

⁶⁴ *Código Civil. §903 Derechos del Propietario*. El propietario de una cosa puede, en la medida que no se encuentre en contra de la ley o de los derechos de terceros, disponer de las cosas o excluirlas de cualquier actividad ([...]).

El concepto de propiedad garantizado por la Ley Fundamental, se encuentra en la Constitución misma. De las normas del derecho ordinario, que por rango se encuentran por debajo de la Constitución, no se puede derivar el concepto de propiedad en sentido constitucional, como tampoco se puede determinar la extensión de la garantía de la propiedad en concreto de una situación jurídica de derecho privado.

La Ley Fundamental le ha atribuido al legislador la facultad de reglamentar la propiedad en donde se garanticen tanto los intereses privados del particular como también aquéllos de la comunidad (véase BVerfGE 21, 73 [83]; 25, 112 [117 y ss.]; 37, 132 [140 y ss.]; 50, 290 [340]; 52, 1 [29]). Esto implica una doble función: de una parte debe establecer en el derecho privado (BVerfGE 42, 20 [30 y ss.]) las disposiciones adecuadas para el tráfico legal y las relaciones legales de los ciudadanos entre sí (por ejemplo, para traspasar o gravar la propiedad, el derecho de vecindad, así como la compensación en caso de daños a la propiedad por parte de un tercero); de otra parte, debe tener en cuenta los intereses de la comunidad –y que vinculan a todo propietario– en la mayor parte de los reglamentos de derecho público. Si las relaciones del derecho civil se adscriben, como ocurre habitualmente, al concepto del derecho privado subjetivo, entonces las leyes de derecho público y las leyes de derecho privado tendrán el mismo rango para la determinación de la *situación jurídica* del propietario. Las normas sobre propiedad del derecho civil no reglamentan en forma determinante el contenido y los límites de la propiedad. Las disposiciones de derecho privado no tienen prevalencia en el marco del Art. 14 de la Ley Fundamental, sobre las disposiciones de derecho público, que reglamentan la propiedad.

Para conocer cuáles son los derechos que tiene un propietario en determinado momento, deben analizarse en conjunto las disposiciones legales que regulan la propiedad, vigentes en ese momento. Si de ahí se desprende que el propietario no tiene una determinada facultad, entonces no puede afirmarse que tal facultad forme parte de su derecho de propiedad. Determinar el modo en que el legislador lleva a cabo esta exclusión es simplemente un problema de técnica legislativa. Si él define la situación jurídica en principio, en forma general, para posteriormente exceptuar en otra disposición determinados derechos, entonces al afectado sólo se le habrá concedido de antemano una situación jurídica limitada (véase BVerfGE 49, 382 [393]).

De la totalidad de las leyes constitucionales que determinan el contenido del derecho de propiedad se derivan el objeto y la extensión de la protección garantizada por el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y, con base en ello, puede determinarse también cuándo existe una privación del derecho susceptible de ser compensada.

3. De esa situación jurídica se sigue lo siguiente:

a) Las disposiciones impugnadas no autorizan al Ejecutivo para suprimir los derechos protegidos constitucionalmente de los propietarios de un bien inmueble. Ellas reglamentan la relación de la propiedad y las aguas freáticas, y determinan la situación jurídica de los propietarios, particularmente en ese ámbito del derecho. De conformidad con la reglamentación legal objetiva de la WHG, el propietario no tiene ningún derecho

—sin perjuicio de las excepciones que no vienen aquí a consideración—, en el marco del uso de la propiedad, a hacer uso de las aguas freáticas. Mediante la aplicación de la ley no se estaría eliminando por consiguiente un derecho tal. La denegación de autorización para la utilización de las aguas freáticas, con base en el §6 WHG, no puede representar una medida expropiatoria. La aplicación de esa disposición actualiza sencillamente una reglamentación adoptada por el legislador, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental; ella hace públicas las limitaciones que se le imponen al propietario para el ejercicio de su derecho de propiedad [...]

b) Atendiendo a su ámbito temporal de validez, la regulación de derecho público para el aprovechamiento de aguas se aplica a casos de utilización que deban surtir efectos con posterioridad a la entrada en vigor de la WHG. En ello no puede verse una expropiación legal de un derecho existente con anterioridad que otorgue al propietario del bien inmueble (como hacía, por ejemplo, la Ley Prusiana de Aguas) el derecho de utilizar el agua. La ley sencillamente determinó para ser aplicada en el futuro en toda la Federación, en el plano del derecho objetivo, el contenido del derecho de propiedad con relación a las aguas freáticas. Una modificación de esta clase del derecho objetivo no lleva a la eliminación de la situación jurídica concreta, que se encuentra garantizada en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y, por tanto, tampoco a una expropiación.

La problemática de la expropiación legal se plantea en el caso de la modificación del derecho objetivo cuando es posible ejercer un derecho de uso con base en un ordenamiento jurídico anterior, y éste es suprimido (*vid. infra* D). Con relación al problema jurídico que se plantea (§81 BVerfGE) sobre si la WHG representa una expropiación mediante ley de los “antiguos derechos” que aquí se cuestionan, debe responderse la pregunta previa sobre si las disposiciones legales-objetivas mismas se encuentran en consonancia con la Constitución (BVerfGE 31, 275 [285]; 51, 193 [207]). Si se tiene que negar la constitucionalidad de las reglamentaciones de derecho público sobre el uso, contempladas en las citadas disposiciones, las normas de transición creadas para estos casos perderían su significado.

III.

Un posterior examen demuestra que las disposiciones impugnadas determinan en forma admisible el contenido y los límites del derecho de propiedad.

1. El legislador, para el cumplimiento de las funciones que se le asignan en el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental de determinar el contenido y los límites de la propiedad, debe tener en cuenta tanto el reconocimiento como derecho fundamental de la propiedad privada a través del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, como también la función social consagrada en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental (BVerfGE 37, 132 [140]; 52, 1 [29]). Para la delimitación de los derechos de propiedad el legislador se encuentra sujeto a restricciones, como lo ha expresado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional Federal.

En el caso actual es decisivo si la garantía de la propiedad ha sido violada, porque el derecho a usar las aguas freáticas se encuentra separado, en principio, de la propiedad y se encuentra sujeto a un ordenamiento de derecho público.

a) En principio, no se puede derivar del Art. 14 de la Ley Fundamental que las aguas freáticas deban formar parte del derecho de propiedad, por considerar que entre las aguas freáticas y la propiedad exista una relación natural. Para establecer un ordenamiento conforme con la Constitución, el legislador no se encuentra vinculado a un concepto de propiedad originado en “la naturaleza de las cosas” (véase BVerfGE 31, 229 [248]).

La garantía de la propiedad privada como institución jurídica (BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]) prohíbe que sean suprimidos aquellos ámbitos materiales del derecho privado que pertenecen al contenido esencial de la actividad patrimonial protegida por los derechos fundamentales y que, por tanto, se elimine o se vea disminuido esencialmente el ámbito de libertad garantizado por el Art. 14 de la Ley Fundamental. De esto no se sigue, sin embargo, que todo bien jurídico deba estar sujeto, por virtud de la Constitución, a un régimen de derecho privado (BVerfGE 24, 367 [389]). La garantía de la institución jurídica no se violaría por el hecho de que los bienes vitales para la comunidad sean sometidos a un régimen de derecho público en vez de uno privado, con el objeto de asegurar los intereses prevalentes de la comunidad y defenderlos de los peligros (véase BVerfGE 24, 367 [389 y ss.]).

2. Los reparos formulados en contra de la reglamentación legal se relacionan con la suposición errónea de que las aguas freáticas, por virtud de la Constitución, se encuentran ligadas a la propiedad.

a) En primer lugar, es inexacta la idea de que las disposiciones de la WHG lleven a un “vaciamiento sustancial de la propiedad”, porque ésta se encuentra sujeta por completo a una “función social”. A la propiedad de un bien inmueble no le faltan, por consiguiente, las características de la utilidad privada y del derecho de disposición (BVerfGE 37, 132 [140]; 50, 290 [339]; 52, 1 [31]), por el hecho de que el propietario únicamente pueda hacer uso de las aguas freáticas cuando medie una aprobación administrativa. El derecho de uso de la propiedad se refiere ante todo a la superficie de la propiedad, mientras que la legitimación para apropiarse de los materiales contenidos en el suelo, se encuentra sometido a amplias restricciones. El derecho mismo para disponer del bien inmueble, y utilizarlo, se encuentra sometido a limitaciones constitucionales de diverso tipo (véase por ejemplo, BVerfGE 21, 73 [83]; 25, 112 [117]). La posibilidad de hacer uso económico de una propiedad no depende, por lo general, de que allí se puedan usar las aguas freáticas o de que el propietario deba “retener” las aguas freáticas. De la garantía constitucional de la propiedad no se puede derivar un derecho a que se le conceda aquellas posibilidades de uso, que le prometan al propietario las mayores ventajas posibles.

b) Las disposiciones impugnadas tampoco violan el mandato de otorgar un trato igual, consagrado en el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

aa) No se ajusta a la realidad el que el principio de la igualdad de cargas se viole porque la persona que “casualmente” se ve afectada con la “intervención” en la esfera privada de la libertad, deba llevar también las cargas vinculadas a ésta. Mediante la negativa de la autorización al afectado se le niega sólo la concesión de un derecho de uso —es decir, de una prerrogativa— al que no tenía ningún derecho legalmente exigible, pero tampoco se le impone una carga.

Bajo el aspecto del Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se plantea necesariamente la pregunta sobre si se viola el principio de igualdad, cuando al propietario de un bien inmueble se le niega el derecho a utilizar las aguas freáticas, en razón de la existencia en las cercanías de una empresa de distribución de aguas, mientras que a otros propietarios, cuyas propiedades no se encuentran tan cerca de la empresa, se les concede este derecho y pueden dragar en su propiedad. Así expuesto, la pregunta sólo puede ser respondida en forma negativa. No es arbitrario, en el sentido del principio de igualdad, el no autorizar la utilización de las aguas freáticas que pueda poner en peligro la distribución de aguas públicas. Un proyecto de esta clase se diferencia sustancialmente de una utilización, de la cual no se espera que cause perjuicios para la comunidad. No existe, por consiguiente, ningún trato desigual, cuando la autorización se niega en un caso y se otorga en otro [...]

D.

De acuerdo con lo establecido en el proceso de primera instancia, el demandante había extraído arena en forma ilimitada desde 1936. De ahí que la decisión de la controversia jurídica pueda depender de si la WHG eliminó directamente una situación jurídica protegida constitucionalmente, de la cual gozaba el demandante antes de la entrada en vigencia de la WHG. En esta medida se debe relacionar en el examen tanto el derecho existente anteriormente como las normas transitorias contempladas en el §1 WHG.

El examen de constitucionalidad [...] debe partir del hecho de que durante la vigencia de la Ley Prusiana de Aguas, el propietario no se encontraba limitado por disposiciones legales para la extracción de arena y de que al propietario del bien inmueble el derecho de uso que se le concedía —y que ejercía— de conformidad con el antiguo derecho, se encontraba bajo la protección de la garantía de la propiedad. Sería incompatible con el contenido del derecho fundamental que se le concediera al Estado la competencia para prohibir en forma abrupta y sin un periodo de transición, el derecho a continuar realizando un aprovechamiento de la propiedad, para el cual se requieren grandes inversiones. Una reglamentación de este tipo devaluaría, de un día para otro, el trabajo desarrollado y las inversiones de capital, menoscabando la confianza en la estabilidad del ordenamiento legal, sin la cual no es posible la estructuración de la propia vida en el ámbito patrimonial (BVerfGE 31, 229 [239]; 50, 290 [339]; 51, 193 [217 y ss.]) [...]

No se puede objetar constitucionalmente que la WHG, para los antiguos usos de la propiedad que aquí se discuten, no concedan un derecho a la autorización ni un derecho a una compensación.

De la garantía constitucional del uso de la propiedad ejercido por el demandante, no se puede derivar el que ese derecho, desde su comienzo y en el futuro, deba permanecer sin restricción alguna o que sólo pueda ser intervenido por la vía de la expropiación. El Tribunal Constitucional Federal ha decidido en forma repetida que el legislador, para reglamentar un campo del derecho, no se encuentra frente a la alternativa de tener que optar entre conservar la antigua situación jurídica o de suprimirla a cambio de una indemnización. El legislador puede, en el marco del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, reestructurar situaciones jurídicas individuales mediante normas de transición adecuadas y razonables, cuando existen motivos de bienestar general, en los cuales prevalece la confianza legítimamente asegurada –mediante la garantía de estabilidad– de mantener un derecho adquirido legítimamente (BVerfGE 31, 275 [285], 290; 36, 281 [293]; 43, 242 [288]) [...]

El §17, párrafo 1, frase 1 WHG le otorga a los legitimados [...] la posibilidad de continuar con el uso por cinco años contados a partir de la entrada en vigencia de la ley sin que requieran permiso o concesión. Puesto que la WHG entró en vigencia treinta y un meses después de su expedición, los afectados tuvieron ocho años para adecuarse a la nueva situación jurídica. Además este plazo puede extenderse si antes de su finalización se eleva una solicitud de permiso o concesión. En estos casos, el derecho de uso concluye con una decisión –con fuerza legal– sobre la solicitud. De este modo, el demandante pudo continuar con el dragado en forma ilimitada por otros diecisiete años luego de la entrada en vigencia de la ley [...].

Las disposiciones transitorias para la extracción de arena, que comenzaron antes de la entrada en vigencia de la ley, son por consiguiente reglas adecuadas que tienen en cuenta suficientemente los intereses del afectado. Esto se aplica también, en la medida que se afecta la explotación económica. Su protección no va más allá de la protección de que goza su base económica.

96. Sentencia BVerfGE 68, 361 [Rescisión de arrendamiento (necesidad personal)]

1. *Es compatible con la garantía de la propiedad consagrada en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, el que el legislador en el §564 b, párrafo 2 BGB haga depender el derecho de rescisión del arrendador de una vivienda de la existencia de un interés legítimo en la finalización de la relación contractual (uso personal).*
2. *Sobre el efecto de la garantía de la propiedad en la valoración del uso personal.*

Sentencia de la Primera Sala, del 8 de enero, 1985
–1BvR 792, 501/83–

El §564 b BGB reglamenta como el núcleo del derecho de arrendamiento social, la protección frente a la terminación anticipada de las relaciones contractuales sobre vivienda. Permite la terminación anticipada del contrato de arrendamiento por parte del arrendador sólo cuando éste tiene un interés legítimo en la terminación.

La disposición establece:

§564 b BGB

(1) El arrendador puede terminar la relación contractual sobre una vivienda, con reserva de la reglamentación consagrada en el párrafo 4, únicamente cuando tiene un interés legítimo en la terminación de la relación contractual.

(2) Existe un interés legítimo del arrendador en la terminación de la relación contractual, cuando:

1. El arrendatario ha incumplido considerablemente en forma culpable sus obligaciones contractuales;
2. El arrendatario necesita el espacio para habitarlo él mismo, o para que lo habiten las personas que hacen parte de su casa o su familia. Si los espacios arrendados luego de la entrega al arrendatario son vendidos, entonces el adquirente no podrá invocar el interés legítimo en el sentido de la frase 1, antes de que se cumplan tres años desde la adquisición.
3. De continuar el arrendamiento, el arrendador se vería impedido para vender el inmueble a un precio adecuado, sufriendo así un perjuicio económico considerable.

(3) [...]

(4) En el caso de un contrato de arrendamiento sobre una vivienda en un edificio habitado por el mismo arrendatario con no más de dos viviendas, el arrendatario puede rescindir el contrato de arrendamiento, aun cuando no existan los presupuestos del párrafo 1 [...]

(5) a (7) [...]

I.

1. El §564 b BGB hace depender el ejercicio efectivo del derecho de rescisión de la existencia de un interés legítimo en la terminación de la relación contractual. La disposición reglamenta en forma general y abstracta el derecho de disposición del propietario de viviendas arrendadas, y determina el contenido y las limitaciones de la propiedad en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental (véase

BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 y ss.]). Al legislador le corresponde, en cumplimiento de las funciones que le atribuye el Art. 14, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental, hacer realidad el modelo social, cuyos elementos normativos se originan, de una parte, del reconocimiento como derecho fundamental de la propiedad privada mediante el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental y, de otra parte, de las directrices vinculantes previstas en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 25, 112 [117]; 52, 1 [29]). La propiedad privada en el sentido de la Constitución se caracteriza en su contenido legal por la utilidad privada y el derecho a disponer de ella (BVerfGE 31, 229 [240] con más anotaciones); su empleo debe, sin embargo, “servir también al bienestar de la comunidad”. El presupuesto es, por consiguiente, que el objeto de la propiedad tenga una función social (BVerfGE 37, 132 [140]). De ahí que el alcance de la competencia del legislador para determinar el contenido y límites aumenta en la medida en que el objeto de la propiedad se encuentre sujeto a una función social. Determinante es el punto de vista que encuentra expresión en el Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental, de que la utilización y la disposición no permanece, en todo caso, dentro de la esfera del propietario, sino que toca los intereses de otras personas, que también hacen uso del objeto de la propiedad (BVerfGE 50, 290 [340 y ss.]). Bajo esos presupuestos el mandato constitucional de un uso orientado hacia el bienestar general, abarca el mandato de considerar a los no propietarios, que requieren por su parte de la utilización del objeto de la propiedad para asegurar su libertad y estructurar su vida en forma responsable (véase BVerfGE 37, 132 [140]). Aun cuando la propiedad pueda someterse a amplias limitaciones, la garantía del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, exige en todo caso la conservación de la relación y la sustancia de la propiedad (BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

Es función del legislador, para el cumplimiento del deber de reglamentación de conformidad con el Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, tener en cuenta en igual forma la garantía del Art. 14 num1 frase 1 de la Ley Fundamental y el mandato de un régimen de la propiedad social de conformidad con el Art. 14, párrafo 2, así como de colocar los intereses dignos de ser protegidos de todos los participantes en un adecuado equilibrio (BVerfGE 25, 112 [117 y ss.]). Del mismo modo que la garantía de la propiedad protege un uso que no tiene en cuenta la función social del objeto de la propiedad, el Art. 14, párrafo 2 puede justificar una excesiva delimitación de los derechos privados, no ordenada por la función social (BVerfGE 37, 132 [141]; ver también BVerfGE 58, 137 [148]).

La limitación del derecho a la libre rescisión que tiene el arrendador de una vivienda mediante la exigencia de un interés legítimo, representa una limitación al libre derecho de disposición del propietario. La función social de la propiedad consiste en que ésta no se encuentra a disposición en forma ilimitada y se ve como punto central de la vida del arrendatario. Gran parte de la población no está en capacidad de proporcionarse por sus propios medios una vivienda y, por consiguiente, se ve obligada a tomar una vivienda en arrendamiento (en este sentido, BVerfGE 38, 348 [370]).

Teniendo en cuenta los costos regulares, no poco considerables, y la inconveniencia desde el punto de vista personal, familiar, económico y social que conlleva un cambio de vivienda para el arrendatario (véase justificación del proyecto del gobierno, BT-Drucks 7/2011, p. 7), aparece la limitación al derecho de rescisión en los casos en que el arrendador tiene un interés legítimo en la terminación de la relación contractual. Mediante la disposición se protege al arrendatario que confía en el contrato, frente a rescisiones arbitrarias y por tanto de la pérdida de su vivienda (véase justificación del proyecto de gobierno, BT-Drucks 7/2011, p. 7 así como el informe de la comisión, BT-Drucks 7/2638). La exclusión de la rescisión arbitraria, adoptada sin un motivo de fondo, no puede ser objetada desde el punto de vista constitucional porque esta clase de ejercicio del derecho de propiedad no goza de protección constitucional, debido al significado social de la vivienda para el ser humano. El §564 b BGB tampoco conduce a una limitación exagerada de los derechos garantizados en el derecho privado, y que no se encuentra comprendida dentro del concepto de función social de la propiedad. La disposición no interviene en las relaciones ni en la sustancia de la propiedad. Los intereses dignos de protección del propietario son tenidos en cuenta en la medida que se le posibilita la terminación de la relación contractual con fundamento en la propia necesidad. Adicionalmente, el §564 b, párrafo 4 BGB le concede al propietario el derecho de rescindir el contrato sin necesidad de que exista un interés legítimo, en el caso especial en que deba convivir estrechamente con el arrendatario, con lo cual se ve afectada su vida y vivienda en forma más profunda y directa; en este caso el legislador tuvo en cuenta la circunstancia de que también para él —al igual a como acontece para el arrendatario— la vivienda es el punto central de su existencia. Finalmente, mediante el §564 b BGB no se ve afectado el derecho del arrendador a terminar en casos especiales la relación contractual (§§553 y ss. BGB).

Como resultado se puede afirmar que el legislador, para la expedición del §564 b, tuvo en cuenta en forma adecuada tanto los intereses del arrendatario como también los del arrendador. Un favorecimiento o perjuicio unilateral, que como tal no estaría en consonancia con el concepto constitucional de una propiedad privada con función social (BVerfGE 37, 132 [141]), no se observa aquí [...]

97. Sentencia BVerfGE 100, 226 [Protección de monumentos]

1. *Las normas legales que protegen los monumentos, las cuales determinan el contenido y límites del derecho de propiedad, son incompatibles con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental cuando no excluyen las cargas desproporcionadas para el propietario y no contemplan ningún tipo de indicaciones para evitar esta clase de limitaciones a la propiedad.*
2. *Las reglas de equilibrio, que tiene por objeto garantizar el principio de proporcionalidad en casos especialmente difíciles, son insuficientes cuando se*

limitan a concederle al afectado el derecho a una compensación. La garantía de estabilidad consagrada en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental exige, ante todo, que se adopten las disposiciones que eviten realmente gravar al propietario y le permitan conservar en la medida de lo posible la utilidad de su propiedad.

3. *El legislador, al momento de establecer el contenido y límite de la propiedad, debe reglamentar también en el plano normativo los presupuestos, forma y extensión de compensaciones a efecto de evitar la imposición de gravámenes desproporcionados; la administración, al momento de actualizar las restricciones a la propiedad, debe decidir al mismo tiempo –por lo menos en principio– sobre las compensaciones requeridas. Los presupuestos para esto debe establecerlos el legislador.*
4. *El §13, párrafo 1, frase 2 de la Ley para la Protección y el Cuidado de los Monumentos de Rheinland-Pfalz es incompatible con la garantía de la propiedad consagrada en el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*

Sentencia de la Primera Sala, del 2 de marzo, 1999
–1 BvL 7/91–

Fundamentos:

A.

El proceso se relaciona con la cuestión acerca de si es compatible con la garantía de la propiedad, el que el legislador no prevea el tener en cuenta los intereses del propietario para decidir sobre la supresión de un monumento.

I.

En Rheinland-Pfalz se consideran monumentos culturales los “objetos del pasado”, respecto de los cuales existe un interés público, histórico y cultural, de conservarlos y cuidarlos (§3 de la Ley Estatal para la Protección y el Cuidado de los Monumentos Culturales, DSchPflG). La supresión de un monumento cultural sólo puede ser autorizado por razones de interés público (§13, párrafo 1). Los intereses de los propietarios no son tenidos en cuenta:

§13

Autorización para modificaciones, indicaciones para las reparaciones.

(1) Previa autorización, un monumento cultural protegido podrá:

1. Ser desmontado, derribado, fraccionado o retirado.
2. Ser transformado o modificado en su estructura.
3. Ser afectado en su forma de presentación de manera permanente.
4. Ser retirado de su lugar. En los casos contemplados en el párrafo 1, la autorización sólo podrá ser otorgada cuando prevalezcan otras exigencias relacionadas con

el bien común sobre el interés de proteger y cuidar los monumentos; en este caso se debe examinar si es posible atender de otra forma las necesidades prevalentes del bien común.

(2) a (6) [...]

El Estado debe indemnizar al propietario, cuando éste no pueda continuar utilizando su propiedad en la forma como lo venía haciendo hasta ahora, debido a una medida relacionada con el derecho sobre monumentos y vea de esta forma considerablemente restringida la utilidad económica de su propiedad (§31, párrafo 1, frase 1). La ley prevé también una compensación adecuada para el caso en que una medida relativa a la protección de monumentos “actúe en forma similar a una expropiación“ (§31, párrafo 1 frase 2).

II.

1. La demandante en el proceso de primera instancia, una empresa industrial constituida como sociedad por acciones (en adelante la demandante), es propietaria de una villa, construida a finales del siglo pasado para servir de vivienda a los directores, que cuenta con una área útil de aproximadamente 950 kilómetros cuadrados [...]

En el año 1983 la villa fue declarada formalmente bajo protección [...]

3. Al mismo tiempo que se llevó a cabo la declaratoria de protección, las autoridades para la protección de monumentos rechazaron, mediante una decisión de carácter especial, la solicitud de la demandante para que se concediera una autorización para demoler, con base en el derecho sobre monumentos. No existían motivos de interés común que pudieran justificar la autorización. El que no se pudiera encontrar utilidad alguna para la edificación, y que el mantenimiento de la propiedad debido a los altos costos para su conservación fuera inviable económicamente, no podían ser tenidos en cuenta para la decisión, de conformidad con el §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG.

El recurso y la demanda no tuvieron éxito.

El tribunal de apelación suspendió el proceso de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental y sometió a la decisión del Tribunal Constitucional Federal la pregunta sobre si el §13, párrafo 1, frase 2 de la Ley Estatal para la Protección y Cuidado de los Monumentos Culturales –DSchPflG– de 23 de marzo de 1978 (GVBl, p. 159) es inconstitucional, en tanto que se determina que en el caso del §13, párrafo 1, frase 1 DSchPflG) la autorización sólo puede impartirse cuando prevalezcan otras necesidades del bien común sobre los intereses de la protección y cuidado de los monumentos [...]

C.

La norma sometida a examen es incompatible con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

I.

1. En el caso del §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG se trata de una disposición sobre el contenido y límites de la propiedad, que se debe analizar con base en el Art. 14, pá-

rrafo 1 de la Ley Fundamental y no con fundamento en el Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Con la expropiación, el Estado interviene en la propiedad del particular. Tal medida se dirige por tanto a la supresión plena o parcial de situaciones jurídicas concretas, que se encuentran protegidas a través del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, con el objeto de cumplir determinadas funciones públicas (BVerfGE 56, 249 [270 y ss.]—opinión divergente—; 70, 191 [199 y ss.] con más referencias; 71, 137 [143]; 72, 66 [76]).

Esto se lleva a cabo ya sea mediante una ley que priva a un determinado círculo de personas en concreto de sus derechos de propiedad—expropiación legal—, o bien a través de un acto ejecutivo de carácter administrativo con fundamento en una autorización legal para esta clase de intervenciones—expropiación administrativa— (véase BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 y ss.]; jurisprudencia reiterada).

Esos presupuestos no se presentan en este caso. Ni las normas sometidas a examen, que se relacionan con el deber de solicitar autorización para el retiro de los monumentos culturales protegidos, ni la denegación de la autorización misma representan una expropiación en el sentido del Art. 14, párrafo 3 de la Ley Fundamental. La reglamentación no suprime ningún derecho de propiedad en concreto para el cumplimiento de determinadas funciones públicas, sino que limita en forma general y abstracta las posibilidades de uso de una edificación en la que se hubiera tallado un monumento; el acto denegatorio actualiza esa restricción. El § 13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG determina por tanto el contenido y límites de la propiedad en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. Esa clasificación de la norma es independiente de la intensidad con que se hubiere gravado al portador del derecho. Ella conserva su vigencia aún en los casos en los cuales los efectos de la intervención para el afectado sean cercanos o iguales a una expropiación (véase BVerfGE 83, 201 [211 y ss.]).

Dado que la constitucionalidad de las normas sometidas a examen se debe analizar con base en el Art. 14, párrafo 1 en relación con el, párrafo 2 de la Ley Fundamental, se aplica la exigencia impuesta en el Art. 14, párrafo 3, frase 2 de la Ley Fundamental de que la ley de expropiación debe reglamentar al mismo tiempo la forma y alcance de la compensación (cláusula Junktim), así como la reglamentación de las medidas judiciales contempladas en el Art. 14, párrafo 3, frase 4 de la Ley Fundamental.

2. El legislador, para la determinación del contenido y límites de la propiedad en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, debe tener en cuenta en forma igual y en una relación de equilibrio, los intereses del propietario, dignos de ser protegidos y los intereses del bien común. Para tales efectos él debe tener en cuenta todas las otras normas constitucionales; y se encuentra sujeto de manera especial a los principios de la proporcionalidad y de la igualdad, consagrados en el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El bienestar de la comunidad no es sólo el fundamento, sino también el límite para las cargas que se le imponen a la propiedad. Las restricciones a los derechos del propietario no pueden ir más allá de alcanzar la protección, a la que sirve la regla. El núcleo de la garantía de la propiedad no puede quedar socavado. Den-

tro de éste se encuentran la utilidad privada, así como la adscripción del objeto de la propiedad a un portador de derechos, que fundamenta la iniciativa privada para el uso, como también el derecho fundamental de disponer del bien objeto de la propiedad (véase BVerfGE 70, 191 [200]; 79, 174 [198]; 87, 114 [138 y ss.]; 91, 294 [308]).

Las competencias reglamentarias del legislador se encuentran sometidas a diversas restricciones. En tanto que la propiedad asegura la libertad personal del particular en el ámbito patrimonial, goza de una especial protección (véase BVerfGE 42, 263 [294]; 50, 290 [340]; 70, 191 [201]; 95, 64 [84]). Por el contrario, la libertad para reglamentar que tiene el legislador será tan grande, como sea la función social de la propiedad; en ese punto tiene un significado decisivo su característica y función (véase BVerfGE 53, 257 [292]).

En ese marco, las limitaciones al derecho de propiedad, como emanación de la función social de la propiedad (Art. 14, párrafo 2 de la Ley Fundamental), deben soportarse en principio, sin ninguna indemnización. Si el legislador, en la determinación del contenido y límites de la propiedad, traspasa los límites ya señalados, entonces la reglamentación legal no tendrá efecto (BVerfGE 52, 1 [27 y ss.]), las restricciones o las cargas que se apoyan en ésta son ilegales y pueden ser contrarrestadas por la vía de la protección primaria del derecho. Con base en la Constitución no se genera el derecho a una indemnización (véase BVerfGE 58, 300 [320]).

II.

De acuerdo con esos principios, el §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG no está en consonancia con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. La reglamentación, que no prevea el tener en cuenta los intereses del propietario —a diferencia de otras leyes estatales sobre monumentos—, restringe los derechos del propietario afectado por ella en determinados casos en forma profundamente desproporcionada.

a) La protección de los monumentos culturales constituye un interés legislativo legítimo, y el cuidado de los monumentos cumple una función de alto rango en pro del bien común, lo cual justifica las reglamentaciones restrictivas en el sentido del Art. 14, párrafo 1 frase 2 de la Ley Fundamental.

b) Los fundamentos de hecho de la autorización contemplados en el §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG son adecuados y necesarios para cumplir con la finalidad de la ley [...].

c) La aplicación de la norma no lleva tampoco, por lo general, a gravar en forma desproporcionada al propietario en sentido estricto. Los intereses públicos de conservar un monumento protegido sólo pueden ser tenidos en cuenta mediante la imposición de deberes al propietario del bien y de la edificación, cuya propiedad se encuentra completamente vinculada al cumplimiento de una función social. Esto se origina del carácter de la vinculabilidad de la situación y de la naturaleza de la propiedad (véase BVerwGE 94, 1 [4]; BGHZ 105, 15 [18] respectivamente con más anotaciones; BayObLG, BayVBl 1999, p. 251 [252]).

A través de la prohibición de derribar no se ve restringido el uso actual de un monumento. En vista del alto rango de que goza la protección de los monumentos y teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 14, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, el propietario debe aceptar que posiblemente se le prohíba un uso rentable de la propiedad.

El Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental no protege el uso más lucrativo de la propiedad (véase BV 91, 294 [310]).

d) Sin embargo, otra cosa ocurre en el caso en que un monumento protegido deje de tener una posibilidad práctica de uso. Esto puede ocurrir cuando el uso original decae al cambiar las circunstancias y el propietario no puede emplear el bien de otra forma que sea más adecuada. Cuando el propietario de un monumento no puede hacer uso de él, y en la práctica tampoco lo puede vender, se restringe por completo toda posibilidad de una utilidad privada. Si se acepta el deber legal de conservación, entonces el derecho será una carga que el propietario tendrá que llevar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas de un uso privado. La situación jurídica del afectado se asemeja a una situación en la que la palabra “propiedad” ya no sirve para nada. La denegación de una autorización para demoler deja de ser razonable. Si el bienestar común, en opinión del legislador, requiere de la conservación del monumento cultural protegido, como ocurre en el caso de edificaciones con un significado histórico cultural, esto se puede alcanzar sólo por la vía de la expropiación (§30, párrafo 1 DSchPflG).

Hasta dónde llegan los límites de lo razonable en particular, y en qué medida se ven afectados los propietarios por las normas que aquí se examinan, no se puede responder aquí. La inconstitucionalidad del §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG se debe a que la norma no excluye la posibilidad de gravar en forma desproporcionada al propietario, y no contempla ningún tipo de disposición con el objeto de evitar esta clase de intervenciones en la propiedad.

2. El §31, párrafo 1, frase 2 DSchPflG no modifica el hecho de que la prohibición de demoler –en determinados casos– no sea proporcional. De acuerdo con esa cláusula, conocida como salvatoria, el Estado tiene que pagar una compensación adecuada cuando una medida dictada con base en el derecho para la protección de monumentos, no afecta el uso que se le ha dado hasta ahora a una propiedad (frase 1), pero que sin embargo actúa (“de algún otro modo”) como una expropiación. Ciertamente, el legislador mediante medidas equilibradoras, puede evitar (a) los efectos no razonables de una reglamentación que determina el contenido de la propiedad, aun cuando no en forma ilimitada. El §31, párrafo 1, frase 2 DSchPflG, sin embargo, no puede cumplir esa función, porque no satisface (c) los requisitos que deben llenar las reglas para de la compensación (b).

a) Las disposiciones sobre contenido y límites –que, tomadas por sí solas serían insostenibles, pero que se encuentran relacionadas por el legislador con medidas compensatorias– pueden excepcionalmente estar en consonancia con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

aa) No le está prohibido al legislador imponer, aun en casos difíciles, medidas restrictivas de la propiedad que considere necesarias para el interés público, cuando evite mediante medidas compensatorias las cargas desproporcionadas o violatorias del principio de igualdad, y tenga suficientemente en cuenta la confianza digna de ser protegida (véase BVerfGE 55, 137 [149 y ss.]; 79, 174 [192]; 83, 201 [212 y ss.]). Mediante un equilibrio de este tipo puede lograr en ciertos casos la constitucionalidad de una determinación en forma desproporcionada o desigual del contenido y límite de la propiedad, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

bb) Las reglas de equilibrio no son por lo general un medio admitido constitucionalmente, para hacer entrar en consonancia con el Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental las restricciones a la propiedad desproporcionadas. Las normas que determinan el contenido y límite de la propiedad, deben garantizar aun sin una regla compensatoria, la sustancia de la propiedad y cumplir con el mandato de igualdad (véase BVerfGE 79, 174 [198] con más anotaciones). Donde en forma excepcional la aplicación de la ley lleve a gravar de manera no razonable al propietario, se pueden considerar las reglas de equilibrio con el objeto de garantizar la proporcionalidad y la igualdad de las víctimas excepcionales de la violación del principio de igualdad.

cc) Las medidas compensatorias, en última instancia, no ayudan en los casos en que ni con medios técnicos, administrativos ni financieros se puede lograr un equilibrio que corresponda al principio de proporcionalidad y, por tanto, resista un análisis a la luz del Art. 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Una situación así podría darse en el punto que aquí se discute, cuando a la conservación de un monumento –en una situación dada– se le atribuye poca importancia frente a los intereses del propietario, que de manera especial sean dignos de protección y que no sean de naturaleza puramente financiera. En estos casos difíciles la ley debe permitir la demolición del monumento en el marco de una disposición de dispensa para, de este modo, estar en consonancia absoluta con la garantía de la propiedad.

b) Las reglas de equilibrio en el ámbito de aplicación del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, deben llenar los siguientes requisitos:

aa) Requieren de un fundamento legal. La determinación del contenido y límite de la propiedad, es asunto del legislador. Él es competente para expedir leyes que determinen límites constitucionales en cuanto al contenido, y puede, cuando expresa una prohibición, al no confiar en que la administración o los tribunales eviten las violaciones de la garantía de la propiedad en un caso dado, establecer medidas de precaución o prestaciones monetarias. En tanto que la pretensión de una indemnización compensatoria se tiene que fundamentar, esta puede darse sólo mediante ley, sin que se deba considerar las normas de presupuesto expedidas por el Parlamento.

bb) Las reglas de equilibrio, que en casos especialmente difíciles garantizan el principio de proporcionalidad, son inadmisibles cuando se limitan a concederle al afectado el derecho a una indemnización monetaria. La garantía de estabilidad del Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, exige ante todo que se tomen medidas de

precaución que impidan realmente gravar en forma desproporcionada al propietario, y que le permitan conservar en la medida de lo posible, el uso de la propiedad. El legislador dispone para tal efecto de las reglas de transición, las disposiciones de excepción y de liberación, así como de la posibilidad de aplicar algunas medidas técnicas y administrativas. Si en un caso particular no puede lograrse este equilibrio —o ello sólo es posible con un costo desproporcionado— puede considerarse en tales casos el otorgamiento de una compensación financiera, o puede ordenarse que se conceda al propietario un derecho a que, del presupuesto público, se le pague el valor comercial.

cc) Como el legislador, al momento de establecer el contenido y límite de la propiedad, tiene que reglamentar también en el plano normativo, los presupuestos, forma y extensión del equilibrio, a efectos de evitar la imposición de gravámenes desproporcionados, la administración, al momento de actualizar las restricciones a la propiedad, debe decidir por lo menos con base en el equilibrio requerido (en el mismo sentido, Hermes, NVwZ 1990, pp. 733 y ss.).

El propietario, que considere desproporcionado un acto administrativo que le perjudica en su derecho fundamental, consagrado en el Art. 14, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, debe impugnarlo por las vías judiciales. Si permite que éste continúe vigente, entonces no podrá solicitar una compensación como equilibrio, en el marco del Art. 14, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 58, 300 [324]). El afectado debe, por tanto, decidir si acepta el acto de intervención mediante el cual se lleva a cabo la restricción o lo impugna. Esta decisión podrá tomarla sólo cuando sabe que se le concederá una compensación. No se le puede exigir al afectado que con la incierta expectativa de que en un proceso posterior se le concederá un equilibrio, tenga que permitir que un acto administrativo continúe vigente, a pesar de que lo considera incompatible con la garantía de la propiedad de la Ley Fundamental. Los tribunales administrativos, para poder juzgar en forma definitiva la legalidad de un acto administrativo que interviene la posición de una propiedad, debe saber sí y en qué forma se equilibrará una carga no razonable.

El legislador tiene por consiguiente que adicionar sus reglas de equilibrio de derecho material, mediante disposiciones de derecho procesal administrativo, que aseguren que se decida al mismo tiempo con el acto administrativo que actualiza las restricciones de la propiedad, sobre el equilibrio que en dado caso se le tiene que garantizar al propietario sometido a un gravamen; en el caso de una compensación financiera se tiene que decidir por lo menos sobre el motivo de la existencia de un derecho.

c) La cláusula salvatoria del §31, párrafo 1, frase 2 DSchPflG no satisface esas exigencias. Ésta no prevé que un aprovechamiento inconstitucional de la propiedad deba evitarse en primer lugar mediante reglas de excepción y liberación, así como mediante medidas técnicas o administrativas, ni reglamenta el proceso administrativo de modo tal que sea tenida en cuenta suficientemente la protección jurídica del afectado en la forma ya expresada. Ello basta para considerar que no cuenta con un fundamento constitucional suficiente para equilibrar las intervenciones desproporcionadas realizadas con fundamento en el §13, párrafo 1, frase 2 DSchPflG. Corresponde a los tri-

bunales inferiores decidir si esta disposición –que no puede ser tomada en cuenta como fundamento de una compensación por expropiación en el sentido del Art. 14, párrafo 3 frases 2 y 3 de la Ley Fundamental, ni como regla de equilibrio en el marco de la determinación legal del contenido y límites de la propiedad, en el sentido del Art. 14, párrafo 1, frase de la Ley Fundamental–, atendiendo a su tenor literal, a la sistemática de la ley y la voluntad del legislador, conserva todavía algún ámbito de aplicación [...]

98. Sentencia BVerfGE 93, 121 [Tasa única]

1. *Si el legislador determina una tasa única aplicable a la totalidad del patrimonio gravable, entonces se puede asegurar una tributación uniforme sólo en la base de cálculo de las unidades económicas susceptibles de ser valoradas. Esta base de cálculo debe estar vinculada materialmente, por consiguiente, a la productividad de las unidades económicas y sus valores deberán modelarse de conformidad con la realidad.*
2. *Los límites constitucionales a la tributación del patrimonio mediante impuestos al patrimonio y rentas, limitan la intervención tributaria en la productividad del patrimonio. A estos límites a la carga total del patrimonio se dirige la diferenciación que se ordena con base en el derecho a la igualdad.*
3. *La tributación del patrimonio podrá acercarse a los demás impuestos sólo en lo que respecta a las utilidades, en la medida que la totalidad de la carga tributaria de los rendimientos, para el caso del examen típico de los ingresos, los gastos deducibles y algunas exoneraciones, se encuentren en una zona intermedia entre el presupuesto público y el privado.*
4. *Atendiendo a los antecedentes tributarios del patrimonio, el legislador debe proteger en todo caso las bases económicas del modo de vida personal frente al impuesto a las utilidades.*
5. *En la medida que los sujetos pasivos del impuesto al patrimonio pueden encontrarse al interior de su matrimonio o familia en donde existe una base económica conjunta –elevada–, la protección del matrimonio y la familia, de conformidad con el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental, exige que el legislador tenga en cuenta la continuidad de ese matrimonio y de esa familia.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 22 de junio, 1995

–2 BvL 37/91–

Fundamentos:

La totalidad de la carga a través de la tributación de la adquisición del patrimonio, de los activos y de la utilización del patrimonio, debe determinarse separadamente por

el legislador, en forma tal que se garantice la igualdad de las cargas y se evite una carga exagerada. De ahí que se deba tener en cuenta que el legislador tampoco puede intervenir discrecionalmente en los patrimonios privados, y que los legitimados tienen garantizados por la Constitución el derecho a conservar la utilidad de lo adquirido y el derecho a disponer de las situaciones jurídicas que hubieren adquirido un valor patrimonial (véase BVerfGE 87, 153 [169]).

La igualdad de todos los seres humanos frente a la ley (Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental) no exige una contribución igual por parte de todos los nacionales en el financiamiento de las cargas comunes, sino que exige en su aplicación, en un ámbito específico en el actual derecho tributario, que cada nacional contribuya a la financiación de las funciones estatales de acuerdo con su capacidad financiera. El legislador ha tomado la decisión de no gravar a los particulares de acuerdo con su capacidad adquisitiva, sino de acuerdo con los bienes económicos que hayan adquirido. Quien no pone a funcionar su talento para obtener entradas a través de su trabajo en general no será gravado con impuestos; en cambio, quien deja de aprovechar sus bienes patrimoniales será tratado para las finalidades de la tributación como si tuviera rentas [...]

3. Los límites constitucionales a la tributación del patrimonio mediante impuestos al patrimonio y rentas, limitan la intervención tributaria en la productividad del patrimonio. A estos límites a la carga total del patrimonio se dirige la diferenciación que se ordena con base en el derecho a la igualdad. Esto hace que la sala sea competente para conocer del Impuesto sobre la Renta y en el actual proceso también del Impuesto al Patrimonio, como criterio básico para su examen de constitucionalidad:

a) El Impuesto al Patrimonio está dirigido, como impuesto regresivo, al patrimonio que permanece inmóvil –por regla general a la renta gravada ya constituida. Éste interviene en la libertad de acción (Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental) entendido como la posibilidad de disponer y usar un patrimonio, en lo que respecta al desarrollo de la personalidad en el ámbito patrimonial (Art. 14 de la Ley Fundamental). Esto significa que el derecho a la libertad protegido sólo puede ser limitado en la medida que los sujetos pasivos puedan conservar el núcleo de los resultados de su actividad en el ámbito económico como expresión de la utilidad privada de la adquisición y del derecho básico de disponer de la situación jurídica de los valores patrimoniales creados (véase BVerfGE 87, 153 [169]). La adscripción de la situación jurídica de los valores patrimoniales al propietario y la sustancia de la propiedad deben mantenerse protegidas (véase BVerfGE 42, 263 [295]; 50, 290 [341]).

b) De acuerdo con esos criterios, bajo las condiciones del actual derecho tributario, en donde el patrimonio ya se encuentra gravado mediante los impuestos de renta y rendimientos, y donde además es objeto de impuestos indirectos, no queda mucho espacio de conformidad con la Constitución para una tributación adicional. El Impuesto al Patrimonio sólo puede ser dimensionado en la medida que en su cooperación con las cargas tributarias excepcionales no se afecte la sustancia del patrimonio, la base del patrimonio y que puedan ser pagados los posibles rendimientos que se esperan por lo

general. De otro modo, un impuesto al patrimonio tendría como resultado una confiscación a pasos, que estaría gravando en forma exagerada a los sujetos pasivos del impuesto, y estaría perjudicando fundamentalmente sus relaciones patrimoniales (véase BVerfGE 14, 221 [241]; 82, 159 [190]; jurisprudencia reiterada).

§ 20. NACIONALIDAD, EXTRADICIÓN Y DERECHO DE ASILO - ARTÍCULOS 16 Y 16A DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 16

1. Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley, y en contra de la voluntad del afectado únicamente cuando éste no se convierta, por ello, en apátrida.
2. Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria a esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional en la medida que se respeten los principios de derecho fundamental.

Artículo 16a

1. Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.
2. El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual esté asegurada la aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los Estados fuera de las Comunidades Europeas, en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase, serán determinados por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. En los casos de la primera frase, las medidas que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.
3. Podrá determinarse por una ley, que requiere la aprobación del Bundesrat, los Estados en los cuales, con base en la situación jurídica, la aplicación del derecho y las condiciones políticas generales, parece no estar garantizada la no existencia de persecuciones políticas ni de castigos o tratamientos inhumanos o degradantes. Se supondrá que un extranjero proveniente de uno de tales Estados no es perseguido, a menos que exponga hechos que fundamenten la presunción de que es perseguido políticamente, contrariamente a lo que se había expuesto.
4. La ejecución de medidas que pongan fin a la residencia en los casos mencionados en el apartado 3 y en otros casos manifiestamente injustificados o considerados como manifiestamente injustificados, sólo será suspendida por el tribunal si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de las medidas; la extensión de la investi-

gación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta. La regulación se hará por ley.

5. Los apartados 1 a 4 no contradicen los tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados y del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, definen las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo.

99. Sentencia BVerfGE 74, 51 [Derecho de asilo: causas supervinientes]

1. *El derecho fundamental de asilo, consagrado en el Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, presupone por sus circunstancias de hecho básicamente la relación causal entre persecución y huida. Una extensión a las circunstancias que dan lugar al asilo con posterioridad a la salida del país, sólo puede plantearse cuando es necesaria, de conformidad con el sentido y finalidad del derecho de asilo, como corresponde a la voluntad normativa del constituyente.*
2. *En el caso de las circunstancias subjetivas del asilo, que el solicitante crea luego de abandonar el Estado patria por decisión propia (las conocidas circunstancias del asilo creadas por sí mismo), sólo pueden generar un derecho de asilo cuando ellas representan la expresión y prosecución de una convicción que ya existía durante la permanencia en el Estado patria y de la cual el solicitante se había ocupado en forma reconocible.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 26 de noviembre, 1986

–2 BvR 1058/85–

El recurso de amparo se relaciona con la pregunta sobre los presupuestos bajo los cuales caen las circunstancias del asilo propiciadas por sí mismo, en el ámbito de protección del derecho fundamental al asilo.

I.

El recurrente (un miembro en el exilio de la organización Ghana Democratic Movement) invoca la persecución, con la que se ve amenazado a su regreso a Ghana, como circunstancia que él, durante su estadía en la República Federal Alemana, por su propia decisión ha creado (el conocido asilo por razón de las circunstancias propiciadas por sí mismo). En el caso de tales circunstancias, el reconocimiento como asilado puede darse sólo en casos excepcionales –sujetos a especiales criterios– (BVerfGE 9, 174

[181]; 38, 398 [402]; 64, 46 [59 y ss.]), porque el derecho fundamental del asilo, consagrado en el Art. 16, párrafo 2 frase 2 de la Ley Fundamental, no contempla dentro de su ámbito de protección la persecución política (la amenaza), que se origina en circunstancias creadas por el mismo interesado.

1. El sentido de la expresión “los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo” no se puede determinar con base en su estrecha y lapidaria formulación, [...] más aún, su sentido se origina en una consideración integral, que atiende de manera especial la tradición reglamentaria y la historia de su creación.

La disposición contemplada en el Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental vincula en cuanto al contenido la institución del derecho internacional del derecho de asilo. Ésta tiene por objeto estructurar el asilo como derecho fundamental individual subjetivo (perseguible por vía judicial), y que se designaba en otras épocas como asilo y protección del asilado. Ésta no tiene por objeto la creación de una institución legal nueva, sino más bien, concederle a la existente y ya conocida institución del asilo, enraizada en el derecho internacional, al solicitante del asilo la oportunidad con base en un derecho fundamental, de una valoración estatal libre (véase BVerfGE 54, 341 [356]; también BVerwGE 67, 184 [185]).

a) En el caso de la institución del asilo, como se ha practicado y conocido hasta ahora, se presupone una relación de causalidad entre la persecución (la amenaza) y la huida [...]

c) Las circunstancias de hecho del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, determinadas de esa forma, no se encuentran en contradicción con la intención humanitaria que fundamenta la protección del derecho de asilo (véase BVerfGE 54, 341 [360]), sino que más bien la complementan. Esa intención humanitaria se dirige a garantizar la acogida y protección de quien se encuentra en una situación desesperada. Éste es el caso de los perseguidos políticos, quienes para poder conservar su libertad, su vida, su integridad corporal, deben huir de su Estado patria o del Estado en el cual residen. Por el contrario, para las personas que se encuentran en una circunstancia de huida posterior, no se presenta una situación tal.

La ampliación de las circunstancias de hecho del asilo, a diferencia del solicitado con posterioridad a la salida del país de origen, responderían sólo en forma aparente a los objetivos humanitarios del derecho de asilo. Este derecho se tornaría así en un derecho de emigración, que se le concedería a cualquier persona. Los extranjeros o los apátridas podrían acogerse, sin riesgo de persecución, desde un lugar seguro, a un derecho de permanencia en la República Federal Alemana. Con una ampliación de este tipo, la intención humanitaria de la garantía del derecho de asilo no se estaría, por ejemplo, confirmando o consolidando, sino dejando sin valor alguno.

2. Esta condición para la interpretación que genera el derecho fundamental del asilo consagrado en el Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, presupone la relación causal entre persecución y huida. Desde un principio se ha dirigido a garantizar protección y asilo a los perseguidos políticos. Su extensión a las circunstancias que dan

lugar a una solicitud de asilo con posterioridad a la salida del país de origen, sólo puede considerarse cuando lo exige el sentido y la finalidad del derecho de asilo; corresponde a la voluntad del constituyente.

a) Desde estos puntos de vista se puede considerar la relevancia del asilo para las conocidas circunstancias objetivas que dan lugar a la solicitud de asilo con posterioridad de la salida del país de origen, y que se desencadenan mediante los antecedentes o los acaecimientos, independientemente de la persona del solicitante.

b) En el caso de las circunstancias subjetivas que dan lugar a la solicitud de asilo con posterioridad a la salida del país de origen, y que el solicitante luego de haber dejado su patria ha generado por decisión propia (conocidas circunstancias para la solicitud posterior de asilo, propiciadas por sí mismo), se ordena, por el contrario, gran reserva.

[...] la autorización para el asilo sólo puede ser considerado cuando las circunstancias propiciadas por sí mismo, y que dan lugar a la solicitud de asilo con posterioridad a la salida del país, son expresión y continuación de una convicción reconocible, ya existente durante la estadía en el Estado patria, que aparece por consiguiente como consecuencia necesaria de una forma de vida duradera, con una identidad propia y manifestada hacia el exterior.

Para el caso que aquí se analiza, de una actividad política en el exilio y la pertenencia a una organización de emigrantes, se sigue que la relevancia del asilo se separa fundamentalmente de tales actividades.

c) Con todo esto, no se puede perder de vista que el derecho de asilo, en el sentido del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, no representa el único fundamento legal para la permanencia de extranjeros en el territorio federal o en todo caso para su protección frente a una expulsión. Si a alguien no se le concede el derecho fundamental del asilo, no se excluye en modo alguno el que –por ejemplo, de acuerdo con las reglas de la Ley de Extranjería, que dejan un espacio bastante amplio para el análisis– se le pueda conceder un estatus de residente en el territorio federal. Que en los casos en que –a pesar de la ausencia de una legitimidad para el asilo– se pueda sugerir la garantía de una residencia asegurada en la República Federal Alemana por motivos políticos o por otros motivos, es una posibilidad que queda abierta. Y frente a la expulsión a un Estado, en el que exista una amenaza de persecución política –o a un tercer Estado, donde posiblemente se aplique una extradición a un Estado donde exista tal amenaza– existe para todo extranjero la posibilidad de que se le brinde protección de conformidad con el Art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados⁶⁵ del 28

⁶⁵ Artículo 33. *Prohibición de expulsión y de devolución (refoulement).*

1. Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que,

de julio de 1951 (BGBl, 1953, II, p. 559), el §14 de la Ley de Extranjería del 28 de abril de 1965 (BGBl, I, p. 353), y posiblemente también en el Art. 3 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades –Convención Europea de Derechos Humanos– del 4 de noviembre de 1950 (BGBl, 1952, II, p. 686). Estos vínculos legales, fundados en parte en el derecho internacional, se deben tener en cuenta, en todos los casos en que existan circunstancias que fundamenten una solicitud de asilo con posterioridad a la salida del país de origen, que no tengan la relevancia del asilo.

100. Sentencia BVerfGE 80, 315 [Tamilés]

1. *La persecución política en el sentido del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental es básicamente una persecución estatal.*
2. *Una persecución es política cuando una persona, por sus ideas políticas, sus convicciones religiosas o por contar con características que la hacen distinta y a las cuales no puede renunciar, se le infieren al particular violaciones a sus derechos que, por su intensidad, transgreden los límites del orden pacífico de la unidad estatal.*
3. *También la persecución estatal de conductas que representan la realización en la práctica de una convicción política, puede tener incluso el carácter de una persecución política cuando el Estado defiende de este modo el bien jurídico de su propia existencia o su identidad política. Se requiere de un fundamento especial para que tal persecución quede por fuera del ámbito de la persecución política.*
4. *El presupuesto para que exista una persecución por parte del Estado, o que sea atribuible a él, es el empleo efectivo del poder estatal en el sentido de una superioridad soberana. Ésta falta cuando se trata de establecer una persecución política en el caso de una guerra civil, en donde el Estado, en el campo de batalla, adopta de hecho el papel de una parte militar que lucha en la guerra civil, en la medida que el poder efectivo deja de existir, al igual de lo que ocurre en una determinada situación de crisis, como es el caso de una guerra civil de guerrillas. En todos esos casos se da efectivamente la persecución política cuando los poderes del Estado llevan a cabo la lucha en una forma que produce un exterminio físico de la contraparte, o cuando se establece que va dirigida en contra de personas que posean características determinadas, relevantes desde el punto de vista del derecho de asilo, a pesar de que éstas no quieran o no puedan más oponer resistencia, o que ya no participen en los sucesos*

habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

militares, y, finalmente, cuando sus actuaciones se dirigen a lograr la exterminación o el aniquilamiento físico de la identidad étnica, cultural o religiosa, de una parte de la población con características que justifican en forma considerable el asilo.

5. a) *Quien se ve afectado por una persecución política sólo de carácter regional, es considerado, por tanto, como un perseguido político en el sentido del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental cuando por este motivo él se encuentra en su país en una situación desesperada. Éste es el caso, cuando él no puede refugiarse en otra parte de su país (alternativa de refugiarse en otra región del país).*
- b) *La existencia de la alternativa de refugiarse en otra región del país presupone que para quien busca asilo, el territorio que ha considerado es suficientemente seguro para brindarle protección frente a la persecución política, y siempre y cuando no se vea amenazado allí por otros perjuicios y peligros, que por su intensidad y gravedad equivalgan al menoscabo de un bien jurídico por motivos políticos, en la medida en que esa amenaza existencial no existiera en el lugar de origen.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 10 de julio, 1989
 –2 BvR 502, 1000, 961/86–

[...]

101. Sentencia BVerfGE 81, 142 [Tortura como causa de asilo]

1. *La tortura es condición suficiente para el asilo cuando es aplicada en forma tal que sea relevante para el asilo o cuando existen indicios de que pueda aplicarse en forma más aguda.*
2. *No puede solicitar asilo quien en su patria ha llevado a cabo actividades terroristas o quien las ha apoyado en diversas formas desde la República Federal Alemana.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 20 de diciembre, 1989
 –2 BvR 958/86–

El recurso de amparo se relaciona con la pregunta sobre si un delincuente político puede gozar del asilo, cuando ha apoyado en su patria actividades terroristas, y que se encuentra bajo amenaza de tortura por parte de la policía o el ejército, y que ha seguido apoyando desde la República Federal Alemana las actividades terroristas.

La sala ha decidido ya en otras ocasiones que también las medidas de autodefensa estatal pueden servir para fundamentar el derecho de asilo. La persecución política en el sentido del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, tampoco se puede negar por el hecho de que el Estado imponga sanciones penales a las actividades separatistas o revolucionarias, para defender así el bien jurídico de su propia existencia o su identidad política. Para darle a esta clase de medidas estatales el carácter de una persecución política se requiere, adicionalmente, de unos criterios vinculados a unas circunstancias objetivas.

Un criterio de este tipo es, en principio, la protección de un bien jurídico. La persecución estatal de las actividades criminales, así como de los delitos que se dirigen en contra de los bienes jurídicos de otros ciudadanos, no es una “persecución política” y tampoco lo es cuando los delitos se han cometido por una convicción política. La persecución política no existe cuando las circunstancias objetivas excluyen la posibilidad de que la persecución de un delito dirigido en contra de un bien jurídico político, no se aplique, como tal, a la convicción política con base en la cual se cometió el delito, sino al componente criminal que se expresa en forma adicional, y cuya penalización es común dentro de la práctica estatal. Sin embargo, aquí también se puede aceptar la persecución política, cuando el implicado ha sufrido un trato que es mucho más fuerte que el empleado usualmente para la persecución de delitos similares –no políticos– (véase los precedentes en BVerfGE 80, 315 [336 y ss.]).

Si bien un trato inhumano como la tortura no es susceptible del asilo, de acuerdo con el tenor y sentido del Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, si éste sin embargo se da en forma tal que justifica el asilo o se prevé que pueda aplicarse en forma más fuerte, y si también se reconoce que éste se dirige al componente político que motivó la comisión del delito, se podrá vincular con la actividad política y, por consiguiente, servirá para justificar el asilo. Este trato se debe al ataque de un bien jurídico de carácter estatal, y al peligro que éste representa para la unidad estatal y los fundamentos políticos del Estado.

Aun cuando de conformidad con lo anterior se tenga que aceptar el carácter político de la persecución, una solicitud de asilo puede fracasar debido a los límites que existen para la promesa de asilo contemplados en el Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental. Éstos se encuentran allá donde el solicitante del asilo ha expresado sus convicciones mediante el empleo de medios terroristas. Una forma de lucha política de esta clase no es aceptada en la República Federal Alemana, en concordancia con el ordenamiento del derecho internacional del cual ella forma parte. Las medidas de los Estados para combatir el terrorismo no configuran, por consiguiente, una persecución política cuando ellas se aplican a los terroristas activos, a los participantes en actividades sancionables penalmente o a aquellos que financian actividades de apoyo a favor de actividades terroristas sin participar en ellas. Sin embargo, en algunos casos puede existir también una persecución susceptible de asilo, en tanto que las circunstancias adicionales –por ejemplo, la especial intensidad de las medidas de

persecución— se pronuncien a favor de su aceptación (véase los precedentes BVerfGE, *ibid.*, pp. 339 y ss.).

Independiente de esto se aplica lo siguiente: queda fuera del derecho de asilo cuando, para las actividades terroristas, se busca sólo un nuevo lugar para continuar o apoyar la lucha. Por consiguiente, no podrá pretender el asilo quien en su patria ha emprendido actividades terroristas o las ha apoyado desde la República Federal Alemana en todas las formas posibles; él no busca la protección y la paz que quiere proteger el derecho de asilo. Éste tiene como idea fundamental la protección de aquellas personas que se encuentran en una situación desesperada debido a una (amenaza de) persecución política (BVerfGE 74, 51 [64]). La lucha política que amenaza la existencia o la vida debe permitir al final, a los que huyeron debido a una persecución política, encontrar nuevamente la protección de la paz estatal, que el Estado persecutor les quitó.

102. Sentencia BVerfGE 94, 49 [Traslado a un tercer Estado]

1. a) *Con la Ley para la Modificación de la Ley Fundamental del 28 de junio de 1993, el legislador creó la base para una regla general europea de la garantía de protección de los refugiados, con el objetivo de lograr una distribución de las cargas entre los países participantes en el sistema.*
 b) *El legislador es libre para modificar y reestructurar incluso los derechos fundamentales, siempre y cuando no afecte lo dispuesto en el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, y de darle criterios al Tribunal Constitucional Federal. El derecho fundamental del asilo no se encuentra dentro del contenido de la garantía del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Su contenido y las consecuencias para el poder estatal alemán, deben determinarse de manera independiente.*
2. *El Art. 16 a, párrafo 2 de la Ley Fundamental limita el ámbito de validez personal del derecho fundamental al asilo garantizado en el Art. 16 a, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Quien se traslada a un tercer Estado por motivos de seguridad, en el sentido del Art. 16 a, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, no requiere en la República Federal Alemana de la protección de la garantía del derecho fundamental consagrada en el numeral 1, porque en el tercer Estado puede encontrar la protección que requiere frente a la persecución política.*
3. *Los Estados miembros de la Comunidad Europea son, merced a la Constitución, terceros Estados seguros.*
4. a) *El hecho de que para la aplicación de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (CGR) y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), se requiera de una disposición legal en el tercer Estado, presupone que el Estado se ha adherido, y que de acuerdo con su ordenamien-*

to legal un extranjero no puede ser expulsado al presunto Estado persecutor, sin que se tenga que examinar previamente si allá lo amenaza una persecución en el sentido del Art. 33 CGR o torturas, o penas o tratos inhumanos o denigrantes en el sentido del Art. 3 CEDH.

b) Al legislador se le atribuye, en la determinación de los Estados como terceros Estados seguros, un amplio espacio de selección de los medios para su reconocimiento. La valoración del legislador debe manifestarse en forma justificable.

5. *a) El extranjero que debe ser devuelto o enviado a un tercer Estado, no puede exigir la protección de la República Federal Alemana argumentando una persecución política u otro tipo de perjuicios en su país de origen, por considerar que el tercer Estado no le ofrece suficiente seguridad, porque allá –a pesar del convencimiento normativo– no se han cumplido las obligaciones que se derivan de la Convención de Ginebra para los Refugiados ni de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por consiguiente, para el correspondiente concepto de la convicción normativa sobre la seguridad en el tercer Estado, consagrado en el Art. 16 a, párrafo 2 de la Ley Fundamental, tampoco viene a consideración la situación jurídica material, en la que el extranjero se pueda apoyar para evitar una expulsión (especialmente en los §§51, párrafos 1 y 53 AuslG).*

b) La República Federal Alemana, sin embargo, tiene que garantizar la protección, cuando los obstáculos para la expulsión, de conformidad con el §51, párrafo 1 o el §53 AuslG, se justifican mediante circunstancias que por sus características no se pueden considerar de oficio o por mandato constitucional en el marco del concepto de la convicción normativa y, por tanto, de antemano se encuentran fuera de los límites fijados para el desarrollo de un concepto de este tipo.

c) Al examen acerca de si al rechazo o al envío inmediato a un tercer Estado se le oponen excepcionalmente algunas restricciones, que el extranjero puede invocar sólo cuando entran en juego determinados hechos, que se relacionan con él, en los casos especiales que no se recogen en el concepto normativo. Esta interpretación se ha sujetado a requisitos estrictos.

6. *a) El art 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental se dirige no sólo al legislador, sino también a las autoridades administrativas y tribunales: los recursos en contra de las medidas con las que se ordena finalizar la estadía, no deben tener un efecto suspensivo; las solicitudes ante las autoridades competentes con el objeto de que la ejecución de esas medidas se suspenda provisionalmente, no deben ser procedentes.*

b) Ese efecto excluyente del Art. 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental, no va más allá de los límites que sienta el concepto de la convicción normativa.

Sentencia de la Segunda Sala, del 14 de mayo, 1996
–BvR 1938, 2315/93–

Fundamentos:

II.

La nueva reglamentación del derecho fundamental de asilo en el Art. 16 a de la Ley Fundamental no desborda los límites del Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental. El legislador que modificó la Constitución ha cumplido también con los requisitos del Art. 79, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.

1. a) El Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental prohíbe las modificaciones constitucionales, que hagan referencia a los principios consignados en los Arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental. Dentro de éstos se encuentran no sólo el principio del respeto y protección de la dignidad humana, consagrado en el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Las convicciones contenidas en el Art. 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental, sobre la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos como fundamento de la comunidad humana, la paz y la justicia tienen también importancia; en concordancia con la remisión a los demás derechos fundamentales, contenida en el Art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, y cuyas garantías se sustraen básicamente de este modo de cualquier restricción, en tanto que para conservar el orden, en la forma que lo dispone el Art. 1, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, son irrenunciables. Asimismo, se deben tener en cuenta los elementos fundamentales del principio del Estado social y del Estado de Derecho, que se expresan en el Art. 20, párrafos 1 y 3 de la Ley Fundamental. No obstante todo esto, el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental exige sin embargo, sólo que los citados principios no se toquen. Éste, por el contrario, no le impide al legislador modificar por razones de carácter material los desarrollos en el derecho positivo de esos principios (véase BVerfGE 84, 90 [120]).

b) Como toda disposición de la Constitución, el derecho fundamental de asilo también es susceptible de ser modificado por el legislador (Art. 79, párrafo 1, frase 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental). Los límites a los que se encuentra sujeto el legislador por virtud del Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, de acuerdo con el cual los principios consignados en los Arts. 1 y 20 de la Ley Fundamental no pueden ser modificados, no se viola por el hecho de que la protección de los extranjeros frente a la persecución política no se garantice mediante un derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha sostenido, respecto a la determinación del concepto de perseguido político en el Art. 16, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental –antigua versión–, que al derecho fundamental del asilo lo motiva la convicción determinada del respeto a la inviolabilidad de la dignidad humana, y que ningún Estado tiene el derecho de poner en peligro o violar la integridad corporal, la vida o la libertad personal, por motivos que se basan únicamente en una convicción política, el credo religioso o en características de las cuales no dispone (véase BVerfGE 80, 315 [333]; véase también BVer-

fGE 54, 341 [357]; 76, 143 [157 y ss.]). No se debe olvidar que el derecho fundamental de asilo forma parte del contenido de la protección del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Lo que es ese contenido de la garantía y qué consecuencias se derivan para el poder estatal alemán, se debe determinar de manera autónoma.

Si de acuerdo con lo anterior, el legislador no está impedido para derogar el derecho fundamental de asilo como tal, entonces se sigue sin más que la reglamentación del Art. 16 a de la Ley Fundamental, y que recoge la vigencia personal del derecho fundamental mediante el párrafo 2, frases 1 y 2, restringe a través del párrafo 3 el contenido procesal de la garantía, modifica la garantía de la protección legal consagrada en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental mediante el párrafo 2, frase 3 y el párrafo 4, y finalmente, crea por la vía de un acuerdo internacional, la base para una reglamentación europea de la protección del refugiado, dentro de los límites admisibles para una modificación constitucional.

c) El Art. 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental contempla una regla especial para el proceso de la terminación de la estancia luego de que se ha viajado a un tercer Estado que ofrece seguridad. De este modo se modificó el Art. 29, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Si el principio consignado en el Art. 20 de la Ley Fundamental, considera como invariable el principio del Estado de Derecho de la protección jurídica individual, que se concretiza en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 30, 1 [39 y ss.]), no es un asunto que se pueda resolver en este ámbito. El Art. 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental no se relaciona en todo caso con un principio de este tipo. Esto aplica sobre todo cuando el extranjero sin un examen previo, es enviado a un tercer Estado por una instancia de control, siempre y cuando esta medida esté precedida de una convicción normativa sobre la seguridad de que en el tercer Estado se aplicarán la Convención de Ginebra para los Refugiados y la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Al mandato del Art. 79, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, de que la modificación constitucional –aquí la modificación del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental mediante el Art. 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental– debe ser reconocible en el texto de la Ley Fundamental misma, se cumple con la adición del Art. 16 a, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental en el texto de la Constitución [...]

§ 21. DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS JURÍDICAS - ARTÍCULO 19 (3)

Artículo 19

3. Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país en tanto que, por su propia naturaleza, les sean aplicables a las mismas.

103. Sentencia BVerfGE 21, 362 [Amparo-personas jurídicas de derecho público]

1. *Los derechos fundamentales no se aplican, en principio, a las personas jurídicas del derecho público, en tanto que desempeñen funciones públicas; en esta medida no disponen del recurso de amparo.*

Sentencia de la Primera Sala, del 2 de mayo, 1967 –1 BvR 578/63–

[...] en el proceso sobre el recurso de amparo de la empresa aseguradora del estado de Westfalen.

La recurrente es [...] un establecimiento del derecho público, con capacidad jurídica, que pertenece al ámbito de la administración indirecta. Su capacidad jurídica para invocar los derechos fundamentales se rige por el Art. 19, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

De conformidad con el Art. 19, párrafo 3 de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales también tienen validez también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su esencia, les sean aplicables. El tenor de la disposición parte de una posible capacidad jurídica para invocar derechos fundamentales y, con base en ésta, examinar si en el caso concreto el derecho fundamental es aplicable a la recurrente. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Federal en el examen de la posibilidad de aplicar derechos fundamentales a una persona jurídica nacional del derecho privado en un proceso general, y ha declarado en numerosos casos la aplicabilidad de los derechos fundamentales, dentro de los que se cuentan también los derechos fundamentales que aquí se quieren hacer valer y que se encuentran consagrados en el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental y el Art. 14 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 3, 383 [390]; 4, 7 [12 y 17]).

Estos procesos y los resultados que se den allí no se pueden trasladar, sin más, a las personas jurídicas del derecho público. A pesar de que el Art. 19, párrafo 3 de la Ley Fundamental habla sólo de “personas jurídicas“, no ordena equiparar las personas jurídicas del derecho público con las personas jurídicas del derecho privado. Más aún, “la esencia de los derechos fundamentales”, que se encuentra decididamente en el contenido de la disposición, diferencia de antemano esos dos grupos.

El sistema de valores de los derechos fundamentales parte de la dignidad y la libertad del ser humano individual como persona natural. Los derechos fundamentales deben proteger, ante todo, la esfera de la libertad de los individuos frente a las intervenciones del poder estatal y en esta medida le aseguran al mismo tiempo los presupuestos para la cooperación y la colaboración en la comunidad nacional. Desde esa idea central se tiene que interpretar y aplicar el Art. 19, párrafo 3 de la Ley Fundamental. Ella justifica una vinculación de la persona jurídica en el ámbito de protección de

los derechos fundamentales sólo cuando su constitución y actividad son expresión del libre desarrollo de las personas naturales, especialmente cuando el “actuar” de los seres humanos que se encuentran detrás de las personas jurídicas aparecen como necesarias o pertinentes.

De ahí que existan dudas sobre la posibilidad de extender los derechos fundamentales a la persona jurídica del derecho público en el ámbito de la protección de las funciones públicas. Si los derechos fundamentales se refieren a la relación de los individuos con el poder público, entonces es incompatible hacer al Estado mismo portador o beneficiario de los derechos fundamentales; él no puede ser al mismo tiempo destinatario y garante de los derechos fundamentales (véase BVerfGE 15, 256 [262]).

Esto se aplica no sólo cuando el Estado aparece directamente –como poder estatal de la Federación o de un Estado–, sino también cuando él, para el cumplimiento de sus funciones, se sirve de una estructura legal autónoma.

Si los derechos fundamentales y el recurso de amparo, creado para su defensa, no son aplicables en principio a las personas jurídicas de derecho público, en tanto que cumplan funciones públicas, entonces se tendrá que aplicar otra cosa, cuando en forma excepcional la respectiva portadora de derechos se inserta directamente en el ámbito de la vida que protegen los derechos fundamentales. Por ese motivo, el Tribunal Constitucional Federal le ha reconocido a las universidades y facultades el derecho fundamental consagrado en el Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental, y ciertamente en forma independiente de su capacidad jurídica (véase BVerfGE 15, 256 [262]); en el caso de ese derecho fundamental, se infiere del tenor la extensión a aquellas instituciones a las que se les ha confiado la ciencia, la investigación y la enseñanza. Lo mismo se puede afirmar del reconocimiento de determinados derechos fundamentales a las iglesias y a otras comunidades religiosas que tienen el estatus de una corporación del derecho público.

104. Sentencia BVerfGE 31, 314 [2ª Sentencia sobre Radiodifusión]

Sentencia de la Segunda Sala, del 27 de julio, 1971 –2 BvF 1/68, 2 BvR 702/68–

[...] el Tribunal Constitucional Federal le ha reconocido a las universidades y facultades el derecho fundamental consagrado en el Art. 5, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 15, 256 [262]). Lo mismo se aplica a las emisoras de radio del derecho público. Éstas son establecimientos del Estado que defienden los derechos humanos en un ámbito en el que ellas son independientes del Estado. Con el objeto de posibilitar el desarrollo del derecho fundamental de la libertad de radio, las programaciones radiales, como independientes del Estado, son establecimientos del derecho público que se administran directamente, y que han sido creadas mediante ley; se en-

cuentran organizadas de tal modo que hacen imposible la influencia predominante del Estado sobre la programación. La expedición de tales leyes y la organización de las programaciones radiales en forma independiente del Estado, son exigidas directamente por el Art. 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 12, 205 y ss.). Con el recurso de amparo, que es admisible, las emisoras radiales pueden, por consiguiente, defenderse frente a la violación de su derecho fundamental a la libertad de radio.

§ 22. ACCESO A LA VÍA JUDICIAL - ARTÍCULO 19 (4)

Artículo 19

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.
4. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el Art. 10, párrafo 2, segunda frase.

105. Sentencia BverfGE 10, 264 [Anticipo para gastos judiciales]

Una disposición, de acuerdo con la cual en un proceso administrativo, se le exija al demandante el pago de un anticipo de las costas, con la consecuencia de que, si no lo paga, la demanda se tendrá por rechazada, es compatible con la Ley Fundamental.

Sentencia de la Primera Sala, del 12 de enero, 1960 –1 BvL 17/59–

La importancia del Art. 19, párrafo 4 se encuentra en que éste elimina la posibilidad de que el Poder Ejecutivo trate “despóticamente” al ciudadano; ningún acto del Ejecutivo, con el cual se intervengan los derechos fundamentales del ciudadano, puede ser sustraído del control constitucional posterior. La vía legal, esto es, la vía de los tribunales, no permanece abierta sin restricción alguna. El que el Art. 19, párrafo 4 le garantice al ciudadano una protección legal amplia frente al poder público, no quiere decir que todos los principios habituales del derecho procesal que dificultan legal o efectivamente el acceso a los tribunales, se encuentren fuera de la ley; la mayor parte de esos principios tienen por objeto garantizar la seguridad jurídica y el acceso ordenado a la justicia y sirven de este modo así, en todo caso, a la protección jurídica de los ciudadanos. Por consiguiente, no se debe dudar que el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental garantiza la vía legal sólo en el marco del respectivo ordenamiento procesal

vigente, que puede hacer depender la posibilidad de acudir a los tribunales del cumplimiento de determinados presupuestos formales, como por ejemplo, el cumplimiento de determinados plazos, la debida representación, etcétera (BVerfGE 9, 194 [199 y ss.]). Pero si a través de tales normas se obstaculiza la vía para acudir a los tribunales en forma no razonable e injustificable, éstas son incompatibles con el Art. 19, párrafo 4, frase 1 de la Ley Fundamental.

Por consiguiente, es de suyo admisible que el Estado establezca costos para la utilización de sus tribunales; igualmente tampoco se generan dudas sobre su constitucionalidad respecto de la actual forma del beneficio de la justicia gratuita, principalmente en la medida que tampoco se hace depender su concesión del examen de la obtención de un resultado exitoso (BVerfGE 7, 53 [55]; 9, 256 [257]).

106. Sentencia BVerfGE 24, 33 [Amparo contra actos del legislador]

3. El órgano legislativo no pertenece al “poder público” en el sentido del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

**Sentencia de la Segunda Sala de 25 de junio de 1968
en la audiencia pública de 25 de marzo de 1968
–2 BvR 25/163–**

El órgano legislativo no pertenece al “poder público” en el sentido del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley Fundamental se dio por supuesto, de conformidad con el derecho común alemán y la tradición constitucional, que el ciudadano no podía dirigirse directamente ante los tribunales en contra de una ley. Este principio se derivaba de la relación de los poderes estatales entre sí.

Si la Ley Fundamental hubiera querido separarse de esa tradición al introducir la posibilidad en el Art. 19, párrafo 4 de una demanda del ciudadano en contra de una ley sancionada por el Parlamento, por violación de sus derechos, entonces lo habría hecho de manera expresa. De conformidad con el Art. 20, párrafo 3 y el Art. 97, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la ley es la base para la decisión judicial. Si de manera excepcional debe ser objeto de ésta, deberá partir de una disposición que permita una demanda de este tipo. El Art. 19, párrafo 4 no contempla una disposición de este tipo. La revisión constitucional de las leyes se encuentra reglamentada de manera especial en el Art. 93, párrafo 1, frase 2 y Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Estas reglas deben ser vistas como concluyentes, y sin perjuicio de ellas, la garantía de la vía legal del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental tiene por objeto garantizar de manera especial la protección de los derechos de los individuos. No se puede aceptar que junto al examen de constitucionalidad, que se encuentra sujeto a determinados presupuestos, y que en el

caso de un control abstracto de las normas sólo puede ser solicitado por determinadas personas, todo ciudadano deba demandar una ley ante un tribunal ordinario afirmando que la ley viola sus derechos, y de manera especial sus derechos fundamentales. Finalmente, la decisión judicial, en el caso de una demanda dirigida de manera directa en contra de una ley, debe ser de aplicación general; el tribunal debe estar en capacidad de poder declarar, en caso dado, la nulidad de la ley. Una decisión judicial cuyo objeto es la validez de una ley no se puede limitar, por las características del mismo proceso, a una decisión *inter partes*, y contentarse con la declaración de que la ley, que conserva su vigencia, viola los derechos del demandante y no se le puede aplicar a él. El Art. 19, párrafo 4, frase 2 de la Ley Fundamental sirve, sin embargo, para la protección de los derechos individuales; de la disposición puede inferirse que al ciudadano se le ha concedido el derecho para que en caso de una violación de sus derechos, pueda obtener una decisión de un tribunal ordinario sobre la validez de una ley, en forma similar a como ocurría con el Art. 98 frase 4 de la Constitución de Baviera de 1946, que estuvo vigente durante las labores del Consejo Parlamentario, en donde sí procedía una demanda popular por virtud de una disposición constitucional.

107. Sentencia BVerfGE 35, 382 [Expulsión de un extranjero]

1. *El § 10, párrafo 1 de la Ley de Extranjería no viola el principio del Estado de Derecho.*
2. *La protección jurídica garantizada en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental se aplica plenamente a los extranjeros.*
3. *En lo que respecta a la garantía de la protección jurídica de la Ley Fundamental, los requisitos para la ejecución inmediata de una orden de expulsión, por interés público, no pueden ser menos estrictos que los requisitos que sirven para motivar la expulsión misma; más aún, debe existir un interés público especial en que se lleve a cabo una ejecución inmediata.*
4. *En el caso de la ponderación ordenada entre el interés público por una ejecución inmediata y el interés privado del extranjero de permanecer por más tiempo en el país, se debe tener en cuenta también que la ejecución inmediata de una orden de expulsión del extranjero, puede obstaculizar su persecución en el proceso principal.*
5. *Si mediante la ejecución inmediata de las expulsiones se dan los presupuestos para su revisión judicial, entonces existe para las autoridades y los tribunales administrativos el deber de acelerar el proceso principal. De lo contrario, la orden justificada de una expulsión inmediata, puede también ser inconstitucional.*

6. *El Art. 6, párrafo 1 en concordancia con el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental dispone que el interés público en la ejecución inmediata de una orden de expulsión debe tener en cuenta también el interés del cónyuge alemán.*

Sentencia de la Primera Salam, del 18 de julio, 1973

–1 BvR 23, 155/73–

Los recursos de amparo, que se encuentran para decisión conjunta, se relacionan con la protección del derecho fundamental de los extranjeros en el caso de la ejecución inmediata de una orden de expulsión y su examen en procesos con base en el §80, párrafo 3 VwGO.

Los recurrentes son estudiantes árabes; su expulsión se encuentra en el contexto de las medidas administrativas en contra de las organizaciones árabes y palestinas, que se produjeron por el atentado cometido por terroristas palestinos en contra del equipo olímpico israelí el 4/5 de septiembre en Múnich.

Los recursos de amparo se encuentran fundados.

Las sentencias impugnadas violan los derechos fundamentales de los recurrentes consagrados en el Art. 2, párrafo 1 en concordancia con el principio del Estado de Derecho y el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, en el caso del recurrente 2), también su derecho fundamental contemplado en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

I.

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, previsto en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, como derecho humano de carácter general, se le ha atribuido también a los extranjeros en la República Federal Alemana. La delimitación del derecho fundamental a la libertad de fijar domicilio y residencia sólo a los alemanes, y al territorio federal (Art. 11 de la Ley Fundamental) no excluye la aplicación del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental también a la permanencia de personas extranjeras en la República Federal Alemana (véase BVerfGE 6, 32 [36]). La protección que se deriva de allí, sin embargo, se garantiza sólo mediante el marco del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y en especial, sólo con las restricciones del orden constitucional; al orden constitucional pertenece toda norma legal que formal y materialmente se encuentra en consonancia con la Constitución (BVerfGE 6, 32 [37 y ss.]; véase también las BVerfGE 10, 89 [99]; 21, 54 [59]). El legislador, por consiguiente, es competente para reglamentar la permanencia y la expulsión de extranjeros.

II.

1. En el caso de reglamentaciones de este tipo, el legislador debe, por supuesto, tener en cuenta el principio del Estado de Derecho (véase BVerfGE 17, 306 [313 y ss.]; 19, 342 [348 y ss.]). Ese principio exige que para poder gravar a un particular con una intervención soberana, debe existir un fundamento legal suficientemente claro y éste debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Si todas las disposiciones de la Ley de Extranjería satisfacen estos requisitos, no se tiene que decidir aquí. Las dispo-

siciones en las cuales se apoyan las órdenes de expulsión impugnadas y las resoluciones para su ejecución inmediata, no se objetan desde este punto de vista. Esto se aplica, contrariamente a la opinión del recurrente, también al §10, párrafo 1, frase 1 AuslG. Como lo ha expresado el gobierno federal, se debe examinar suficientemente el contenido y la finalidad de esa disposición, y en especial la interpretación del indeterminado concepto jurídico del “considerable interés de la República Federal Alemana”, respecto de la enumeración de los motivos que sirven de fundamento a la expulsión y que se encuentran contenidos en el §10, párrafo 1 AuslG [...]

2. Dado que los presupuestos de hecho de los numerales individuales del §10 num.1 AuslG no prescriben obligatoriamente la expulsión, sino que esta decisión debe provenir del análisis que hacen las autoridades administrativas, las disposiciones legales que deben aplicar las autoridades, como lo subraya el gobierno federal, dejan suficiente espacio para tener en cuenta la aplicación en los casos en particular del principio de proporcionalidad, el que se encuentra influido de manera especial por el principio del Estado de Derecho (BVerfGE 17, 306 [314]). De acuerdo con este principio, dotado de rango constitucional (jurisprudencia reiterada, véase BVerfGE 19, 342 [348 y ss.]; 23, 127 [133] con más referencias), las intervenciones en la esfera de la libertad son admisibles sólo cuando, y en la medida que, sean indispensables para la protección de los intereses públicos; los medios elegidos deben estar relacionados, en forma razonable, con los resultados que se esperan. Por consiguiente, para la aplicación de los supuestos de hecho contemplados en el §10, párrafo 1 AuslG, se tiene que ponderar el interés público, protegido en las respectivas disposiciones, frente a los intereses privados de los respectivos extranjeros, esto es, por ejemplo, frente a las consecuencias de la expulsión para su existencia económica, profesional y personal, especialmente para la esposa que no puede o no quiere seguir a su cónyuge al extranjero, así como para otro tipo de vínculos sociales.

III.

La exigencia general, que se origina en el principio del Estado de Derecho, de una protección jurídica adecuada frente a las violaciones del derecho por parte del poder público, se cumple con base en la norma constitucional positiva consagrada en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Ésta se aplica de manera plena también a los extranjeros.

1. La protección jurisdiccional, garantizada aquí en forma amplia y efectiva (véase BVerfGE 10, 264 [267]; 25, 352 [365]; 35, 263 [274]) se torna ilusoria cuando las autoridades administrativas ejecutan medidas irreparables, cuya legalidad la tienen que examinar los tribunales. El efecto suspensivo del recurso y la demanda ante el tribunal administrativo, previsto en el §80, párrafo 1 VwGO, es una expresión adecuada de las garantías de la protección jurídica constitucional y “un principio fundamental del proceso legal público” (BVerfGE 35, 263 [272]). De otra parte, el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental no garantiza necesariamente el efecto suspensivo de los recursos en el proceso administrativo (véase BVerfGE 11, 232 [233]; 35, 263 [274]). Los intereses

públicos prevalentes pueden justificar el que no se garantice la pretensión del derechohabiente a una protección jurídica, para aplicar medidas no susceptibles de ser suspendidas, en interés del bienestar general. Éstas, sin embargo, deben ser la excepción. Una práctica administrativa que invierta la relación regla-excepción, por ejemplo, en la que se declare que los actos administrativos de carácter general se ejecuten de inmediato, así como la sentencia que apruebe una práctica de este tipo, serían incompatibles con la Constitución.

Para la ejecución inmediata de un acto administrativo se requiere por tanto de un interés público especial, que vaya más allá de todo interés, que el acto administrativo mismo justifica. En realidad no se puede determinar en forma general, sino particular, cuándo la pretensión del particular a una protección jurídica debe retroceder en forma excepcional frente al interés público, y cuándo el Ejecutivo se encuentra impedido por virtud del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, para adelantarse al examen jurisdiccional de sus medidas. De la finalidad de la garantía de la protección jurídica y del principio constitucional de la proporcionalidad se origina, por lo menos, el que la pretensión del ciudadano a la protección jurídica sea tan fuerte y tan relevante, como importante sea la carga a la que se le somete, y entre más definitivos sean los efectos de las medidas de la administración.

2. La motivación de las sentencias impugnadas no dejan ver que los tribunales administrativos hayan cumplido con su deber en la extensión expresada [...]

[...] en lo que respecta a la garantía constitucional de la protección jurídica, el requisito del interés público para la ejecución inmediata, no puede ser menos estricto que los requisitos que sirven de fundamento a la decisión de expulsión misma; más aún, para la ejecución inmediata se requiere de un interés público.

Debe existir la sospecha fundada de que el peligro, que parte del extranjero y que se pretende contrarrestar con la expulsión, se puede realizar en el tiempo que transcurre hasta obtener una decisión judicial sobre la legalidad de la orden de expulsión; la sospecha general de un menoscabo considerable de los intereses de la República Federal no son suficientes para la expulsión.

3. Las decisiones impugnadas no se pueden sustraer tampoco del hecho de que los perjuicios graves e irreparables que se dan para los extranjeros con la ejecución inmediata de la orden de expulsión, en casos como el actual, lo perjudican en la defensa de sus derechos y, de manera especial, lo limitan en la posibilidad de proteger en el proceso principal sus derechos procesales en la audiencia pública ante el tribunal administrativo.

IV.

Finalmente, las decisiones impugnadas en el caso del recurrente 2), quien se encuentra casado con una ciudadana alemana, no garantizan suficientemente el ámbito de protección del derecho fundamental, del que gozan ambos cónyuges y que se encuentra consagrado en el Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental. El Tribunal Administrativo ha reconocido, ciertamente, que el cónyuge del recurrente fue sometido a cargas espe-

cialmente gravosas mediante la orden de expulsión inmediata; sin embargo, parte sin mayor fundamentación de que la cónyuge, sin tener en cuenta sus vínculos, puede seguir al recurrente al extranjero antes de que éste haya obtenido una decisión definitiva sobre su permanencia en la República Federal. Ésta no corresponde a la actual opinión sobre el significado de la garantía constitucional del Art. 6, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que en concordancia con el Art. 3, párrafo 2 de la Ley Fundamental, garantiza la protección de la pareja como una comunidad de socios con iguales derechos [...] La expulsión del cónyuge extranjero, obliga al cónyuge alemán a abandonar su patria para poder permanecer junto a su pareja, o a adoptar una separación de la comunidad marital, para permanecer en su país. Esa presión puede poner en peligro el respectivo matrimonio. De esto no se sigue el que un matrimonio con un cónyuge alemán proteja directamente al ciudadano extranjero de una expulsión. Sin embargo, para la ponderación obligatoria de los propios intereses del cónyuge alemán, se debe contraponer de oficio el interés público por una ejecución inmediata.

108. Sentencia BVerfGE 37, 150 [Ejecución penal inmediata]

2. No se contraviene el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental cuando el legislador, en el ámbito del proceso penal y de la ejecución de la pena, se prevé la ejecución inmediata como regla, y la suspensión de la ejecución como excepción. Sin embargo, se debe garantizar que el implicado pueda pretender un pronunciamiento jurisdiccional inmediato sobre si, en el caso en concreto, prevalece el interés público en la ejecución inmediata o el interés del particular en la suspensión de la ejecución hasta que se establezca la legalidad de la medida.

Sentencia de la Segunda Sala, del 24 de abril, 1974 de conformidad con el § 24 BVerfGG –BvR 236, 245, 308/74–

El Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir ante los tribunales, sino que le otorga al ciudadano el derecho a un control jurisdiccional efectivo. De esa garantía fundamental se sigue igualmente el mandato constitucional de impedir, en la medida de lo posible, que mediante la ejecución inmediata de una medida soberana de la envergadura, por ejemplo de una pena de arresto, se puedan dar hechos que aun cuando puedan ser considerados por el juez como violatorios de la ley, no pueden retrocederse (BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [40 y ss.]).

No existe violación del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental cuando el legislador, en el ámbito del proceso penal y de la ejecución de la pena –al contrario de lo que

ocurre con la reglamentación vigente sobre la impugnación de los actos administrativos en el proceso administrativo (§80 VwGO)—, ha contemplado la ejecución inmediata como regla, y la suspensión de la ejecución como excepción, porque considera fundamental la ejecución inmediata de las medidas ordenadas por razón de la prevalencia del interés público. Sin embargo, se debe garantizar que el implicado pueda pretender un pronunciamiento jurisdiccional inmediato sobre si, en el caso en concreto, prevalece el interés público en la ejecución inmediata o el interés del particular en la suspensión de la ejecución hasta que se establezca la legalidad de la medida. Para el caso de esa ponderación la pretensión del ciudadano de una protección jurídica tendrá mayor peso, entre más gravosas sean las cargas y menos susceptibles de modificación sean las medidas del Ejecutivo (BVerfGE 35, 382 [402]).

109. Sentencia BVerfGE 84, 34 [Control judicial del examen profesional]

- 1. De conformidad con el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental los procesos relacionados al ejercicio de la profesión deben estructurarse de modo tal que el derecho fundamental de la libertad profesional sea protegido de manera efectiva. Quien haya sido examinado debe tener, por consiguiente, el derecho de alegar efectivamente en contra de las notas definitivas. Por el contrario, no se ordena la apertura de una segunda instancia administrativa con el objeto de llevar a cabo una nueva evaluación del examen que se encuentra en discusión.*
- 2. La jurisprudencia del tribunal administrativo sobre el ámbito de valoración de las autoridades administrativas, es compatible con el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental sólo en la medida que se trate de una valoración específica del examen. Por el contrario, las diferencias de opinión entre el examinador y el examinado, no se encuentran sustraídas de manera general del control jurisdiccional.*
- 3. Del Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental se deriva el principio general de valoración de los exámenes relacionados con aspectos profesionales, que establece que una solución justificada y fundada en argumentos de peso, no puede ser valorada como falsa.*

Sentencia de la Primera Sala, del 17 de abril, 1991

–1 BvR 419/81 y 213/83–

El recurrente se dirige en contra de una decisión sobre la calificación de un examen que él considera errada. Él impugna especialmente, el que ésta se hubiera examinado en forma limitada tanto para la contestación de los recursos interpuestos en su contra, como durante el proceso ante el Tribunal Administrativo.

[...] la decisión administrativa se relaciona con la aplicación de determinados conceptos jurídicos, de modo tal que su concreción es asunto de los tribunales, quienes tienen que revisar sin límite alguno la aplicación de los reglamentos que expiden las autoridades administrativas; las reglas sobre el control ilimitado del análisis de la administración, no se aplican a la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (véase BVerfGE 7, 129 [154]; 64, 261 [279]).

Los conceptos jurídicos indeterminados, debido a su alta complejidad o a la especial dinámica de la materia reglamentada pueden ser muy vagos y su concreción en las decisiones administrativas puede ser tan difícil que bloquee el control jurisdiccional en el límite de las funciones del órgano jurisdiccional. Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas cuentan en tales casos, sin violar el principio del Estado de Derecho, con un espacio de decisión limitado (véase BVerfGE 54, 173 [197]; 61, 82 [114]; 83, 130 [148]; SchmidtAßmann en Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, Art. 19, párrafo 4, con otras anotaciones). Esta cuestión no requiere, sin embargo, de una aclaración amplia. Para la valoración de los exámenes para poder ejercer una profesión, como lo constituyen el objeto de las sentencias impugnadas, se aplican en todo caso algunas particularidades.

2. Los exámenes del Estado, que limitan el acceso al ejercicio de las profesiones académicas, exigen una difícil valoración, que se lleva a cabo considerando la igualdad de oportunidades de todos los candidatos a ejercer una profesión (Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental), en el contexto total del proceso de examen, y que no se pueden llevar a cabo en un proceso contencioso administrativo aislado (a). De ahí se deriva el que los espacios cuenten con un espacio de valoración (b). Éste se limita, sin embargo, a la valoración específica del examen, y no se extiende a las preguntas especializadas, que constituyen el objeto del examen (c).

a) La valoración del desempeño en un examen de admisión específico es una decisión legal del examinador. Ésa es admisible, como intervención en la libertad de elegir una profesión consagrada en el Art. 12, párrafo 1 de la Ley Fundamental, con base en una ley y en el marco de la proporcionalidad [...].

A pesar de ese gran significado práctico y la relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales que tiene la decisión sobre el examen, los criterios de valoración se encuentran insuficientemente determinados. La forma en que se determinan las labores se encuentran en todos los ordenamientos sobre formación judicial en amplios campos temáticos. La escala de notas prevista se mueve entre “insuficiente” y “muy bien” –ordenadas en escalas intermedias mediante puntos– sin que se definan en sentido estricto, sino sólo de una manera bastante general [...]

El poder direccionador de ese procedimiento legal es limitado.

Se puede añadir que los examinadores, al hacer un juicio valorativo, deben partir de los conocimientos y experiencias que han desarrollado y han aplicado generalmente a lo largo de su práctica con exámenes similares. La definición de notas del reglamento de exámenes exige inclusive, de manera expresa, que éstas se agrupen en un prome-

dio del desempeño. Pero también el límite, así como el criterio para señalar que una persona ha tenido un desempeño insuficiente en el examen, no se puede determinar en forma rígida y sin mirar el promedio de los resultados [...]

De ahí se sigue que las notas de examen no se pueden ver aisladamente, sino que se tienen que encontrar en un sistema de asignación, que se ve influenciado por la experiencia personal y las concepciones ideológicas del examinador. En el proceso ante el Tribunal Administrativo, un candidato en particular no puede poner de manifiesto –aun con ayuda de un perito– los criterios de valoración, que se utilizaron para evaluar a la totalidad de los examinados, para emplearlos en un bosquejo que reconstruye la situación del examen. Se deben desarrollar criterios de valoración propios y colocarse en el lugar de los examinadores.

b) En este caso se trata no sólo de una dificultad práctica para la aplicación del derecho, sino de un problema constitucional. De conformidad con el principio de la igualdad de oportunidades, que predomina en lo que hace relación a los exámenes (BVerfGE 37, 342 [352 y ss.]; 79, 212 [218]), deben aplicarse a las personas que van a ser examinadas, en la medida de lo posible, condiciones de examen y criterios de evaluación similares. Con ese principio sería incompatible el que un candidato, a través de un proceso administrativo tenga la oportunidad de una evaluación independiente. La evaluación igualitaria de todos los candidatos que se encuentren en condiciones similares, se vería menoscabada en forma grave. Ésta es posible sólo cuando las autoridades encargadas del examen, en el caso de una evaluación específica, conservan un espacio de decisión, el cual se somete al control jurisdiccional [...]

c) Los límites del espacio para la evaluación del examen se originan en su legitimación constitucional. Ellos determinan al mismo tiempo la extensión del control que ejercen los tribunales administrativos, y que ordena el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Sólo las evaluaciones específicas del examen –vinculadas indisolublemente de muchas maneras a las sentencias especializadas– mantienen la competencia que se les ha dado a las autoridades encargadas de aplicar el examen, para decidir definitivamente. Pero la respuesta a esta clase de preguntas valorativas, tampoco se encuentra sustraída a todo control. El espacio de evaluación tiene límites, cuyo cumplimiento puede ser controlado judicialmente de conformidad con lo dispuesto en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. El control que le queda a los tribunales, en el caso de los exámenes relacionados con el ejercicio de una profesión, debe ser idóneo y adecuado para la protección efectiva de la libertad de ejercer una profesión (véase BVerfGE 60, 253 [269]).

De conformidad con la jurisprudencia de los tribunales administrativos, que siguen también la posición consignada en las sentencias impugnadas, se transgrede el espacio de valoración y se hace necesaria una corrección jurisdiccional, cuando las autoridades encargadas de aplicar los exámenes cometen errores procedimentales, desconocen el derecho aplicable, parten de unas circunstancias de hecho inciertas, violan los criterios de valoración generales o se dejan orientar por consideraciones que no proceden [...]

De este modo no se puede dar un principio de valoración aplicable de manera general,

en el que se prohíba valorar las opiniones correctas como falsas o las justificadas como injustificadas (BVerwG, Buchholz 421, *op. cit.*, núm. 121, p. 195; Seebass, *op. cit.*, p. 527). El control arbitrario, que aún resta, se limita a los casos extremos, en los cuales es posible una valoración sin tener que entrar en consideraciones de carácter específico. Sólo cuando la evaluación se relaciona con “una valoración errónea de un punto de vista científico especializado, de modo tal que se encuentra por fuera de los marcos de lo razonable”, y “que el juez tenga que considerar su resultado como insostenible”, se transgreden los límites de lo arbitrario (BVerwG, Buchholz 421, párrafo 121, p. 195).

Un retroceso tan amplio del control jurisdiccional es en todo caso incompatible con el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, cuando se trata de exámenes que limitan el acceso al ejercicio de una profesión [...]

Se tiene que suponer que existe una valoración errónea arbitraria cuando los peritos la consideran como insostenible. Esto lo puede valorar un tribunal, por lo general, sólo mediante un peritaje, pero las simples dificultades prácticas no son por sí mismas un motivo suficiente para limitar la protección jurídica garantizada en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

110. Sentencia BVerfGE 104, 220 [Detención para efectos de extradición]

La pérdida de libertad a consecuencia de una detención (aquí: detención para efectos de extradición) constituye un indicio de la existencia de un *interés de rehabilitación* [de la buena fama] de la persona afectada. Tal interés se encuentra protegido por el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental, el cual garantiza el derecho de los particulares a que los actos de autoridad —que vulneren derechos de los particulares— puedan ser sometidos al control jurisdiccional. Este derecho subsiste aun cuando el acto de autoridad se haya consumado. El otorgamiento de protección jurídica no puede depender de la manera concreta en que se desarrolla el proceso, como tampoco depende del momento en el que se llevó a cabo el acto ni de la circunstancia de que la protección jurídica habitualmente puede ser obtenida antes de que concluya la detención (complementación de la sentencia BVerfGE 96, 27).

Resolución de la Segunda Sala, del 5 de diciembre, 2001 –2 BvR 527/99, 2 BvR 1337/00, 2 BvR 1777/00–

Fundamentos de la resolución:

A.

Los recursos de amparo, acumulados a fin de emitir una resolución conjunta, se refieren a la pregunta de determinar si la Constitución ordena que una persona afectada por una detención con efectos de extradición conserve disponibles los recursos jurídicos

de la queja inmediata (*sofortige Beschwerde*) o la queja adicional “inmediata” (*sofortige weitere Beschwerde*),⁶⁶ aun cuando la detención haya cesado ya (es decir, para los casos de “rebasamiento procesal”)...

C.

Los recursos de amparo son fundados.

I.

1. El Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental contiene el derecho fundamental de obtener la protección jurídica más completa posible por parte de los tribunales, en contra de actos del poder público (cf. BVerfGE 8, 274 [326]; 67, 43 [58]; 96,27 [39]; jurisprudencia reiterada). La efectividad de la protección jurídica, contemplada por el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental ha de ser garantizada, en primera línea, por los códigos (u ordenanzas) procesales, los cuales adoptan disposiciones por las que el particular puede hacer cumplir sus derechos también en forma efectiva; de este modo, las consecuencias de las injerencias estatales que deben soportar los particulares se encuentran por regla general sujetas al control jurisdiccional (cf. BVerfGE 94, 166 [213]; 96, 27 [39]). El Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental no exige que deban agotarse siempre todas las instancias (cf. BVerfGE 49, 329 [343]; 83,24 [31]; 87, 48 [61]; 92, 365 [410]; 96, 27 [39]; stRspr). Sin embargo, cuando el derecho procesal contempla una instancia adicional, entonces el Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental garantiza la efectividad de esta protección jurídica, en el sentido de conceder un derecho subjetivo a obtener un control jurisdiccional eficaz (cf. BVerfGE 40, 272 [274 s.]; 54, 94 [96 s.]; 65, 76 [90]; 96, 27 [39]; jurisprudencia reiterada). Por tanto, el tribunal encargado de resolver un recurso judicial no puede hacer inefectivo el recurso jurídico previsto por el código procesal correspondiente y permitir que el quejoso se vaya “con las manos vacías” (cf. BVerfGE 78, 88 [98 s.]; 96, 27 [39]).

2. Hacer depender un recurso jurídico de la existencia y subsistencia de un interés jurídico resulta compatible con el mandato de otorgar protección jurídica efectiva (cf. BVerfGE 96, 27 [39]), según el principio jurídico generalmente reconocido de que toda resolución judicial dictada a petición de parte presupone la existencia de un interés jurídico (cf. BVerfGE 61, 126 [135]). Este presupuesto, común a todos los códigos procesales, es necesario para poder resolver el fondo de un asunto, y se deriva del prin-

⁶⁶ El Código Procesal Penal prevé el recurso de queja (*Beschwerde*), que puede ser interpuesto en contra de autos y resoluciones del tribunal penal, excepto en contra de una sentencia, en cuyo caso deberá interponerse apelación (*Berufung*) o revisión (*Revision*). Se distinguen tres tipos de queja: a) queja simple (*einfache Beschwerde*): no se encuentra sujeta a plazo alguno y puede ser resuelta por la misma autoridad que emitió el acto; b) queja inmediata (*sofortige Beschwerde*): prevista para casos excepcionales en que, en opinión del legislador, debe obtenerse una resolución rápida y definitiva, por lo que debe ser interpuesta en un plazo máximo de una semana y debe resolverse por un tribunal superior. c) En principio, la sentencia por la que se resuelve una queja no admite recurso posterior alguno, a menos que el acto inicialmente impugnado sea una detención; en este caso, procede la queja adicional “inmediata” (*sofortige weitere Beschwerde*). [N. del t.]

cipio de buena fe (*Treu und Glauben*)—el cual tiene también validez en derecho procesal (§ 242 BGB)—, de la prohibición del abuso de derecho en material procesal, así como del principio de “eficiencia de la actividad estatal”, válido también para los tribunales. Cuando la persona que solicita la protección jurídica se encuentra sujeta a una afectación presente y el recurso jurídico le permite alcanzar un fin concreto y práctico, debe considerarse la existencia de un interés jurídico. Por tanto, los tribunales especializados válidamente pueden sostener—una vez tramitado un asunto o habiéndose agotado la materia objeto de un procedimiento— que el interés jurídico ha desaparecido. El Art. 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental no debe entenderse en el sentido de una garantía general de invocar a los tribunales para simplemente “obtener información” sobre una situación jurídica, cuando ésta se haya consumado y ello no pueda producir efecto práctico alguno. Lo anterior sirve también para descargar de trabajo a los tribunales, pues de este modo pueden avocarse a otorgar protección jurídica en forma más rápida y eficiente para atender los demás asuntos en general.

3. a) Sin embargo, la necesidad de contar con una resolución judicial puede subsistir incluso si el objetivo original de protección jurídica ha sido desahogado, cuando las personas afectadas tengan un interés—que sea especialmente digno de protección— de conocer con certeza su situación jurídica. En este sentido, no desaparece el interés jurídico, sino que únicamente se modifica el “objeto” procesal. En general se reconoce que el interés jurídico subsiste cuando un procedimiento judicial puede servir para hacer frente al peligro de repetición, así como cuando la violación de un derecho persiste, aun cuando el acto de injerencia que le dio origen haya concluido (cf. BVerfGE 96, 27 [40]).

b) Además de los casos arriba señalados, debe considerarse que el interés jurídico subsiste—a pesar de haberse concluido un asunto— en casos de violaciones graves a los derechos fundamentales. Bajo este rubro caen principalmente aquellas violaciones que la misma Ley Fundamental ha reservado a la actividad judicial, como sucede en los casos del Art. 13, párrafo 2 y del Art. 104, párrafos 2 y 3 (cf. BVerfGE 96, 27 [40]). Tratándose de este tipo de injerencias graves en los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha considerado la existencia de un interés jurídico—protegido por Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental— en casos en los que existe una carga directa ocasionada por el acto de autoridad impugnado, y dicha afectación—considerando el desarrollo habitual del procedimiento— se limita a un periodo de tiempo en el cual, según lo previsto por el Código de Procedimientos, la persona afectada no puede obtener una sentencia judicial, atendiendo al estado procesal que guarda la instancia respectiva. Esta sala ha considerado que lo anterior se cumple en los casos de una inspección domiciliar derivada de una orden de cateo (cf. BVerfGE 96, 27 [40]).

c) En el ámbito de una detención con fines de extradición debe considerarse la existencia de un interés jurídico, a pesar de que exista “rebasamiento procesal”, por ejemplo, en los casos de órdenes de aprehensión en los que la duración máxima de la detención se limite o deba limitarse a seis semanas [...]

4. a) El derecho de la libertad personal tiene –dentro de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente– un rango especialmente elevado. Toda aprehensión constituye una severa injerencia en este derecho. Por tanto, el particular conserva un interés legítimo a que se determine la legalidad de la detención, el cual es digno de protección incluso después de haber cesado la injerencia.

Como se ha señalado, los particulares pueden tener un interés –jurídicamente protegido por el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental– a que se analice (incluso con posterioridad) la legalidad de un acto de autoridad; debe añadirse que, como ha sido reconocido ampliamente, dicho interés puede derivar también del carácter discriminatorio que haya podido tener la medida impugnada [...]

La pérdida de libertad a consecuencia de una detención constituye *per se* un indicio de la existencia de un *interés de rehabilitación* [de la buena fama] de la persona afectada. Las injerencias a la libertad de movimiento físico, con las que el Estado reacciona frente a conductas antijurídicas de los individuos (ya sea que se haya comprobado la ilicitud de la conducta, que se trate de una sospecha fundada o de comisión inminente), inciden en el núcleo de los derechos de la personalidad del afectado, incluso cuando dichas injerencias no se encuentren asociadas a un juicio de valor (es decir, aun cuando no conlleven en sí mismas una valoración sobre la conducta antijurídica de los implicados).

b) Con lo dicho anteriormente, se sostiene que en los recursos de amparo que dan origen a la presente resolución existe una necesidad de protección jurídica en términos de la garantía del debido proceso legal contemplada por el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. La orden de aprehensión emitida con el objeto de asegurar la extradición constituye una injerencia seria en el derecho fundamental contenido en el Art. 2 párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental; sin embargo, tal medida resulta necesaria, como se desprende de las razones que motivan la detención de un extranjero, enumeradas en el § 57, párrafo 2 AuslG. De otro modo, es decir, de no realizarse la detención, el extranjero podría previsiblemente dificultar sustancialmente o impedir su extradición, o haría lo posible por desaparecer. Una resolución judicial que ordena la detención de un extranjero lleva implícita la afirmación de que el extranjero afectado se ha comportado en forma contraria a la ley o que amenaza con comportarse en dicha forma, de modo tal que se justifica su detención. La orden de aprehensión, por tanto, es idónea para afectar la buena fama pública de la que goza el extranjero. El otorgamiento de protección jurídica –con miras al interés de rehabilitación que surge en casos de privación de la libertad– no puede depender de la manera concreta en que se desarrolla el proceso, del momento en el que se desahoga la diligencia, ni tampoco de la circunstancia de que, en los casos de detención con fines de extradición, la protección jurídica habitualmente pueda ser obtenida antes de que concluya la detención.

5. Si, con base en lo anterior, existe en los casos de privación de la libertad mediante aprehensión para efectos de asegurar la extradición de una persona, un interés digno de ser tutelado jurídicamente que se determine (con posterioridad) a la legalidad

de la detención –incluso después de que ésta haya concluido–, en tales casos los tribunales especializados deberán tomar en cuenta esta situación al momento de responder la pregunta sobre la existencia de un interés jurídico digno de protección conforme al Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental. Tomando en consideración la distribución de funciones entre los tribunales especializados y la jurisdicción constitucional, la obligación de proteger y hacer cumplir los derechos fundamentales es responsabilidad, en primer lugar, de los tribunales especializados (cf. BVerfGE 47, 182 [191]; 49, 252 [258]; 63, 77 [79]; 73, 322 [327]; 96, 27 [40]; jurisprudencia reiterada).

Si un quejoso se encuentra afectado severamente en el ámbito de protección de sus derechos fundamentales de libertad por virtud de una orden de aprehensión, los tribunales no pueden contentarse con señalarle que deberá esperar al recurso de amparo para –y que sólo de este modo podrá– obtener la protección de sus derechos fundamentales, cuando el derecho procesal ponga a disposición de los particulares una instancia adicional [...]

2. Las resoluciones del tribunal de primera instancia de la ciudad de Oldenburg y de los tribunales de alzada, por medio de las cuales fueron rechazados los recursos de queja (*Beschwerde*) y el de queja inmediata (*sofortige Beschwerde*) del recurrente en contra de las órdenes judiciales de aprehensión con fines de extradición, por considerar que los actos impugnados habían sido “rebasados” procesalmente, constituyen una violación del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental [...]

Tercera parte - Principios estructurales del Estado

Artículo 20

1. La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social.
2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos especiales de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
3. El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial están sometidos a la ley y el derecho.
4. A falta de otro recurso, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia frente a cualquiera que trate de derribar el orden constitucional.

§ 23. PRINCIPIO DE ESTADO FEDERAL - ARTÍCULO 20 (1) DE LA LEY FUNDAMENTAL

111. Sentencia BVerfGE 12, 205 [1ª Sentencia sobre Radiodifusión]

Sentencia de la Segunda Sala, del 28 de febrero, 1961
–2 BvG 1, 2/60–

Acerca de la pregunta relativa a si el gobierno federal con la creación de la empresa Deutschland-Fernsehen GmbH,¹ el 25 de julio de 1960, y la expedición de algunas medidas en el campo de la televisión, viola el Art. 5 y el Art. 30, en relación con el Art. 87, párrafo 3 de la Ley Fundamental, así como el deber de mantener un comportamiento leal.

¹ *Televisión alemana.*

El 25 de julio de 1960, la República Federal Alemana, representada por el canciller federal y el ministro federal Schäffer, creó la empresa Deutschland-Fernsehen-GmbH (sociedad) con asiento en Köln.

La función de la sociedad es la “presentación de programas de radio y televisión, que tienen por objeto transmitir una imagen completa de Alemania en las emisoras alemanas y del extranjero” (§2 de los estatutos).

En el Estado federal alemán la totalidad de las relaciones constitucionales entre la Federación y sus Estados, así como las relaciones entre los estados, deben regirse por el principio constitucional –no escrito– del deber recíproco de la Federación y los estados de un comportamiento leal (véase Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, en honor de Otto Mayer, 1916, pp. 247 y ss.). El Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado sobre este punto una serie de deberes legales concretos. En relación con las consideraciones sobre la constitucionalidad de los equilibrios financieros horizontales, expresó lo siguiente: “El principio del Estado federal fundamenta su esencia no sólo con base en derechos, sino también en deberes. Uno de estos deberes consiste en que los estados más fuertes financieramente, deban ayudar dentro de ciertos límites a los estados más débiles” (BVerfGE 1, 117 [131]). El principio constitucional puede justificar, además, en casos en los que la ley exige un entendimiento entre la Federación y los estados, un creciente deber de colaboración de todos los participantes, y llevar de este modo a que se tenga en cuenta la oposición de uno de los participantes frente a un entendimiento simultáneo (BVerfGE 1, 299 [315 y ss.]). Ese límite legal se evidencia más en la idea de la lealtad federal para el ejercicio de las competencias legislativas: “si los efectos de una reglamentación legal no se limitan al ámbito del Estado, entonces el legislador estatal deberá tener en cuenta los intereses de la Federación y de los estados” (BVerfGE 4, 115 [140]). Del principio constitucional del deber de un comportamiento leal se origina el deber de los estados de acatar los acuerdos internacionales celebrados por la Federación (BVerfGE 6, 309 [328, 261 y ss.]). Bajo ciertas circunstancias, y atendiendo al deber de la lealtad, los estados están obligados, por vía de la vigilancia que ejercen sobre los municipios, a proceder en contra de ellos cuando a través de una medida intervienen en un campo que es de la exclusiva competencia de la Federación (BVerfGE 8, 122 [138 y ss.]). Para la garantía de las competencias de la federación en el campo de la radio, como se expresó anteriormente (véase I 4 d y D II 7 b), el principio de la lealtad federal, también es de fundamental importancia.

La jurisprudencia existente hasta ahora, yendo más allá de los deberes constitucionales normados de manera expresa en la Constitución federal, ha desarrollado con base en ese principio concreto, deberes adicionales para los estados respecto de la Federación y deberes adicionales de la Federación respecto de los estados, como también restricciones concretas en el ejercicio de las competencias que la Ley Fundamental le ha asignado a la Federación y a los estados.

El presente caso ha dado ocasión para desarrollar más ampliamente el principio constitucional del deber de un comportamiento leal con la Federación: el proceder y

estilo de las negociaciones que se requieren entre la Federación y sus partes y entre los estados en la vida constitucional, se encuentran bajo el mandato de la lealtad federal. En la República Federal Alemana todos los estados tienen el mismo estatus constitucional; son estados que tienen los mismos derechos en lo que respecta a su relación con la Federación. Se trata de una cuestión de la vida constitucional, en la que todos los estados se encuentran interesados y participan, donde para lograr un acuerdo relevante constitucionalmente, el deber de lealtad federal le impide a la Federación aplicar el principio *divide et impera*, o en otras palabras, le prohíbe partir de las divisiones existentes para tratar de encontrar un acuerdo sólo con algunos, y obligar a los otros a adherirse.

Este principio prohíbe también que el gobierno federal, en el caso de negociaciones en las que todos los estados se encuentran incluidos, trate en forma diferente a cada estado dependiendo de su orientación política, especialmente que las consejerías en donde se deciden asuntos políticos, convoque a los representantes del gobierno del estado que se encuentren más cercanos a su partido político, y que excluya a los de la oposición. En los casos del tipo de los que aquí se analizan, los políticos pertenecientes a un partido en la Federación y en los estados tienen el derecho de expresar en sus discursos políticos sus ideas acerca de cómo solucionar los problemas que interesan a la Federación y a todos los estados, para analizarlos entre todos, aun durante las negociaciones entre la Federación y los estados en las que se busca un entendimiento futuro. Las necesarias negociaciones entre la Federación y los estados, así como entre los gobiernos y sus portavoces, deben atender a los principios antes expuestos.

§ 24. PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL - ARTÍCULO 20 (1) DE LA LEY FUNDAMENTAL

112. Sentencia BVerfGE 40, 121 [Pensión de orfandad II]

Es compatible con la Ley Fundamental, el que los subsidios, que se otorgan a quienes no pueden procurarse su propio sustento por padecer una incapacidad física o intelectual, tengan carácter permanente, y que las pensiones de orfandad originadas en el seguro que tienen los empleados se otorguen sólo hasta que el beneficiario cumpla 25 años de edad (§ 44, frase 2 AVG).

Sentencia de la Primera Sala, del 18 de junio, 1975

–1 BvL 4/74–

El § 44 que se examina no viola ni el principio de igualdad ni el principio del Estado social.

Se sabe que las subvenciones para quienes requieren de asistencia, hacen parte de los deberes inherentes a un Estado social (véase BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 20 Z [236]).

Esto incluye necesariamente la asistencia social para los conciudadanos que, debido a una incapacidad física o intelectual, se encuentran impedidos o no están en condiciones para mantenerse a sí mismos. La comunidad estatal debe asegurarles en todo caso los presupuestos mínimos para una existencia digna y preocuparse de insertarlos en la medida de lo posible en la sociedad, de promover su debido cuidado en la familia o por parte de terceros, así como de crear los establecimientos que se requieran para su asistencia. Naturalmente, este deber de protección general no puede terminar a una determinada edad; más aún, debe corresponder a los requerimientos existentes de una asistencia social. Sin embargo, existen muchas posibilidades para desarrollar la protección ordenada. Cae dentro de la potestad reglamentaria del legislador, la determinación de la vía más adecuada, especialmente la de elegir dentro de las diferentes formas de asistencia financiera para el sustento y cuidado de los discapacitados y de establecer quiénes se encuentran legitimados para recibirla. Así mismo, tiene que decidir, en tanto que no se trate de los señalados presupuestos mínimos, en qué medida se puede y se debe garantizar la asistencia social, atendiendo a los medios con que se cuenta y al deber de cumplir con otras funciones estatales de igual rango.

Se presenta una violación a los principios constitucionales consagrados en el Art. 3, párrafo 1 y el Art. 20, párrafo 1 de la Ley Fundamental, cuando la asistencia de los discapacitados no cumple con los requisitos de la justicia social, ya sea porque el círculo de los destinatarios de una determinada prestación estatal se encuentra limitada de manera tal que genera un violación material, o que en el caso de considerar en su totalidad la protección social, uno de los grupos más importantes resulta perjudicado. Éste no es el caso aquí.

113. Sentencia BVerfGE 59, 231 [Libre colaboración]

Sentencia de la Primera Salam del 13 de enero, 1982

Al principio del Estado social se le puede atribuir significado para la interpretación de los derechos fundamentales, así como para la interpretación y valoración constitucional —con sujeción a la reserva de ley— de leyes que limitan los derechos fundamentales. Sin embargo, este principio no es adecuado para limitar los derechos fundamentales sin una concreción posterior, esto es, directamente. El principio de Estado social fundamenta el deber del Estado de garantizar la existencia de un orden social justo (véase por ejemplo, BVerfGE 5, 85 [198]; 22, 180 [204]; 27, 253 [283]; 35, 202 [235 y ss.]); para el cumplimiento de ese deber se le atribuye al legislador un amplio poder de reglamentación (BVerfGE 18, 257 [273]; 29, 221 [235]). El principio del Estado social le impone al Estado una función, pero no establece cómo debe cumplir esa función; de otro modo, tal principio podría entrar en conflicto con el principio de democracia. El orden democrático de la Ley Fundamental se estaría limitando y recortando en forma

decisiva, entendido como el ordenamiento de un proceso político libre, si a la formación de la voluntad política se le impusiera cumplir una obligación constitucional de una determinada manera, sin que pudiera ser de otro modo. Debido a esa flexibilidad el principio del Estado social no puede imponerle a los derechos fundamentales ningún límite directo.

114. Sentencia BVerfGE 100, 271 [Cláusula de reducción salarial]

1. *Las reglamentaciones legales por las que –como medida laboral para la creación de empleos– se otorgan subvenciones temporales condicionadas a que se acuerde una remuneración por debajo de las tarifas (cláusula de reducción salarial), intervienen ciertamente en la autonomía tarifaria de las coaliciones de trabajadores; sin embargo, pueden estar justificadas con miras a la creación de nuevos puestos de trabajo en épocas con altos niveles de desempleo.*

Sentencia de la Primera Sala, del 27 de abril, 1999

Parte resolutive:

Los recursos de amparo se rechazan.

Fundamentos:

A.

Los recursos de amparo se refieren a la compatibilidad de las disposiciones legales sobre salarios (cláusula de renuncia al salario) en caso de determinadas medidas para la creación de empleos. Los sindicatos recurrentes –el sindicato de la industria metalúrgica– considera que mediante esas disposiciones se ha violado su autonomía negocial.

I.

Objeto de los recursos de amparo son el §275, párrafo 2 en concordancia con el §265, párrafo 1, frase 1 SGB III,² así como las normas provisionales de la ley para la promoción del trabajo (AFG), que continúan vigentes en parte.

1. El §275, párrafo 2 SGB III regula la magnitud de una subvención federal de carácter laboral. Las medidas buscan promover particularmente el empleo de personas difíciles de colocar.

² Código Social (SGB) Tercer Libro (III) –Promoción del Trabajo– (Art. 1º de la Ley para la Reforma de la Promoción del Trabajo).

La subvención se dará en su totalidad sólo cuando la remuneración laboral acordada no sobrepase el 80% de los salarios para actividades similares en el mercado laboral.

II.

Los recurrentes argumentan en su recurso de amparo la violación del Art. 9, párrafo 3 y el Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental mediante la cláusula de reducción al salario en las disposiciones citadas. El límite máximo fijado para tal efecto tenía que ser acatado por el sindicato en las negociaciones del contrato colectivo con los empleadores cuando se tratara de trabajadores beneficiados por las medidas para la creación de empleo. Con ello, su posición en las negociaciones del contrato colectivo se veía debilitada. Ellos se consideran afectados por las disposiciones impugnadas en forma directa y actual.

B.II.

Los recursos de amparo, a pesar de que son admisibles, no se encuentran fundados. Las disposiciones atacadas no violan la libertad de asociación de los recurrentes. Del principio de igualdad (Art. 3, párrafo 1 de la Ley Fundamental) no se derivan requisitos adicionales.

1. El §275, párrafo 2 en concordancia con el §265, párrafo 1 SGB III es compatible con el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

a) El Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental no protege sólo a los individuos en su libertad de establecer una asociación para la protección de las condiciones laborales y económicas, de vincularse, permanecer o retirarse de ella. Se protege también la asociación misma en su existencia, su organización estructural y en el desarrollo de sus actividades, en tanto que éstas sirvan a la promoción de las condiciones laborales y económicas (véase BVerfGE 50, 290 [373 y ss.]; 84, 212 [224]). La protección no se limita de antemano al ámbito central de una actividad idónea a la asociación. Ésta se extiende también a todas las formas de comportamiento específicas relacionadas con la asociación (véase BVerfGE 93, 352 [358]) y abarca especialmente también la autonomía negocial, que se encuentra en el centro de las posibilidades atribuidas a las asociaciones para la consecución de sus fines. La estipulación de las convenciones colectivas es una de las finalidades esenciales de las asociaciones (véase BVerfGE 94, 268 [283] con más referencias). Dentro de las materias atribuidas a la competencia reglamentaria de las coaliciones se encuentran especialmente, los salarios laborales y otras condiciones laborales de carácter material (véase BVerfGE 94, 268 [283]).

b) En este ámbito de protección interviene el §275, párrafo 1 SGB III [...]

c) La intervención, sin embargo, se encuentra justificada por motivos preponderantes, legitimados constitucionalmente.

aa) La libertad de asociación garantizada en el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, a pesar de que se encuentra garantizada sin una reserva de ley, puede ser restringida en aras de la protección de los intereses del bienestar de la comunidad, al que se le atribuye un rango constitucional igual (véase BVerfGE 84, 212 [228]; jurisprudencia reiterada). Cuando existen tales motivos, al legislador no le está prohibido re-

glamentar asuntos que puedan ser objeto de los contratos colectivos de trabajo (véase BVerfGE 94, 268 [284]).

Los derechos fundamentales no protegen todas las actividades sindicales por igual y con la misma intensidad. La efectividad del derecho fundamental aumenta en la medida que por motivos de carácter material, un asunto puede ser reglamentado de mejor forma en el contrato colectivo, porque de conformidad con la idea del constituyente, en ésta se puede lograr un mayor equilibrio de los intereses opuestos. Esto se aplica ante todo para la determinación de los salarios y de otras condiciones laborales de carácter material. Entre más importante sea la protección que garantiza el Art. 9, párrafo 3 de la Ley Fundamental, mayores deberán ser los motivos que justifiquen una intervención (véase BVerfGE 94,268 [284 y ss.]).

bb) El fin que se persigue con las disposiciones atacadas de combatir el desempleo masivo mediante la creación de puestos adicionales de trabajo, tiene rango constitucional. El legislador puede invocar el principio del Estado social (Art. 20, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Adicionalmente ayuda a los desempleados a que desarrollen su personalidad mediante el trabajo, para que de este modo experimenten respeto y auto-respeto. En esta medida su fin es garantizado también por los cometidos del Art. 1, párrafo 1 y el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

El principio del Estado social atribuye al legislador un deber de reglamentar (véase BVerfGE 50, 57 [108]). Éste le obliga a procurar un equilibrio de las contradicciones sociales (véase BVerfGE 22, 180 [204]). Adicionalmente ordena otorgar ayudas estatales para individuos o grupos que, debido a sus condiciones de vida o a dificultades sociales, se encuentran impedidos para desarrollarse social o personalmente (véase BVerfGE 45, 376 [387]). Cómo cumple el legislador ese mandato, es asunto suyo, dada la falta de concreción del principio del Estado social (véase BVerfGE 1, 97 [105]; jurisprudencia reiterada).

La ayuda estatal en el caso del desempleo no se limita al apoyo financiero de los desempleados. Ésta se puede dirigir también al número de puestos de trabajo, por ejemplo, mediante una cofinanciación de los costos laborales, para combatir de esa forma el desempleo mismo. A tales preocupaciones le otorga el principio del Estado social un peso legitimante, que puede justificar también efectos restrictivos sobre la autonomía negocial.

Con las normas que aquí se atacan, el legislador quiso colaborar a la lucha en contra del desempleo. Tenía como objetivo ayudar a los desempleados y conciliar las dificultades que genera el desempleo [...]

Los motivos que justifican las normas que expidió el legislador, y que aquí se impugnan, son de peso. Con un número de alrededor de cuatro millones de desempleados, la creación de puestos de trabajo es una necesidad de grado superior. El desempleo conduce a los afectados a un estado de tribulación existencial. Con la pérdida de las condiciones económicas básicas se puede ver afectada la autoestima y la personalidad (véase BVerfGE 84, 133 [155]). La experiencia demuestra que en una

sociedad donde el valor del individuo depende en gran medida de su desarrollo profesional, el no estar empleado puede generar graves problemas psicológicos. Esto se aplica en especial medida a quienes han estado desempleados por largo tiempo, quienes difícilmente pueden negociar y que, por consiguiente, tienen muy pocas oportunidades de obtener un puesto de trabajo. Adicionalmente, las medidas para la creación de empleo pueden servir para equilibrar las desigualdades estructurales al interior del territorio federal.

En síntesis, en vista de la relativamente baja intensidad de la intervención y de la importancia del interés común, que sirve de objeto a las normas aquí impugnadas, no se puede establecer la existencia de un perjuicio desproporcionado [...]

§ 25. PRINCIPIO DE ESTADO DEMOCRÁTICO - ARTÍCULO 20 (1) Y (2) DE LA LEY FUNDAMENTAL

115. Sentencia BVerfGE 44, 125 [Propaganda electoral por funcionarios públicos]

1. *La Constitución prohíbe a los órganos del Estado durante las elecciones identificarse en ejercicio de sus funciones con los partidos políticos o los candidatos, así como apoyarlos o combatirlos con recursos estatales y, especialmente, influenciar la decisión de los electores a través de propaganda.*
2. *Es incompatible con el principio constitucional por el que el Parlamento Federal y el Gobierno federal tienen sólo un encargo limitado temporalmente, que el gobierno en funciones, como órgano constitucional, se presente al mismo tiempo en la contienda electoral con el objeto de obtener una reelección, y que para tal efecto haga propaganda solicitando la reelección “como gobierno”.*
3. *El derecho de los partidos políticos a la igualdad de oportunidades se violaría si los órganos estatales influyeran a favor o en contra de un partido político o de candidatos en la contienda electoral.*
4. *La influencia partidista de los órganos estatales en las elecciones de los representantes populares tampoco es admisible en la forma de un trabajo público. El trabajo público del gobierno encuentra sus límites, donde comienza la propaganda política.*
5. *Ni los órganos constitucionales de la Federación con ocasión de las elecciones en los Estados, ni los órganos constitucionales de los Estados con ocasión de las elecciones del Parlamento Federal, pueden actuar partidistamente en la contienda electoral.*
6. *Si el contenido informativo de un impreso o de una declaración esconde una intención propagandística (al grado de que el contenido informativo pase*

claramente a un segundo plano frente al bombo publicitario), ello constituirá un indicio de que se está traspasando los límites de lo inadmisibile.

7. *Como indicios para determinar que se han transgredido los límites de lo admisible y de que se está haciendo propaganda política, se considera además el aumento de las labores públicas alrededor de la contienda electoral, que puede expresarse tanto en el gran número de las medidas individuales sin un motivo específico, como en su cantidad y en el creciente empleo de recursos públicos para esta clase de medidas.*
8. *Del deber del gobierno federal de contener cada influencia partidista, se sigue el mandato de mantener una actitud reservada durante el periodo previo a las elecciones, así como la prohibición de emplear recursos públicos en forma de informes laborales, de desempeño o de resultados.*
9. *El gobierno federal debe adoptar disposiciones para evitar que las publicaciones que produce con el objeto de cumplir con sus funciones, sean utilizadas por los partidos mismos o por otras organizaciones que los apoyan en las elecciones, para hacer propaganda electoral.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 2 de marzo, 1977

–2 BvE 1/76–

Objeto del presente proceso es la cuestión relativa a si el gobierno federal intervino, mediante las medidas que él mismo señaló como “labor de difusión” de sus actividades públicas, en las elecciones federales de 1976, violando o poniendo en peligro los derechos que al solicitante (el Partido CDU) confiere la Ley Fundamental (controversia constitucional entre diversos órganos, de conformidad con el Art. 93, párrafo 1 frase 1 de la Ley Fundamental).

Del Art. 20, párrafos 1 y 2, frase 2 de la Ley Fundamental se deriva:

En la democracia liberal, que la Ley Fundamental prescribió para la República Federal Alemana, todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones, y a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Art. 20, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental) [...]

A las elecciones se les confiere una legitimación democrática en el sentido del Art. 20, párrafo 2 de la Ley Fundamental sólo cuando se llevan a cabo libremente. Esto exige no sólo que el acto de la votación se mantenga libre de coerciones y de presiones inadmisibles, como lo ordena el Art. 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental, sino que también el elector pueda tomar su decisión en un proceso abierto y libre (véase BVerfGE 20, 56 [97]) [...]

En el acto de la elección se debe hacer efectivo el que la formación de la voluntad, comprendida en el sentido del Art. 20, párrafo 2 de la Ley Fundamental, debe partir del pueblo hacia los órganos del Estado, y no al contrario, de los órganos del Estado hacia el pueblo. Entre más influyan las conductas de los órganos del Estado en la formación

de la voluntad y la opinión de los electores, y si estas conductas se convierten en objeto de las decisiones de los electores, tanto más les estará prohibido a los órganos del Estado, en ejercicio de sus funciones, influir mediante medidas de carácter especial en la formación de la voluntad popular durante las elecciones, con la finalidad de conservar o modificar de este modo el poder en los órganos del Estado. A los órganos del Estado la Constitución les prohíbe durante las elecciones identificarse en ejercicio de sus funciones con los partidos políticos o los candidatos, así como apoyarlos o combatirlos con recursos estatales y, especialmente, influenciar la decisión de los electores a través de propagandas.

Independientemente de esto, es incompatible con el principio constitucional por el que el Parlamento Federal y el Gobierno Federal tienen sólo un encargo limitado temporalmente, que el gobierno en funciones, como órgano constitucional, se presente al mismo tiempo en la contienda electoral con el objeto de obtener una reelección, y que para tal efecto haga propaganda solicitando la reelección “como gobierno”. Esto no excluye el que los miembros del gobierno federal, por fuera de sus funciones públicas, puedan formar parte de un partido en la contienda electoral.

La Ley Fundamental como orden democrático prevé que las decisiones estatales de carácter fundamental se tomen con base en los criterios de las mayorías (Art. 42, párrafo 2, Art. 63, párrafos 2 a 4, Art. 67, párrafo 1, Art. 52, párrafo 3, Art. 54, párrafo 6) [...] y sólo cuando las mayorías se originan en un proceso de formación de la voluntad y de la opinión que se renueva regular, abierta y *libremente*, en el que todos los ciudadanos con capacidad de votar pueden participar con los mismos derechos, y sólo cuando éstas tienen en cuenta en sus decisiones el —cada vez más determinante— bienestar de la comunidad, así como cuando atienden a los derechos de las minorías y sus intereses, y sobre todo, cuando no les impiden o recortan sus posibilidades de convertirse en el futuro en mayorías; se pueden considerar válidas las decisiones de las mayorías en el ejercicio del poder estatal como expresión de la voluntad de la totalidad, y desplegar de este modo fuerza vinculante, de conformidad con la idea de la libre autodeterminación de todos los ciudadanos.

Los recursos financieros que sirven al Estado para su conservación, provienen de manera especial de los ciudadanos sin hacer distinción de sus ideas o filiaciones políticas. Estos recursos se le confían al Estado para que los emplee en el logro del bien común. Éste cumple con dicho cometido, como Estado social de Derecho, en diversas formas, así como también mediante la promoción de sectores o grupos de la población, con su carácter de una sociedad pluralista, con diferentes intereses. Allí donde existan límites, como es el caso de la prohibición de privilegiar, que se origina en el Art. 3, párrafo 3 de la Ley Fundamental, no existe la necesidad de decisión alguna. Sin embargo, deja de estar a cubierto por esa vinculabilidad, cuando para el caso de un procedimiento decisivo, que vincula la totalidad del Estado, como es la elección de los representantes populares, éste se lleva a cabo con los recursos y posibilidades del Estado proporcionados por la comunidad, y que favorecen o no en forma partidista, a los partidos políticos

o a los candidatos. La Ley Fundamental acepta en el proceso de la formación de la voluntad política y de la opinión del pueblo, que culmina con el acto de elección, extraordinarias desigualdades de sus electores y sus agrupaciones políticas. No obstante le prohíbe al Estado tomar partido en la contienda electoral, para influir de este modo en la competencia entre las fuerzas políticas. Los órganos estatales como tales, tienen que servir a todos por igual y permanecer neutrales en la contienda electoral.

Cuando el Estado, como ocurre por lo general en estos casos, interviene a favor o en contra de un determinado partido político o de un candidato de un partido político, está violando además también el derecho constitucional de los implicados a la igualdad de oportunidades en las elecciones (Art. 21, párrafo 1, Art. 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

§ 26. PRINCIPIO DE ESTADO DE DERECHO – ARTÍCULO 20 (2) 2 Y (3) DE LA LEY FUNDAMENTAL

- a) **Reserva de Ley y Principio de Certeza de la Ley**
(véase sobre la reserva de ley también BVerfGE 47, 46; 58, 300).

116. Sentencia BVerfGE 8, 274 [Ley sobre Precios]

7. Los principios del Estado de Derecho exigen que las autorizaciones al Ejecutivo para expedir actos administrativos que generen obligaciones, se encuentren limitadas en la ley de autorización en cuanto a su contenido, objeto, finalidad y dimensión, de modo tal que las intervenciones sean previsibles y cuantificables, dentro de un marco medible y susceptible de ser conocido por el ciudadano. Esto se deriva del principio de legalidad de la administración, del principio de la división de poderes y de la exigencia del Estado de Derecho de la protección judicial plena frente a la violación de la esfera legal del particular, derivadas de las intervenciones del poder público.

Sentencia de la Primera Sala, del 12 de noviembre, 1958

Los principios del Estado de Derecho exigen que las autorizaciones al Ejecutivo para expedir actos administrativos que generen obligaciones, se encuentren limitadas en la ley de autorización en cuanto a su contenido, objeto, finalidad y dimensión, de modo tal que las intervenciones sean previsibles y cuantificables, dentro de un marco medible y susceptible de ser conocido por el ciudadano (véase Bay VfGH 1, 81 [91]; proyecto de sentencia del Tribunal Administrativo Federal de 4 de julio de 1956, BVerwGE 4, 24 [38, 35 y ss.]).

Esto encuentra su fundamento especialmente en el principio de legalidad de la administración. Principio que exige que para que el Ejecutivo pueda expedir un acto administrativo que genere obligaciones, debe contar no con cualquier autorización, sino con una que se encuentre suficientemente determinada y limitada; tiene como objetivo, por tanto, hacer las intervenciones del poder público lo más cuantificables posibles. La ley debe reglamentar en cuanto a su contenido las actividades de la administración y no se puede limitar a establecer principios de carácter general. Una simple obligación formal de que el acto de intervención sea acorde con los principios legales no es suficiente. Una “cláusula general vaga”, que deje a la discreción del Ejecutivo la determinación de los límites a la libertad en particular, no es compatible con el principio de la legalidad de la administración (véase BVerfGE 6, 32 [42]; 7, 282 [302]; 8, 71 [76]; Bay VfGH 1, 81 [91]; 4, 181 [191]; 7, 113 [119 y ss.]; BVerwGE 2, 114 [116]; 2, 118 [121]; 3, 205 [207]; Bay VG 8, 30 [34]; OVG Hamburgo, VerwRspr 3, 187, [201 y ss.]; LVG Dusseldorf, DVBl, 1951, 670 [671]; Ule en *Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge*, 1957, p. 127 [156 y ss.]).

Esto se origina también del principio de separación de poderes. Si los poderes del Ejecutivo no se encuentran suficientemente determinados entonces éste dejará de ejecutar la ley y de actuar de conformidad con las directrices del legislador, y comenzará a decidir en su lugar. Esto viola el principio de la división de poderes (véase BVerfGE 6, 32 [42]; 8, 71 [76]; BVerwGE 2, 114 [116]; BayVfGH 4, 181 [191]; Kägi, ZfSchwR 71, 1952, p. 173 [228]; Ule, *op.cit.*, pp. 153 y ss.).

Esto también se deriva de la exigencia del Estado de Derecho de proporcionar una protección judicial lo más plena posible frente a las intervenciones del poder público, como se garantiza actualmente en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental.

El deber de protección que se le atribuye a los tribunales a través de esa disposición, sólo puede realizarse cuando la norma mediante la cual el Ejecutivo interviene en la esfera legal del ciudadano es susceptible de ser revisable judicialmente. Por tal motivo, la autorización para intervenir debe estar suficientemente determinada.

117. Sentencia BVerfGE 9, 137 [Permiso de importación]

El principio del Estado de Derecho exige que el particular deba conocer en qué medida puede intervenir la administración en su esfera legal; esto sin embargo no exige ni que el legislador obligue a la administración a ejecutar siempre las intervenciones posibles, ni a que el legislador perfile suficientemente las circunstancias de hecho que determinan cuándo puede la administración renunciar a una intervención admisible que se encuentra reglamentada, en cuanto a su circunstancias y consecuencias.

Sentencia de la Segunda Sala, del 3 de febrero, 1959
–2 BvL 10/56–

En proceso de revisión constitucional del § 1, párrafo 1 y el §4, párrafo 2 de la Ley para Evitar el Desaprovechamiento Injustificado de los Permisos de Importación, del 27 de diciembre de 1951 (BGBl I, p. 1005).

La Ley para Evitar el Desaprovechamiento Injustificado de los Permisos de Importación del 27 de diciembre de 1951 es del tenor siguiente:

§1

(1) Si una autorización emitida en un proceso de importación no es utilizada parcial o totalmente, entonces la autoridad administrativa competente podrá imponerle a quien se le expidió la autorización, el pago de una multa. (2)-(4) [...].

§4

(1) La multa será impuesta por la autoridad administrativa competente una vez concluido el plazo de la autorización, a más tardar dentro de los dos meses siguientes al cumplimiento de dicho plazo, por escrito.

(2) Para la imposición de una multa se podrá prescindir de la aplicación de las disposiciones del §131 del Ordenamiento Tributario del Imperio, vigentes para la expedición de normas tributarias, cuando los obligados al pago de la multa no sean responsables del desaprovechamiento parcial o total de la autorización.

(3) El valor de la multa debe ir al presupuesto federal.

Las principales dudas que se elevan en contra de la Ley de Multas, se dirigen en contra de la estructuración que el legislador le dio a su reglamentación y de “la amplitud de la discrecionalidad”, que se le atribuye a la administración por virtud del empleo de la palabra “podrá” en el §1, párrafo 1 y §4, párrafo 2 de la ley.

Las objeciones ignoran el significado de la “discrecionalidad” en ambas disposiciones; la discrecionalidad atribuida por el legislador a la administración no significa que la administración pueda actuar arbitrariamente.

En el §1 no se deja la forma y extensión de la intervención (la imposición de una obligación) a la discrecionalidad de la administración, sino sólo el decidir sobre si se debe hacer uso de las posibilidades de intervenir que ha determinado el legislador. El §4, párrafo 2 no contiene una autorización de intervenir, sino que le atribuye a la administración la competencia a favor de los particulares, sin perjuicio de una intervención admitida legalmente. En tanto que se le haya atribuido discrecionalidad a la administración, ésta tiene que actuar de conformidad con el *deber* de discrecionalidad y hacer uso de las posibilidades que se han dado en el sentido de la ley. Esa aplicación de la ley se encuentra bajo el mandato obligatorio del Estado de Derecho, especialmente del principio de igualdad. El ejercicio erróneo del poder discrecional se encuentra sometido al control de los tribunales administrativos, a cuyos deberes pertenece también el

interpretar el indeterminado concepto legal de “no sean responsables” consagrado en el §4, párrafo 2 en casos de controversia.

El principio del Estado de Derecho exige que la administración sólo puede intervenir en la esfera legal del particular cuando se encuentra autorizada para tal efecto mediante ley, y cuando el contenido, objeto, finalidad y extensión de esa autorización se encuentra suficientemente determinado en la ley, de modo tal que la intervención sea cuantificable y previsible por el ciudadano (BVerfGE 8, 276 [325]). El empleo de la palabra “podrá” en las disposiciones legales, que *autorizan* para intervenir en la esfera legal de los particulares, corresponde también a las relaciones del Legislativo con el Ejecutivo en el Estado de Derecho: el poder que se le ha atribuido al Ejecutivo se amplía a través de la autorización; de acuerdo con ella puede, de ahora en adelante, hacer algo que antes no podía hacer. En innumerables autorizaciones para intervenir se encuentra la fórmula de que la administración “puede” tomar determinadas medidas. Desde el aspecto del Estado de Derecho es decisivo si para lo que está autorizada la administración, se encuentra suficientemente claro. En esta medida no existe duda alguna del §1 de la Ley de Multas. La administración no se encuentra autorizada para “intervenir discrecionalmente”, sino que se encuentra autorizada para que, con base en su poder discrecional haga uso de las intervenciones suficientemente determinadas en la ley. Es admisible la imposición de una multa sólo cuando “no se hace uso de una autorización otorgada en un proceso de importación”. El concepto de la autorización de importación se encuentra definida en el §1, párrafo 2 de la ley, de modo que no puede existir ninguna duda al respecto. Las circunstancias de hecho características de “la no utilización” de una autorización se encuentran claramente determinadas, y pueden ser revisadas por los tribunales administrativos en caso de controversia. Tan evidente como la delimitación de las circunstancias, para cuya existencia se puede imponer una multa, es la reglamentación de las consecuencias jurídicas. La magnitud de la multa se encuentra determinada en el §2 de la ley de acuerdo con una tabla, de modo tal que a la administración no le queda en este punto ningún tipo de libertad para decidir.

El legislador, al autorizar a la administración para intervenir en la esfera legal de los particulares, puede *ordenar* también la intervención de la administración cada vez que se actualicen las circunstancias de hecho. Pero el principio del Estado de Derecho no exige de manera general que las autorizaciones para intervenir se estructuren de este modo. La opinión sostenida por los tribunales de origen tendría como consecuencia que el §1 de la Ley de Multas quedaría libre de toda objeción constitucional, si ordenara a la administración imponer una multa en todos los casos en que se den las circunstancias de hecho. Así, la obligación de intervenir en todos los casos resultaría más acorde con el principio del Estado de Derecho, o que si se dejara a la administración la facultad de decidir, con apego a la ley, sólo en los casos en que lo juzgara necesario. El principio del Estado de Derecho sin embargo, implica el deber de proteger, en la medida de lo posible, al particular frente a las intervenciones del poder público.

Por ello, cuando el legislador expide la autorización para intervenir bajo la forma de una cláusula facultativa (“podrá”), estará colocando a disposición de la administración esa intervención como un instrumento con el cual ésta puede desempeñar las funciones que le han sido atribuidas. Sin embargo, no obliga a la administración a hacer uso de ella en todos los casos en que se den estas circunstancias de hecho, ya que desde el punto de vista del legislador, la administración no requiere en todos los casos del empleo de estos medios en contra del particular. Por tanto, limita la intervención y deja a la discrecionalidad de la administración que, atendiendo a las circunstancias y respetando el principio de igualdad que informa toda aplicación de la ley, la decisión de hacer uso de las posibilidades de intervención, claramente delimitadas que el legislador ha puesto a su disposición, lo que además se encuentra de conformidad con el principio del Estado de Derecho. Refleja la relación existente entre el Ejecutivo y el Legislativo, y se encuentra justificada en gran medida por la idea del Estado de Derecho de que la libertad del particular no puede ser intervenida innecesariamente por el poder público. Una regla de este tipo corresponde al principio de la oportunidad, que predomina en los efectos prácticos de la administración [...]. La situación jurídica no es diferente a la que se plantea cuando la administración tiene que decidir si hace o no uso de la posibilidad de imponer multas en caso de violación de un ordenamiento.

118. Sentencia BVerfGE 17, 306 [Central de transporte privado]

Sobre los requisitos para la configuración de la ley en el marco del Estado de Derecho.

Resolución de la Primera Sala, del 7 de abril, 1964

La prohibición –contenida en las disposiciones mencionadas y garantizada mediante la amenaza de una sanción penal– de transportar pasajeros en vehículos privados contra un pago no superior a los costos del viaje, cuando el conductor y el acompañante se contactan mediante una agencia pública o mediante propaganda, no es compatible con la Ley Fundamental.

La prohibición viola el derecho fundamental de los propietarios de automóviles y de otras personas que se encuentren autorizadas para utilizarlos, consagrado en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

1. La prohibición restringe la libertad de actuación de los propietarios de vehículos automotores privados, la cual se encuentra garantizada en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental; debería, por tanto, estar cubierta por una de las tres restricciones de ese derecho ahí señaladas. Dentro de éstas, sólo cabe considerar la restricción de que no se atente contra el “orden constitucional”. La ley restrictiva debería, por consiguiente, ser parte del ordenamiento constitucional, esto es, debería ser plenamente compati-

ble con la Constitución (además de con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental) desde el punto de vista formal y en cuanto contenido (véase al respecto BVerfGE 6,32 [36 y ss. y, especialmente, 41]).

2. Esta prohibición no viola ninguna disposición del derecho constitucional escrito. Sin embargo, es incompatible con uno de los principios fundamentales de la Constitución: el principio del Estado de Derecho.

El principio del Estado de Derecho exige que el particular se vea protegido frente a intervenciones innecesarias del poder público –principalmente si se tiene en cuenta, en concordancia con la presunción general de la libertad, que el principio del Estado de Derecho debe estar a favor de los ciudadanos–, como se expresa en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental; si una intervención de esta clase –en cumplimiento de un mandato legal o prohibición– es indispensable, sus presupuestos deberán estar determinados de la forma más clara posible y su conocimiento deberá ser accesible a los ciudadanos (BVerfGE 9, 137 [147, 149]). Entre más se vea afectada la libertad de actuación, más importante será la cuidadosa formulación de los motivos que la justifican. Esto significa, ante todo, que los instrumentos de intervención empleados con el objeto de alcanzar los fines del legislador deben ser adecuados y no podrán gravar al particular en forma excesiva.

3. Desde esos puntos de vista se debe objetar 3. muchos aspectos la reglamentación legal que se revisa.

Los presupuestos y contenidos de la prohibición legal deben estar formulados de manera tan clara, que los destinatarios de la misma puedan acceder a ella para así adecuar su comportamiento. Se sabe que en una reglamentación legal no se pueden responder de antemano todas las dudas e imprecisiones. Sin embargo, debe exigirse al legislador, por lo menos, que exprese con claridad sus ideas fundamentales, así como los objetivos de su voluntad legislativa, especialmente cuando se trata de la reglamentación de asuntos que pueden abarcarse sencilla y fácilmente, y donde la formulación jurídica de las circunstancias de hecho no representen grandes dificultades. Esto falta en el presente caso: el §1, párrafo 2 PBefG (Ley sobre el Transporte de Personas) somete a la ley el transporte realizado por intermediación pública, y le impone la obligación de solicitar una autorización. Sobre los presupuestos, procedimientos y forma de la autorización, sin embargo, no se determina nada. De los §§46, 49, por el contrario, se deduce que los viajes de ese tipo por ningún motivo podrán ser autorizados. En vista de esa ostensible contradicción del contenido de la ley, se suscitan dudas sobre el tratamiento jurídico que ha de darse a ese tipo de transporte.

Mientras el gobierno federal lo considera susceptible de autorización, los tribunales lo consideran prohibido. Esa controversia no tiene por qué llevarla a sus espaldas el ciudadano, que se expone al riesgo de una sanción penal, cuando se incline por seguir la interpretación del gobierno federal.

119. Sentencia BVerfGE 48, 210 [Exención de ingresos provenientes del extranjero]

1. *El §34 c, párrafo 3 EStG es compatible con la Ley Fundamental, en la medida en que las más altas autoridades financieras de los Estados, con aprobación del Ministro Federal de las Finanzas, exenten total o parcialmente del impuesto al ingreso que reciben los alemanes por ingresos provenientes de fuentes en el extranjero, o determine una cuota global fija, cuando ello sea conveniente por motivos de carácter económico.*
El concepto de “motivos de carácter económico” empleado en el §34 c, párrafo 3 EStG es suficientemente concreto, atendiendo al sentido que guarda dentro de su contexto, a los fines que persigue y a la historia legislativa de dicha disposición.
2. *Los requisitos que exige el criterio de la certeza de las autorizaciones concedidas a la administración pública para otorgar prebendas o exenciones de carácter tributario son menores que las exigidas para autorizar una intervención, pues en este último caso la injerencia en los derechos fundamentales es por lo general considerablemente mayor. Esto es válido siempre y cuando tal autorización reglamente excepciones que no afecten la igualdad de las cargas de todos los destinatarios de las normas tributarias, esto es, no lleven por ejemplo, a una distorsión de la libre competencia.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 19 de abril, 1978**–2 BvL 2/75–**

La disposición satisface –contrariamente a la opinión expresada por el Tribunal Federal de Cuentas en su sentencia del 13 de enero de 1966, IV 166/61 (BFH 85, 399)– los requisitos que la Ley Fundamental establece para otorgar facultades al Ejecutivo en materia de beneficios tributarios.

1. Del principio del Estado de Derecho (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental) se deriva el principio de la reserva de ley. Éste tiene la función de salvaguardar la libertad y la igualdad de los ciudadanos, garantizadas constitucionalmente. La exigencia de un fundamento legal para la atribución de facultades debe asegurar igualmente que sea el legislador quien tome las decisiones fundamentales que inciden en el ámbito de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. Esos requisitos los satisface el §34, párrafo 3 (primera alternativa) EStG, pues el legislador reglamentó directamente las bases fundamentales para el otorgamiento de beneficios tributarios. La reglamentación de una exención tributaria o la determinación de una cuota global fija presupone que dicha medida sea “conveniente por motivos de carácter económico”.

2. El objeto, contenido, finalidad y la dimensión de esa facultad satisfacen también los requisitos del Estado de Derecho, porque se encuentran suficientemente determi-

nados y limitados (véase BVerfGE 8, 274 [326 y ss.]; 13, 153 [161 y ss.]). Las facultades son compatibles, finalmente, con el principio –también inherente al Estado de Derecho– de la igualdad de cargas y, por ello, con el de equidad tributaria.

a) No se puede establecer de manera general el grado de certeza que se exige para la atribución legal de facultades a una autorización para actos de la administración; ello depende más bien de las características del asunto regulado, especialmente de la dimensión en que se afectan los derechos fundamentales y del tipo e intensidad de la conducta para la cual se faculta a la administración. El §34 c, párrafo 1 EStG no es una disposición que establezca obligaciones de carácter tributario, sino simplemente autoriza adoptar medidas para *liberar* cargas fiscales del contribuyente. Es sabido que también para esta clase de facultades, en un Estado de Derecho democrático, se debe exigir un cierto grado de certeza legislativa, con miras a limitar el ámbito de actuación del legislador y la administración, en interés del cumplimiento del principio de equidad tributaria, ordenado por la reserva de ley (véase BVerfGE 23, 62 [73]). Si bien en el derecho tributario las cargas y los beneficios por lo general van de la mano, los requisitos para esta clase de facultades (exenciones) son menos exigentes que para las facultades que tienen por objeto una intervención, porque en este último caso su relevancia para los derechos fundamentales es por lo general mucho mayor. Esto es válido siempre que tales facultades reglamenten excepciones que no afectan la igualdad de las cargas de los destinatarios de la norma tributaria, esto es, que no conduzcan a una distorsión de la libre competencia.

b) El requisito de certeza de las facultades legislativas no le prohíbe al legislador emplear en la ley por la que otorga facultades, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que, precisamente en el derecho tributario, son indispensables; sin ellos, el legislador no podría actuar si quisiera colocar a las autoridades recaudadoras en situación de atender las especiales circunstancias del caso particular, a fin de respetar cabalmente los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Por esos motivos, también en ese ámbito sería válido que el legislador otorgara a las autoridades financieras un cierto poder discrecional.

3. a) El concepto de “motivos de carácter económico” no es una “cláusula general vaga” y, por tanto, inadmisibles y que, como opinó el Tribunal Federal de Cuentas (BFH 85, 399), exprese “la totalidad de fuerzas que de manera directa o indirecta actúan sobre la economía, las relaciones y obligaciones de las economías individuales al interior de un territorio que se encuentra claramente delimitado por fronteras y con una moneda única”, y que por consiguiente se nutra de tan diversas fuentes, que sean imposibles de ser abarcadas en su totalidad.

Esa interpretación ignora el hecho de que el §34 c, párrafo 3 EStG considera sólo aquellos motivos económicos que pertenecen específicamente al campo de la economía internacional, y que los beneficios tributarios dependen de que, con miras a *esos motivos* –y no por ejemplo, de un contexto exclusivamente empresarial o personal–, la exención sea conveniente. Ese presupuesto adicional existe sólo cuando los beneficios tributarios sirven a la economía exterior alemana.

120. Sentencia BVerfGE 49, 89 [Kalkar I]

1. *Del principio de la democracia parlamentaria no se puede derivar un principio de interpretación amplio, que establezca una preeminencia del Parlamento y sus decisiones frente a las de los otros poderes y que, de este modo, desconozca la distribución específica de competencias.*
2. *La decisión normativa a favor o en contra de la admisibilidad legal del uso pacífico de la energía nuclear en la República Federal Alemana, debido a sus amplios efectos sobre los ciudadanos, especialmente en lo que respecta al ámbito de la libertad y la igualdad, a las condiciones generales de vida y, debido a la forma e intensidad de la reglamentación que necesariamente se encuentra vinculada a ésta, constituye una decisión esencial y fundamental en el sentido de la “reserva de ley”. Tal decisión corresponde exclusivamente al legislador.*
3. *Si el legislador ha tomado una decisión y el fundamento que le ha servido de base para la expedición de una ley es puesto en entredicho a causa de los nuevos desarrollos, mismos que eran imposibles de prever al momento de expedir la ley, puede el legislador estar obligado a revisar si la decisión original se puede mantener bajo las nuevas circunstancias.*
4. *En situaciones cargadas de incertidumbre, que necesariamente se presentan, cae ante todo dentro de la responsabilidad política del legislador y del gobierno –en el marco de sus respectivas competencias– el tomar las decisiones que consideren adecuadas. En tales casos, no corresponde a los tribunales intervenir en lugar de los órganos políticos responsables, pues carecen de parámetros legales para ello.*
5. *La versión del §7, párrafo 2, numeral 3 AtomG, tiene por objeto garantizar una protección dinámica de los derechos fundamentales, y ayuda a hacer realidad, de la mejor manera posible, las finalidades de protección contempladas en el §1, párrafo 2 AtomG.*
6. *Exigir del legislador, atendiendo a su deber de protección, una reglamentación que con absoluta seguridad salvaguarde los derechos fundamentales de todo peligro que posiblemente pudiera resultar de la autorización para construir plantas nucleares y de su funcionamiento, equivaldría a ignorar los límites del conocimiento humano y, a su vez, implicaría la abolición de cualquier tipo de autorización estatal para el uso de la tecnología. Para reglamentar el orden social se debe acudir a las apreciaciones de la razón práctica. Las incertidumbres más allá de ese umbral de la razón práctica son ineludibles y por tanto –en cuanto que constituyen cargas socialmente adecuadas– han de ser asumidas por todos los ciudadanos.*

Resolución de la Segunda Sala, del 8 de agosto de 1978

–2 BvL 8/77–

En el proceso para examinar la constitucionalidad del §7 de la Ley sobre el Uso Pacífico de la Energía Nuclear y la Protección en contra de sus Peligros, del 23 de diciembre de 1959 (BGBl I, p. 814), en la versión proclamada el 31 de octubre de 1976 (BGBl I, p. 3035), en tanto que esa disposición autoriza la creación de centrales atómicas, del tipo conocido como *reactor reproductor rápido*.³ –Consulta del Tribunal Administrativo Superior de Nordrhein-Westfalen, del 18 de agosto de 1977 (VII A 338/74)–.

El §7 AtomG señala:

§7 *Autorización de centrales:*

(1) Quien establezca, administre o posea una central en un lugar fijo para la producción, elaboración, preparación o fisión de material nuclear o para el procesamiento de material nuclear radioactivo, así como quien modifique esencialmente la central o su funcionamiento, requiere de una autorización.

(2) La autorización sólo podrá ser impartida, cuando:

1. No exista ninguna circunstancia que haga dudar de la confiabilidad del solicitante y de las personas responsables de la construcción, dirección y vigilancia del funcionamiento de la central, y de que dichas personas poseen la competencia requerida.
2. Se garantice que las personas encargadas del funcionamiento de la central poseen los conocimientos necesarios sobre el funcionamiento seguro de la central, los posibles peligros y las medidas de protección a aplicar.
3. Se hayan tomado las precauciones que se requieren –de acuerdo con el estado que guardan la ciencia y la técnica–, para prevenir los posibles daños que puedan causarse con la construcción y funcionamiento de la central.
4. Se hayan tomado las precauciones requeridas para el cumplimiento de las obligaciones compensatorias de carácter legal.
5. Se haya garantizado la protección requerida en contra de las medidas perturbadoras o los demás posibles efectos provenientes de terceros.
6. A la elección del lugar para establecer la central, no se contrapongan intereses públicos superiores, especialmente en lo que respecta a la conservación de las aguas, el aire y el suelo.

[...]

En opinión del tribunal de conocimiento, esta disposición contraviene el principio de división de poderes (Art. 20, párrafo 2 frase 2 de la Ley Fundamental), el principio de la democracia parlamentaria (Art. 20, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental) y el

³ Del inglés *fast breeder reactor (FBR)*, también: *reactor de neutrones rápidos*.

principio del Estado de Derecho (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental), en tanto que su actual versión posibilita la autorización de reactores reproductores rápidos.

El §7, párrafos 1 y 2 AtomG son compatibles con la Ley Fundamental.

1. a) La Ley Fundamental no le atribuye al Parlamento una primacía absoluta para la toma de decisiones fundamentales, sino que más bien le impone límites a sus competencias a través de la división de poderes. Muy amplias decisiones –particularmente las políticas– quedan bajo la competencia de los demás órganos superiores, como por ejemplo, la determinación de las directrices de la política por parte del canciller federal (Art. 65, frase 1 de la Ley Fundamental), la disolución del Bundestag –Parlamento– (Art. 68 de la Ley Fundamental), la declaración de un estado de emergencia legislativa (Art. 81 de la Ley Fundamental) o importantes decisiones en materia de política externa, como por ejemplo, la ruptura de relaciones diplomáticas. El Parlamento que reprueba dichas acciones conserva la competencia sobre ciertos mecanismos de control; él puede, en caso dado, elegir un nuevo canciller federal y de este modo lograr la caída del gobierno; él puede hacer uso de sus competencias presupuestarias (a pesar de que la Ley Fundamental no le atribuye competencia de decisión sobre esas cuestiones). El ordenamiento concreto de la distribución y equilibrio del poder estatal que la Ley Fundamental quiere garantizar, no puede ser frustrado mediante un *monismo* de poderes, erróneamente derivado del principio democrático en forma de una primacía parlamentaria absoluta. De la circunstancia de que sólo los miembros del Parlamento son elegidos directamente por el pueblo, no se sigue que otras instituciones y funciones del poder estatales carezcan de legitimidad democrática. Los órganos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial obtienen su legitimación democrática, institucional y funcional por la decisión del constituyente adoptada en el Art. 20, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

b) En el caso actual se trata de un ámbito de creación del derecho, esto es, de un ámbito para el que la Ley Fundamental contempla una competencia derivada. Ello significa –partiendo del principio general de la reserva de ley– que el Ejecutivo, para realizar actos que inciden de manera directa en el ámbito de la libertad y la igualdad del ciudadano, requiere de un fundamento legal.

2. El §7, párrafos 1 y 2 AtomG no contravienen el principio de la reserva de ley.

a) El principio de la reserva de ley no se menciona en realidad en forma expresa en la Constitución; se origina, sin embargo, en el Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental (BVerfGE 40, 237 [248]). La interpretación de este principio ha evolucionado en los últimos años, especialmente gracias al reconocimiento de su componente democrático. En la actualidad existe jurisprudencia reiterada en la que se expresa que el legislador se encuentra obligado –haciendo a un lado la característica de la “intervención”– a adoptar todas las decisiones esenciales posibles en los ámbitos normativos fundamentales, sobre todo tratándose del ejercicio de los derechos fundamentales, en tanto que dicho ámbito sea susceptible de reglamentación estatal (BVerfGE 34, 165 [192 y ss.]; 40, 237 [249]; 41, 251 [260]; 45, 400 [417 y ss.], 47, 46 [78 y ss.]; 48, 210 [221]). Los Arts. 80,

párrafo 1, y el 59, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, así como las reservas de ley especiales, son expresiones de esa reserva de ley general.

En qué ámbitos, de acuerdo con esto, las actuaciones estatales requieren de un fundamento legal en forma de ley, podrá decidirse con base en el respectivo ámbito, y la intensidad de las reglamentaciones que se hubieren tomado o se planeen tomar. Los criterios de valor constitucionales se deben tomar, ante todo, de los principios de la Ley Fundamental, especialmente de los derechos fundamentales, reconocidos y consagrados.

De acuerdo con los mismos criterios debe valorarse si el legislador, como lo exige además la reserva de ley constitucional (BVerfGE 34, 165 [192]) con la norma que se somete a examen, estableció directamente los fundamentos esenciales del ámbito legal reglamentado, y si no lo dejó en manos, por ejemplo, de la administración.

b) La decisión normativa a favor o en contra de la admisibilidad legal del uso pacífico de la energía nuclear en la República Federal Alemana, debido a sus amplios efectos sobre los ciudadanos, especialmente en lo que respecta al ámbito de la libertad y la igualdad, a las condiciones generales de vida, y debido a la forma e intensidad de la reglamentación, que necesariamente se encuentra vinculada a ésta, constituye una decisión esencial y fundamental en el sentido de la reserva de ley; tomarla es función exclusiva del legislador.

Lo mismo se aplica para las reglamentaciones que determinan la autorización administrativa de las centrales en el sentido del §7, párrafo 1 AtomG. La autorización o la no autorización de tales centrales por el Ejecutivo tiene el carácter de un acto que puede afectar de manera terminante el ámbito de los derechos fundamentales del ciudadano [...].

El legislador ha tomado en el §1 AtomG la decisión fundamental a favor del uso pacífico de la energía nuclear y ha determinado –también mediante ley– los límites a su utilización, a fin de garantizar la mayor protección posible ante los peligros de la energía nuclear. Dentro de ese marco ha reglamentado en el §7, párrafos 1 y 2 AtomG todas las cuestiones esenciales y fundamentales de la admisión [...].

c) Con lo anterior, sin embargo, no se ha dicho nada aún acerca de si el legislador –y, eventualmente, en qué casos– debe decidir nuevamente sobre los presupuestos legales para la construcción y el funcionamiento de reactores, tratándose de reactores reproductores rápidos. Si el legislador ha tomado una decisión y el fundamento que le ha servido de base para la expedición de una ley es puesto en entredicho a causa de los nuevos desarrollos, mismos que eran imposibles de prever al momento de expedir la ley, puede el legislador estar obligado a revisar si la decisión original se puede mantener bajo las nuevas circunstancias.

No es objetable, desde el punto de vista constitucional que el legislador –hasta ahora– no hubiera considerado como necesaria una nueva “intervención” para regular el uso de la técnica de reproducción rápida y las consecuencias que pudieran derivar de su utilización, como por ejemplo el manejo de desechos radioactivos.

3. El §7, párrafos 1 y 2 AtomG tampoco contraviene el requisito constitucional de la suficiente certeza de la ley. El §7, párrafos 1 y 2 AtomG utiliza ampliamente conceptos legales indeterminados. De conformidad con la jurisprudencia reiterada, el empleo de conceptos legales indeterminados –en principio– es inobjetable desde el punto de vista constitucional (véase BVerfGE 21, 73 [79]; 31, 255 [264]; 37, 132 [142]). Para responder a la pregunta sobre cuáles requisitos de certeza en particular deben cumplirse, deben tenerse en cuenta las particularidades del respectivo objeto a reglamentar, así como la intensidad de la reglamentación (véase BVerfGE 48, 210 [221 y ss.]). Para el caso de asuntos polifacéticos que presenten diversas aristas, o cuando se espera que la situación pudiera modificarse pronto, deben establecerse requisitos menores (BVerfGE 11, 234 [237]; 21, 1 [4]; 28, 175 [183]).

4. El §7, párrafos 1 y 2 AtomG no es violatorio de los derechos fundamentales o de los deberes de protección objetivos que se derivan de los derechos fundamentales [...]. Con base en la interpretación desde el punto de vista constitucional, que siempre se le ha dado a los conceptos de la precaución, de los daños –en ese contexto–, del peligro o de los restantes riesgos, la ley deniega la autorización cuando la construcción o el funcionamiento de la central pueda conducir a daños que representen una violación de los derechos fundamentales. En este punto, la ley no admite ningún tipo de daños mínimos o colaterales que, a la luz del derecho fundamental contemplado en el Art. 2, párrafo 2, frase 1 o de otros derechos fundamentales, pudieran ser considerados como violaciones a los derechos fundamentales; de otro modo, la Ley Atómica hubiera señalado expresamente el derecho fundamental que pretendía limitar –como ocurre, por ejemplo, en el §12, párrafo 2, con base en los criterios del numeral 1 frase 1 AtomG para el derecho fundamental de la integridad corporal– pues tales daños constituirían una restricción de los derechos fundamentales completamente nueva, de conformidad con el Art. 19, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental.

b) Sujeción de los jueces a la ley y el derecho

121. Sentencia BVerfGE 34, 269 [Princesa Soraya]

La jurisprudencia de los tribunales civiles, según la cual –tratándose de violaciones graves al derecho a la personalidad– los particulares pueden solicitar una compensación en dinero también por daños inmateriales, es compatible con la Ley Fundamental.

Resolución de la Sala Primera de 14 de febrero de 1973

Mientras que el derecho a la personalidad se ha impuesto rápidamente en la jurisprudencia y en la doctrina, queda aún sin responder la pregunta acerca de si de confor-

midad con el derecho vigente, en el caso de una violación del derecho a la personalidad, se podría exigir el pago de una compensación por daños inmateriales [...] En el año 1958 el Tribunal Federal reconoció por primera vez, en la conocida sentencia “Herrenreiter”, una justa compensación en dinero, a quien se le hubiere violado su derecho a la personalidad, debido a un daño no patrimonial (BGHZ 26, 349). En la motivación –que invoca una sentencia de 1954 (BGHZ 13, 334)– se señala que de los Arts. 1 y 2 de la Ley Fundamental no sólo se infiere el mandato legal de respetar la personalidad, sino que de ellos se sigue también la necesidad, en caso de intervenciones en el ámbito de la personalidad, de conceder a quienes hubieren sufrido daños la protección frente a una violación. La obligación de otorgar una compensación se apoya en una aplicación por analogía del §847 BGB.

La editorial “Die Welt”, perteneciente al consorcio Axel-Springer, que es la recurrente en este proceso, publicaba también el semanario *Das Neue Blatt mit Gerichtswoche*.

En 1961 y 1962, el periódico publicó repetidamente fotos de la ex-esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary-Bakhtiary. En la primera página de la edición del 29 de abril de 1961, bajo el título: “Soraya: el Sha ya no me escribe”, se publicó un informe especial con una “entrevista exclusiva”, que le fue concedida a un periodista por la princesa Soraya. En ésta se reprodujeron afirmaciones de la princesa sobre su vida privada. La entrevista fue vendida por una colaboradora externa al *Neue Blatt*; la entrevista había sido inventada.

El Tribunal Estatal admitió la demanda de la princesa Soraya, en la que solicitaba el pago de una compensación por la violación de su derecho a la personalidad, y sentenció a la recurrente, completamente culpable, al pago de 15 000 DM (marcos alemanes). La apelación y la revisión de la recurrente no tuvieron éxito.

En su recurso de amparo la recurrente argumentó la violación del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 20, párrafos 2 y 3, el Art. 5, párrafo 1, frase 2 y párrafo 2, el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, así como “precautoriamente”, la violación de sus derechos fundamentales consagrados en los Arts. 3, 12, 14 de la Ley Fundamental. En los fundamentos de la acción expuso que:

La aplicación del precepto según el cual –en caso de una violación del derecho general de la personalidad, bajo determinados presupuestos– se debe pagar una compensación monetaria, aun en el caso de daños inmateriales, no se mantiene dentro del marco del orden constitucional, pues dicho precepto es violatorio del principio de división de poderes, contemplado en el Art. 20, párrafos 2 y 3 de la Ley Fundamental. Las sentencias impugnadas intervienen en forma inadmisiblemente en su libertad de actuar; el Tribunal Federal concedió la indemnización por daños *contra legem*, porque esas consecuencias jurídicas no se pueden derivar ni directamente ni por vía de la analogía de las disposiciones del Código Civil.

El recurso de amparo es infundado.

1. La tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes y, por ende, del Estado de Derecho; sin embargo, la formulación que de este principio realiza nuestra Ley Fundamental, modifica ligeramente los términos del mismo, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida a “la ley y el derecho” (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Es opinión generalizada que, de este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto. Esta formulación pretende mantener viva la conciencia de que, en la práctica, la ley y el derecho generalmente coinciden, pero esta mutua correspondencia no existe siempre ni necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las normas positivas impuestas por el poder público puede, en ciertos casos, existir un “derecho” que vaya más allá de las mismas; su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como “correctivo” del derecho escrito; encontrarlo y lograr su realización por medio de resoluciones es tarea de la actividad jurisdiccional.

La Ley Fundamental no obliga al juez a aplicar –al caso concreto– las normas dictadas por el legislador (únicamente) dentro de los límites del significado literal posible. Una interpretación así supondría la absoluta y total carencia de lagunas del ordenamiento jurídico-positivo del Estado (cf. principio de la “plenitud hermética” del orden jurídico). Si bien la carencia absoluta de lagunas pudiera considerarse desde el punto de vista teórico como una exigencia indispensable de la seguridad jurídica, en la práctica resulta inalcanzable. Es por ello que la actividad jurisdiccional no se agota en el mero *conocer* y *decir* las decisiones adoptadas previamente por el legislador. La tarea de la actividad jurisdiccional puede exigir especialmente: traer a la luz aquellos planteamientos valorativos del legislador que, siendo inmanentes al orden jurídico constitucional, no han sido –o sólo de manera imperfecta– plasmados en el texto de la ley escrita, y en lograr su realización por medio de sentencias. Para ello, es preciso un acto de “conocimiento valorativo” (al que tampoco han de faltarle elementos “volitivos”).

El juez debe, por tanto, mantenerse alejado de la arbitrariedad: su decisión debe descansar sobre una argumentación racional. Debe demostrar en forma clara que –en el caso concreto– la norma escrita no cumple con su función de resolver un problema jurídico de manera justa. Así, la resolución judicial integra las lagunas del orden jurídico atendiendo a los criterios de la razón práctica y a los fundados criterios generales de justicia de la comunidad (BVerfGE 9, 338 [349]).

Esta tarea –y facultad– del juez para “crear derecho”,⁴ al menos bajo la vigencia de la Ley Fundamental, en ningún momento ha sido cuestionada seriamente (cf. por ejemplo, R. Fischer, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, núm. 100 [1971], y Redeker, *NJW* 1972, pp. 409 y ss., respectivamente con más referencias). Desde un principio,

⁴ T.O. “schöpferische Rechtsfindung”, que equivale más o menos a “encontrar creativamente”, “inventar” (de *in-venire*) el derecho, lo justo.

los tribunales superiores han hecho uso de esta facultad (ver, por ejemplo, BGHZ 3, 308 [315]; 4, 153 [158]; BAG 1, 279 [280 y ss.] y el Tribunal Constitucional la ha reconocido constantemente (ver, por ejemplo, BVerfGE 3, 225 [243 y ss.]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 y ss.]; 25, 167 [183]). El Gran Senado de los tribunales supremos de la Federación han recibido del legislador el mandato expreso de “desarrollar prospectivamente” el Derecho (ver, por ejemplo, §137 GVG). En algunos campos del derecho –por ejemplo, en derecho laboral– la actividad jurisdiccional ha adquirido una gran importancia en la creación del derecho, debido a que la legislación ha quedado rezagada frente al desarrollo social.

Ciertamente, cabría señalar límites a la creación judicial del derecho para los casos en que –para salvaguardar el Estado de Derecho– resulte indispensable atenerse estrictamente al principio de legalidad. Sin embargo, no es factible encerrar estos casos en una fórmula que, de antemano, resulte válida para todas las ramas del derecho o para todas las relaciones jurídicas creadas o reguladas por la ley.

c) Justicia Penal

122. Sentencia BVerfGE 21, 378 [Doble penalización]

1. *El Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental no se aplica en el contexto de las penas de arresto disciplinario, de conformidad con el ordenamiento disciplinario de las fuerzas armadas y el de las penas criminales.*
2. *Es incompatible con el principio del Estado de Derecho imponer una pena privativa de libertad sin considerar que, por el mismo hecho, se ha cumplido ya una pena de arresto disciplinario.*

Sentencia de la Segunda Sala del 2 de mayo, 1967

–BvR 391/64 y 263/66–

El recurrente prestó su servicio militar obligatorio en el ejército federal desde abril de 1965 hasta junio de 1966.

El 6 de agosto de 1965 el comandante del batallón lo sancionó con una pena disciplinaria de siete días de arresto, con fundamento en que el recurrente había incumplido el 25 de julio de 1965 la restricción a las salidas durante siete días que le había sido impuesta, había desobedecido una orden impartida por un cabo y lo había insultado y atacado. El recurrente cumplió la pena de arresto.

Por la negativa a obedecer y los ataques al cabo, el fiscal presentó una denuncia. El tribunal sentenció al recurrente el 27 de agosto de 1965 –Ms 38/65– por los delitos cometidos de conformidad con los §§20, 25 WStG, 73 StGB, a dos meses de prisión.

El recurrente cumplió la pena de prisión en mayo y junio de 1966.

El Tribunal Constitucional Federal expresó en una resolución del 2 de mayo de 1967 –2BvL 1/ 66– dictada en relación con la consulta de un tribunal militar, que la imposición simultánea de penas criminales y disciplinarias no era violatoria del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental, aun cuando se tratara del mismo asunto. Según dicha disposición, está prohibido imponer –con base en las “leyes penales generales”– varias penas por el mismo hecho,.

Como se infiere de la historia legislativa del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental (véase JöR 1 [1951]; 741 y ss.), por “leyes penales generales” deben entenderse las leyes criminales, no las leyes disciplinarias tradicionales.

En el ámbito del derecho las leyes disciplinarias tradicionales se ha contemplado desde siempre también la pena de arresto. La imposición de una pena criminal junto a una pena disciplinaria podría verse como una “doble penalización” en el sentido del Art. 103, párrafo 3, únicamente si la pena de arresto no tuviera de ninguna forma un carácter disciplinario, sino que se tratara de una verdadera pena criminal. Éste, sin embargo, no es el caso. El Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental no encuentra, por consiguiente, ninguna aplicación en relación con la pena de arresto disciplinario y la pena criminal [...].

La pena de arresto, impuesta por la vía disciplinaria, tampoco excluye la posterior persecución penal por el mismo hecho. Ambos procesos se dirigen hacia diferentes aspectos. Sería, por consiguiente, contrario al principio de la seguridad jurídica y de la equidad, si un hecho, que viola no sólo un deber del servicio, sino también una ley penal, pudiera ser sancionado definitivamente con una pena disciplinaria [...].

No obstante, tampoco sería compatible con el principio del Estado de Derecho que se impusiera una sentencia penal sin tener en cuenta la pena disciplinaria de arresto. La idea de justicia que contempla el concepto del Estado de Derecho (véase BVerfGE 7, 89 [92]; 7, 194 [196]); excluye la posibilidad de sancionar a un soldado con una pena privativa de la libertad, por un mismo hecho, primero disciplinariamente en el ordenamiento disciplinario, y posteriormente por un tribunal penal. Éste ordena, además, que para dimensionar la pena criminal, a pesar de que afecta otros aspectos, se deba tener en cuenta la pena disciplinaria privativa de la libertad.

La exigencia de que se debe tener en cuenta la pena privativa de la libertad, al momento de imponer con posterioridad, por los mismos hechos, una pena de carácter criminal, corresponde también a la tradición del Estado de Derecho.

d) Irretroactividad de las leyes**123. Sentencia BVerfGE 30, 367 [Ley Federal sobre Indemnizaciones]****Sentencia de la Segunda Sala, del 23 de marzo, 1971
–2 BvL 2/66, 2 BvR 168, 196, 197, 210, 472/66–**

El objeto de los procesos aquí acumulados es la modificación del §150 de la Ley Federal de Indemnizaciones (BEG) mediante la Ley Modificatoria de la BEG del 14 de septiembre de 1965 (BGBl, I, p. 1315); la nueva versión concede el derecho a reclamar judicialmente una indemnización únicamente a los “perseguidos” que, a la entrada en vigor de la ley (esto es, de manera retroactiva, al 1 de octubre de 1953), hubieran cumplido los requisitos exigidos por la ley (§150, párrafo 2). La versión anteriormente vigente del §150 BEG no contemplaba una fecha límite (al menos no expresamente).

El derecho a obtener una compensación económica exigía como presupuesto que con las medidas coercitivas del régimen nacional-socialistas, se hubiere causado un daño a la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, la propiedad, el patrimonio o el desarrollo profesional o económico.

La introducción de una fecha límite en el §150, párrafo 2 BEG de la nueva versión, viola el principio del Estado de Derecho (Art. 20 de la Ley Fundamental). Los recursos de amparo se encuentran fundados [...].

De conformidad con el §150 BEG (versión anterior) se encontraban legitimados para exigir una indemnización todos los que habían sido perseguidos por el régimen nacionalsocialista, también aquéllos que a partir del 1 de octubre de 1953 pasaron a ser considerados “expatriados” en el sentido del §1 BVFG. La BEG de 14 de septiembre de 1965, al reformar el §150, modificó retroactivamente la situación jurídica de dicho grupo de personas, negándole así el derecho a una indemnización; así, en lugar de un ordenamiento legal válido para un espacio de tiempo en el pasado, entró otro posteriormente [...].

En el caso del §150, párrafo 2 BEG –nueva versión– se trata de un verdadero efecto retroactivo (retroactividad en sentido estricto), que en el presente caso tampoco se encuentra justificado por circunstancias especiales.

Una ley retroactiva ciertamente no siempre es violatoria de la Constitución. La prohibición absoluta de la retroactividad del derecho penal no se aplica de manera general al ordenamiento jurídico. Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional Federal, las leyes gravosas que comprenden circunstancias de hecho consumadas en el pasado son por lo general “incompatibles con el mandato del Estado de Derecho, al que pertenece –como elemento esencial– la seguridad jurídica, la cual a su vez se traduce para los ciudadanos, en primerísimo lugar, en la protección de la confianza” (BVerfGE 18, 429 [439]; así como 23, 12 [32]; 24, 220 [229]). En este sentido existe un verdadero efecto retroactivo (retroactividad *stricto sensu*) cuando la ley es modificada con posterioridad, interviniendo en supuestos de

hecho pertenecientes al pasado; esto se diferencia de una intervención en situaciones presentes, es decir, en asuntos y relaciones jurídicas que aún no han concluido (retroactividad en sentido impropio, retroactividad retrospectiva) (véase BVerfGE 11, 139 [145 y ss.], jurisprudencia reiterada). La Constitución protege fundamentalmente la confianza en que las consecuencias jurídicas vinculadas a unos hechos ya concluidos se sigan reconociendo (véase BVerfGE 13, 261 [271]) [...].

La BEG, que limita retroactivamente la posibilidad de elevar las reclamaciones judiciales previstas en el §150 BEG –anterior versión– mediante la imposición de una fecha límite, representa para aquéllos que ven excluida de esta manera la posibilidad de una indemnización a la que tenían derecho con anterioridad, una reglamentación que empeora su situación. Por “ley gravosa” debe entenderse no sólo las normas tributarias y otras leyes que contemplan prohibiciones, sino toda norma que afecte negativamente una posición jurídica existente. Para aquéllos que fueron perseguidos, y que luego del 1 de octubre de 1953 se convirtieron en expatriados en el sentido del §1 BVFG –y, en consecuencia, por virtud del §150, párrafo 2 BEG (nueva versión), dejan de estar legitimados para solicitar una indemnización–, la norma impugnada es de naturaleza gravosa.

La disposición interviene también en situaciones de hecho ya concluidas, pues los presupuestos de hecho que las normas la Ley de Indemnizaciones toma como punto de referencia para conferir el derecho a una indemnización se habían consumado en el pasado. Tratándose de preceptos que confieren derechos, por “hechos consumados” debe entenderse exclusivamente la actualización de los presupuestos fácticos, no el “reconocimiento administrativo”, pues el derecho de los particulares no puede depender de los actos de ejecución de las autoridades administrativas. Para poder hablar de un “verdadero efecto retroactivo” respecto de normas que confieren derechos a una reclamación, es suficiente que el legislador intervenga en asuntos que antes de la proclamación de la ley se habían concluido y que cumplen con los presupuestos de los elementos de hecho del derecho vigente hasta ese momento.

La prohibición fundamental de aplicar leyes gravosas con efecto retroactivo descansa sobre la idea de la protección de la confianza, inherente al principio del Estado de Derecho. Excepciones a este principio pueden ser válidas únicamente cuando la confianza en una determinada situación jurídica no es digna de protección, porque ésta no se encuentra justificada materialmente (véase BVerfGE 13, 261 [271 y ss.]). En el presente caso no existen tales circunstancias especiales.

(a) Así, una protección de la confianza no es necesaria cuando al momento que la ley toma como punto de referencia para vincular la consecuencia jurídica, era previsible que el legislador introdujera una norma de este tipo (véase BVerfGE 13, 261 [272] con más referencias).

(b) El ciudadano no puede confiar tampoco en el derecho vigente, cuando la situación jurídica es confusa, indefinida o presenta lagunas (véase BVerfGE 7, 129 [151 ss.]; 11, 64 [73 ss.]; 13, 261 [272]), o rompa con el sistema jurídico y sea injusta en tal medida, que existan dudas serias sobre su constitucionalidad (véase BVerfGE 13,

215 [224]; 19, 187 [197]). En estos casos, el mismo principio del Estado de Derecho exige que la seguridad jurídica y la justicia sean restablecidas retroactivamente mediante una reglamentación aclaratoria [...].

(c) La confianza en la situación jurídica vigente por parte de las personas afectadas tampoco requiere de protección frente a modificaciones retroactivas de la ley que estén justificadas materialmente, cuando con ellas no se cause ningún daño o éste sea irrelevante. El principio del Estado de Derecho no protege contra cualquier decepción (véase BVerfGE 14, 288 [299]; 22, 241 [252]). En general, la reglamentación jurídica debe ser adecuada para –sobre la confianza en su continuidad– generar o influir en decisiones y disposiciones futuras, las cuales se verían como desventajosas en el caso de un cambio en la situación jurídica (BVerfGE 13, 39 [45 y ss.]).

Los daños sufridos por quienes fueron excluidos de la posibilidad de elevar reclamaciones judiciales (por virtud del §150 BEG, nueva versión), consisten en la pérdida del derecho a reclamar una indemnización, que de acuerdo con la situación jurídica podían esperar con seguridad e incluso calcular con precisión de conformidad con la ley, ya que a este respecto las autoridades no tenían ningún poder discrecional. La confianza en esos derechos, que no eran tan sólo simples esperanzas, dio pie a la realización de diversas disposiciones⁵ (sin que deban ser expuestas aquí individualmente por los afectados). Por lo demás, un derecho (de carácter público) a obtener una prestación monetaria considerable representa un valor patrimonial [...]

Debe insistirse en que una regla perjudicial debe evaluarse a la luz del principio del Estado de Derecho, aún cuando sólo afecte a un número muy reducido de ciudadanos. Éstos en todo caso se sentirán defraudados en su confianza legítima en el orden jurídico vigente. Una afectación considerable de esa situación jurídica, aunque solo afecte a un número muy reducido de personas, puede invalidar una norma con efectos retroactivos [...].

Finalmente la consideración de que la nueva reglamentación tenía por objeto facilitar a las autoridades y tribunales la liquidación de las indemnizaciones, no es suficiente para justificar una excepción a la prohibición fundamental de la retroactividad de las leyes gravosas.

Como se ha demostrado que el §150, párrafo 2 BEG –nueva versión– en la dimensión expuesta, es incompatible con la Ley Fundamental por violación del principio del Estado de Derecho, no se hace necesario establecer si también viola los arts. 3, párrafo 1 y 14 de la Ley Fundamental.

Por lo anterior, en la medida en que el §150, párrafo 2 BEG –nueva versión– es incompatible con la Ley Fundamental, debe declararse su nulidad de conformidad con lo dispuesto en el §78 BVerfGG.

⁵ Al parecer, la sentencia hace referencia a la planeación económica de los afectados, incluyendo, por ejemplo, la contratación de créditos y demás obligaciones.

Se revocan las sentencias del Tribunal Federal Supremo dictadas con base en la disposición declarada inconstitucional; los procesos deberán ser remitidos al Tribunal Estatal que dictó la sentencia.

§ 27. FINANCIAMIENTO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS - ARTÍCULO 21 (1) DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 21

1. Los partidos políticos participan en la conformación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y utilización de sus recursos, así como de su patrimonio.

124. Sentencia BVerfGE 8, 51 [Financiamiento de partidos políticos]

3. *El legislador no se encuentra obligado a equilibrar las diferencias fácticas existentes en cuanto a las oportunidades que tienen los partidos políticos para competir, derivadas de las diferencias en la estructura sociológica de los partidos. Pero no le está permitido, sin un motivo forzoso, adoptar una reglamentación que agrave las desigualdades fácticas, ya existentes, en las oportunidades que tienen los partidos políticos para competir.*
4. *Una ley que contempla un tratamiento fiscal por el que –mediante el otorgamiento de beneficios fiscales para los donativos otorgados a partidos políticos– se introduce una diferencia en la capacidad de influir de los ciudadanos en la conformación de la voluntad política, con base en el monto de los ingresos, no es compatible con el principio de igualdad, que gobierna el ejercicio de los derechos políticos en una democracia libre.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 24 de junio, 1958

En vista de los inmensos gastos financieros que requiere una campaña política moderna, hoy en día todos los partidos políticos dependen de donaciones; ninguno está en condiciones de cubrir la totalidad de sus requerimientos financieros, incluyendo los costos de la propaganda electoral, exclusivamente con las cuotas de sus miembros. En una democracia multipartidista, todos los partidos políticos están llamados por igual a colaborar en la conformación de la voluntad política del pueblo, ya sea que se encuentren del lado del gobierno o de la oposición. Ciertamente el Estado no se encuentra obligado a satisfacer, mediante disposiciones legales, las necesidades económicas de

los partidos políticos. Sin embargo, si el legislador adopta una norma que de algún modo tenga por objeto promover la financiación de los partidos políticos, ésta debería ser conforme con la Constitución, y no podrá violar el derecho fundamental de los partidos a la igualdad de oportunidades.

Las disposiciones atacadas establecen que *todos los contribuyentes* obligados a pagar impuestos al ingreso o impuestos corporativos,⁶ pueden otorgar donaciones hasta por un determinado importe *a cualquier partido político*, las cuales podrán ser deducidas del ingreso base para determinar su obligación tributaria. Según el tenor literal de esta disposición, la regulación beneficia a todos los partidos políticos por igual, otorgándoles las mismas oportunidades para obtener donaciones.

Sin embargo, también una ley cuyo texto evita dar un tratamiento desigual y circunscribe su ámbito de aplicación en forma general y abstracta, puede contravenir el principio de igualdad cuando, de sus efectos prácticos, se produce una abierta desigualdad y ese efecto desigual es causado directamente por la reglamentación legal. No es la forma externa lo decisivo, sino su contenido material [...].

Como la tasa en el caso del impuesto al ingreso se aumenta progresivamente, es decir, en forma proporcional al ingreso que sirve de base gravable, hasta alcanzar un tope del 53%, y la tasa del impuesto de las sociedades corresponde en general a un 45%, la posibilidad de dar donaciones a un partido político para deducirlas de los impuestos actúa como incentivo para dar donaciones, especialmente para las sociedades y personas con mayores ingresos. Con base en la nueva ley, están en condiciones –bajo ciertos presupuestos– inclusive de duplicar sus donaciones respecto de la regulación anterior, sin tener que erogar de su propio bolsillo un importe más alto. Para las personas con pequeños ingresos, cuya obligación tributaria la genera su salario, por el contrario, las deducciones tributarias por donaciones a partidos políticos no constituyen un incentivo, ya que la posibilidad financiera que tienen para dar donaciones es tan baja, que con ellas no se sobrepasa el importe total que determina la tarifa de los gastos especiales.

De acuerdo con la experiencia, las donaciones en dinero otorgadas a un partido político suelen estar motivadas por intereses particulares; las donaciones políticas tienen, por lo general, un carácter político o económico, al contrario de lo que ocurre con las donaciones con una finalidad caritativa, religiosa o científica, que son más bien una expresión de liberalidad, sin la expectativa de obtener una ventaja. Existe también la tendencia a que los donantes den dinero sólo al partido cuyo programa y actividad que ha desarrollado en el parlamento y en el gobierno correspondan a sus especiales intereses políticos [...]; de ahí que las disposiciones impugnadas tengan como consecuencia que aquellos partidos cuyo programa y actividades sean del gusto de los grandes capitales, se vean más favorecidos. Es cierto que el legislador no se encuentra obligado a equilibrar las diferencias de oportunidad fácticas, que se originan en las diferencias en la estructura sociológica de los partidos. Pero tampoco le está permitido,

⁶ Impuestos de las sociedades de capital.

sin un motivo apremiante, adoptar disposiciones que hagan más graves las diferencias ya existentes. La presente ley está concebida de modo tal que los importes tributarios a los cuales renuncia el Estado, fortalecen a determinados partidos políticos en el proceso de conformación de la voluntad estatal.

Las disposiciones de la “Ley del Impuesto al Ingreso” y de la “Ley del Impuesto al Ingreso de las Corporaciones”, así como de los dos decretos para su ejecución, violan además el derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos.

El principio tributación progresiva conduce –en el presente caso– a que aquellos ciudadanos que mediante el otorgamiento de donaciones a los partidos han hecho uso de su derecho democrático a participar en la conformación de la voluntad estatal, obtienen como contribuyentes una ventaja material diferente. Debido a que el dinero tiene una importancia significativa para la preparación de las elecciones, y debido a que un partido con abundantes medios económicos a su disposición puede por lo general desplegar una propaganda más efectiva que un partido con menos medios financieros, los donantes que cuentan con mayores ingresos podrán contribuir a que su opinión política tenga mayor fuerza publicitaria, y con esto lograr una influencia política con mayor efecto del que puede ejercer la de los donantes con menores ingresos. Tratándose de donaciones a partidos políticos, la persona que percibe ingresos más altos ahorra en términos absolutos y relativos un importe mayor en impuestos que el donante con menores ingresos; puede decirse que, de este modo, la opinión política del primero se ve privilegiada. Una diferencia tal, en el trato de la influencia del ciudadano en la conformación de la voluntad política, creada mediante una ley tributaria y basada en el monto del ingreso, no es compatible con el principio de igualdad que rige el ejercicio de los derechos políticos en una democracia libre.

§ 28. LA FUNCIÓN PÚBLICA - ARTÍCULO 33 (5) DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 33

5. El estatuto legal del servicio público se establecerá teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera.

125. Sentencia BVerfGE 8, 1 [Sueldos de funcionarios públicos]

1. *No existe ningún “principio tradicional” en el sentido del Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, que le garantice a los funcionarios un derecho adquirido al pago de un determinado salario de acuerdo con una suma.*

2. Existe un “principio tradicional” en el sentido del Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, que garantiza a los funcionarios –de conformidad con su rango, las responsabilidades relacionadas con su cargo y la importancia de su función para la comunidad– un sustento adecuado, que corresponde al desarrollo del contexto financiero y económico general. Ese principio debe ser respetado por el legislador. El Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental otorga a los funcionarios públicos, por tanto, un derecho individual, similar a un derecho fundamental, cuya violación –de conformidad con el §90, párrafo 1 BVerfGG– puede ser impugnada a través de un recurso de amparo.
3. En el proceso del recurso de amparo el Tribunal Constitucional Federal no puede declarar la nulidad de una ley de salarios que, por una modificación de las condiciones de vida, haya dejado de cumplir con los requisitos para brindar un sustento adecuado y, por consiguiente, haya dejado de ser compatible con el Art. 33, párrafo 5. Más bien, el Tribunal debe limitarse a señalar que el legislador, al haber omitido modificar los salarios, violó el derecho del funcionario contemplado en el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental.

Sentencia de la Primera Sala, del 11 de junio, 1958

4. El principio originado antes y durante la vigencia de la Constitución de Weimar, de que “el Estado ha de garantizar a los funcionarios públicos un sustento adecuado”, debe ser respetado como un *principio tradicional de la función pública* al momento de reglamentar el servicio público de carrera (véase al respecto, BVerfGE 3, 58 y ss. [137]). En el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental deja al legislador, en principio, un amplio margen de discrecionalidad para adaptar la legislación en materia de función pública a los requisitos de un Estado democrático libre y a sus posteriores desarrollos. Sin embargo, no le concede una libertad reglamentaria absoluta. El principio tradicional arriba mencionado debe ser valorado en su significado para la institución de la función pública en una democracia liberal, en el marco de un Estado de Derecho y un Estado social; de esto dependerá la forma y la magnitud de su acatamiento. La función pública de carrera puede cumplir con las funciones que se le atribuyen de garantizar una administración estable, constituyéndose así en un factor de equilibrio frente a las fuerzas políticas que configuran la actividad estatal, únicamente cuando cuenta con las debidas garantías jurídicas y económicas (BVerfGE 7, 155 [162/163]).

Por consiguiente, es ineludible la consecuencia de que el aseguramiento de un sustento adecuado ha de ser visto como un principio tradicional particularmente indispensable, a cuyo *acatamiento* se encuentra obligado el legislador.

5. Con la garantía objetiva de un sustento adecuado, el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental le otorga a los funcionarios públicos en particular un derecho individual, similar a un derecho fundamental, frente al Estado. Éste debe inferirse, ante todo, de las características de las relaciones jurídicas de la función pública. El funcionario ve al

Estado como su patrono, pero ese patrono es, desde su posición de legislador, competente y responsable de la reglamentación de la relación legal, de la distribución de los derechos y deberes mutuos. El funcionario no tiene ninguna posibilidad legal de influir en la estructuración de su relación laboral, especialmente en el monto de su salario; tampoco tiene el derecho, de acuerdo con los consabidos principios, para iniciar luchas colectivas con el objeto de promover intereses laborales conjuntos. Él se encuentra sometido a las reglas que su patrono, como legislador, ha adoptado. Si la Ley Fundamental en su Art. 33, párrafo 5 pretende garantizar *directamente* que la legislación en materia de función pública cumpla con unos determinados requisitos mínimos, limitados estrechamente en la Constitución, entonces es de suponer la aceptación de que a los implicados directa y principalmente, se les debe otorgar el correspondiente derecho individual para que puedan hacer valer, también legalmente, su posición constitucional, en concordancia con los principios básicos del Estado de Derecho y del Estado Social (véase también, BVerfGE 6, 386 [387/388]).

Esta suposición se fortalece al mirar el desarrollo histórico que, desde la época de la monarquía constitucional, ha sido consecuente en afirmar que la protección legal individual de los funcionarios debe extenderse a fin de abarcar, de modo particular, su situación patrimonial. Si se tiene en cuenta la tendencia general dirigida al fortalecimiento de la protección jurídica del individuo, entonces se deberá llegar a la conclusión que el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, garantiza a los funcionarios públicos un derecho individual consagrado constitucionalmente. También a este derecho se refiere el §90, párrafo 1 BVerfGG cuando permite interponer un recurso de amparo por violaciones al Art. 33 de la Ley Fundamental.

6. Se puede hacer valer un recurso de amparo, con fundamento en el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental por violaciones al derecho a un adecuado sustento, en dos sentidos:

a) Como la pretensión patrimonial del funcionario público a un salario legal se extiende al hecho de que la reglamentación salarial corresponda al ordenamiento constitucional (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental), el funcionario que considere inconstitucional un recorte salarial puede impugnar el recorte ante el tribunal competente (véase §172 BBG). Si el tribunal se adhiere a la opinión del funcionario, deberá someterse a la decisión del Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Si, por el contrario, el tribunal considera que el recorte –y, por consiguiente, la derogación o modificación de la reglamentación anteriormente vigente– es constitucional, entonces al funcionario podrá interponer el recurso de amparo, después de haber agotado las instancias legales, de conformidad con el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental.

b) Si, por el contrario, el funcionario –sin que se hubiere dado un recorte salarial– es de la opinión que las reglas salariales vigentes hasta ahora, a consecuencia de un cambio de las circunstancias, como sería el caso de una modificación legislativa ordenada constitucionalmente, ha dejado de garantizar los derechos mínimos contemplados

en el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, no podrá –como se deriva de las explicaciones consignadas en el literal B II 3– acudir al tribunal competente para invocar su pretensión salarial. Ello estaría en oposición con el consabido principio de que el ejercicio de la función pública debe reglamentarse de manera general mediante ley (Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental), así como con la posición de los tribunales en el marco de la Ley Fundamental (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Éstos no pueden asignar a un funcionario público en particular un salario no reglamentado en la ley. No obstante, el §90, párrafo 1 BVerfGG le abre al funcionario la vía para un recurso de amparo en contra del legislador (BVerfGE 6, 275 ss.).

aa) El Tribunal Constitucional Federal tampoco está autorizado para determinar libremente, por fuera de la reglamentación legal general, un salario al funcionario de manera individual (Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental). Como tribunal, tampoco puede –con base en una demanda individual– suplantar al legislador y determinar *motu proprio* la regulación general que considere necesaria (Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal puede decidir si la ley existente no cumple con los requisitos mínimos contemplados en el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental. Para el análisis de esa pregunta se debe tener en cuenta, por supuesto, el poder discrecional del Legislativo y todas las consideraciones constitucionales admisibles que, por ejemplo, hubieran podido detener al legislador para llevar a cabo una modificación de la legislación salarial. Sólo entonces, cuando se determina que ha dejado de haber un fundamento constitucional para conservar la reglamentación hasta entonces vigente, y de la Constitución se origina la necesidad de una modificación legislativa con la univocidad que requiere una decisión jurisdiccional, puede el Tribunal Constitucional Federal establecer que las leyes vigentes violan el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental.

bb) Sin embargo, del consabido principio de que los salarios deben ser reglamentados de manera general mediante ley se deriva una restricción significativa para el contenido de una decisión de este tipo:

En principio, una ley inconstitucional debe ser declarada nula. Sin embargo, en el caso de una ley de salarios que, a consecuencia de un cambio en las circunstancias, ha dejado de cumplir con los requisitos mínimos para garantizar un sustento adecuado, una decisión del Tribunal Constitucional Federal de este tipo provocaría una situación que correspondería menos aún con el ordenamiento constitucional; pues el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental exige que debe existir una reglamentación salarial de carácter general prevista en ley. Debido a la relación de ambos principios constitucionales –la garantía de un sustento adecuado y la reglamentación legal salarial– el Tribunal Constitucional Federal no puede, por consiguiente, declarar la nulidad de las leyes salariales que se tornan insuficientes; en estos casos se debe limitar a determinar que el legislador federal, al haber omitido modificar los salarios, violó el derecho contemplado en el Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental. Una decisión de este tipo, que –en un primer momento– deje vigente una ley de salarios insuficiente, no carece de significado

práctico, pues ella obliga al legislador a actuar de modo tal que cumpla con la Constitución (BVerfGE 6, 257 y ss. [265/266]).

126. Sentencia BVerfGE 44, 249 [Sueldos de funcionarios públicos]

1. *Determinar si los emolumentos de los funcionarios públicos, incluyendo las prestaciones de vejez y viudez, son suficientes en el sentido del Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, debe valorarse únicamente con base en el ingreso neto, o sea, con el ingreso que el funcionario percibe y del que puede disponer, luego de que hayan sido deducidos los impuestos.*
2. *El Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, que hoy debe ser analizado también en relación con el Art. 6 de la Ley Fundamental y con las decisiones valorativas de la Constitución contenidas en el principio del Estado social, exige que en la vida real los funcionarios públicos –sin consideración al tamaño de sus familias– puedan prácticamente “permitirse lo mismo”.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 30 de marzo, 1977

Los recursos de amparo se dirigen en contra del salario de funcionarios, jueces y soldados beneficiados por las *compensaciones generales para equilibrar las cargas familiares*; en los recursos se afirma que aquéllas son insuficientes, en vista de las cargas económicas ocasionadas por el sustento y la educación de los niños.

3. El consabido principio –que ha de ser acatado– según el cual la función pública y la carrera judicial exigen un sustento adecuado, esto es, que los emolumentos, así como las prestaciones de vejez y viudez, deben ser fijados con base en el rango, significado y responsabilidad del funcionario, y con el correspondiente desarrollo del contexto general, a fin de garantizar un sustento adecuado, y como presupuesto para tal efecto, se exige que el funcionario se dedique exclusivamente a la profesión del servicio público, y que, con independencia económica, contribuya al cumplimiento de la función –asignada por la Ley Fundamental a la función pública– de asegurar en el juego de las fuerzas políticas una administración estable y confiable (BVerfGE 39, 196 [201]). Por consiguiente, a la estructura de los cargos administrativos al interior de la organización estatal corresponde una graduación de los emolumentos dentro del ordenamiento salarial.

El legislador debe concretizar que los emolumentos que perciben los servidores públicos –incluyendo las prestaciones de vejez y viudez– sean adecuados. Para ello, además de los ya citados puntos de vista –el significado de la institución de la función pública, la necesidad de que la profesión de funcionario sea atractiva para personas cualificadas, el reconocimiento de la administración ante los ojos de la sociedad, la preparación exigida a los funcionarios, la responsabilidad del cargo, el desgaste al que está expuesto el funcionario (el cual frecuentemente es considerado como *prestación*)–,

se debe tener en cuenta también que hoy día, según la opinión general, dentro de las necesidades humanas se encuentran no sólo las necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda, sino que—con miras al estándar general de vida, así como a las costumbres generales de vida y de consumo—debe incluirse también un mínimo de confort: por ejemplo, la dotación del hogar con electrodomésticos comunes (incluyendo su mantenimiento), equipos de radio y televisión y sus costos corrientes, suscripciones a periódicos y revistas, asistencia a teatros y presentaciones similares, automóvil, viajes de vacaciones, contrato de ahorro para vivienda, seguro de vida y seguro de enfermedad, gastos de educación, actividades sociales y políticas y actividades de esparcimiento. El concepto de *alimentos* en la actual sociedad de bienestar significa más que el mero otorgamiento del sustento, como se entendía en otros tiempos, caracterizados por privaciones y escasez para amplios círculos de la población. El principio de *alimentación* conlleva un criterio que debe concretizarse de modo acorde con los tiempos (véase Castner, en *Schmollers Jahrbuch*, 82, 1962, pp. 461, 479 y ss.; Fürst: *Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht (GKÖD)* 1, K §82, Rz. 14).

Determinar si los emolumentos de los funcionarios públicos, incluyendo las prestaciones de vejez y viudez, son suficientes en el sentido del Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, debe valorarse únicamente con base en el ingreso neto, o sea, con el ingreso que el funcionario percibe y del que puede disponer, luego de que hayan sido deducidos los impuestos. Se deben adoptar disposiciones en materia tributaria que permitan que, del ingreso bruto de cada funcionario público, quede lo suficiente para que él y su familia puedan llevar, en lo posible, una vida acorde con su cargo, o se deben fijar emolumentos brutos suficientemente altos, de modo que—después del pago de impuestos, conforme a las normas fiscales generales—se garantice a los funcionarios un ingreso para él y su familia adecuado a su cargo y posición.

4. Mientras que los emolumentos, las prestaciones de vejez y supervivientes, no queden por debajo de los límites de un sustento adecuado, en los términos arriba explicados, corresponde al legislador determinar si—y en qué medida—las prestaciones generales que fuera del ámbito del derecho burocrático se le garantizan a todos los ciudadanos han de ser consideradas dentro del concepto de *alimentos* de los funcionarios públicos.

5. Lo que de acuerdo con esto le corresponde constitucionalmente al funcionario por concepto de *alimentos* depende evidentemente del tamaño de su familia y de los correspondientes gastos para su manutención. El legislador tiene varias posibilidades para cumplir ese mandato de la Constitución. El funcionario no tiene un derecho autónomo derivado del Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, a que se cubran los gastos de manutención de sus hijos, como tampoco a que esa manutención se multiplique con base en el número de hijos que tiene. Los costos de la manutención de los hijos dentro de una familia son más bajos que los costos de manutención para una persona fuera del círculo familiar. Y los costos de manutención de una familia no se incrementan en la misma cantidad con el aumento de cada hijo. Sin embargo, se requiere una valoración

de los emolumentos para que el funcionario y su familia no tengan que restringirse debido al aumento del número de hijos, o que ellos tengan que renunciar a satisfacer las necesidades, parcial o totalmente, para cuya satisfacción se requiere de los emolumentos adecuados, de acuerdo con lo determinado en el punto 3. Esto no se puede contabilizar hasta el último céntimo, y por consiguiente al legislador se le debe conceder un espacio para la reglamentación. El Art. 33, párrafo 5 de la Ley Fundamental, que hoy debe ser analizado también en relación con el Art. 6 de la Ley Fundamental y con las decisiones valorativas de la Constitución contenidas en el principio del Estado social, exige que en la vida real los funcionarios públicos –sin consideración al tamaño de sus familias– puedan prácticamente “permitirse lo mismo”. Si una reglamentación lleva de manera evidente a que una familia, a causa de un mayor número de hijos y de los gastos para su manutención y estudio –es decir, por lo general para los años en que los hijos viven en el hogar–, deba renunciar a celebrar un contrato de ahorro para vivienda, a tener los electrodomésticos acostumbrados, a participar en eventos culturales, a las vacaciones, etc. y al configurar su vida privada deba imponerse restricciones –por ejemplo al comprar ropa– y, en ese sentido, deba vivir más austeramente que otros funcionarios (solteros, sin hijos, o que tengan sólo uno o dos hijos) que se encuentren dentro del mismo nivel salarial, debe considerarse entonces que para las familias con un número grande de hijos se ha violado el principio según el cual debe garantizarse un sustento adecuado al cargo.

Cuarta parte - La aplicación del derecho (Arts. 100 - 104 de la Ley Fundamental)

§ 29. EL CONTROL DE LAS NORMAS - ARTÍCULO 100 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 100

1. Si un tribunal considera que una ley –de cuya validez depende el fallo– es inconstitucional, se suspenderá el procedimiento. En tal caso, se someterá la cuestión –cuando se trate de la violación de la Constitución de un Estado Federado– al tribunal competente para resolver controversias constitucionales; cuando se trate de violaciones a esta Ley Fundamental, el asunto se someterá a consideración del Tribunal Constitucional Federal. Lo anterior rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Estado Federado o de la incompatibilidad de una ley de un Estado Federado con una ley federal.
2. Si en el curso de una controversia jurídica existieran dudas acerca de si una regla del derecho internacional forma parte integrante del derecho federal, así como si constituye fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión del Tribunal Constitucional Federal.
3. Si el Tribunal Constitucional de un Estado Federado –al interpretar la Ley Fundamental– quisiera apartarse de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado Federado, deberá recabar la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

(Véase también la Sentencia BVerfGE 11, 126).

127. Sentencia BVerfGE 1, 184 [Control de normas I]

1. *Al control de normas por parte del Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se someten sólo las*

leyes en sentido formal, incluyendo la legislación expedida durante un estado de excepción de conformidad con el Art. 81 de la Ley Fundamental.

2. *La competencia del Tribunal Constitucional Federal para decidir, de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, es admisible sólo cuando el tribunal de conocimiento considera inconstitucional la ley. Simples dudas son insuficientes.*

Sentencia de la Primera Sala, del 20 de marzo, 1952

[...] en el proceso de examen de un bando de policía y buen gobierno expedido por el Ministerio del Interior de Nordrhein-Westfalen [...].

El Tribunal Estatal de Bielefeld, mediante auto del 27 de septiembre de 1951 –7 Qs 248/5– suspendió el proceso penal en contra del albañil Hans Heinrich L. de M., de conformidad con el Art. 100, párrafo 1, y solicitó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. El tribunal expresó dudas sobre la compatibilidad de un bando de policía y buen gobierno, del 28 de abril de 1951, con los Arts. 4, 5, 8, 9, 17 y 19 de la Ley Fundamental.

El tenor del Art. 100 de la Ley Fundamental es confuso; la Ley Fundamental utiliza unas veces el término *ley* en sentido material, otras en sentido formal. Además, ni la historia legislativa ni el desarrollo histórico de las normas sobre control jurisdiccional brindan elementos suficientemente seguros para la interpretación de la expresión “ley” en el Art. 100 de la Ley Fundamental. En vista de ello, se requiere una decisión sobre si los tribunales pueden negar por vía de incidente la compatibilidad de decretos con la Ley Fundamental, o si en estos casos deben solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal de conformidad con el Art. 100 de la Ley Fundamental; tal decisión sólo puede derivarse tomando en consideración el significado del control de normas en su totalidad, dentro del marco de la Ley Fundamental, y las funciones que de ahí se derivan para el Tribunal Constitucional Federal.

1. En el caso del control de las normas, de conformidad con el Art. 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental, la función del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, se encuentra en primer plano. El Tribunal Constitucional Federal debe velar porque la Ley Fundamental no sea quebrantada formal ni materialmente por normas jurídicas de carácter federal o local; por otro lado, debe evitarse el peligro –derivado de la estructura federativa– de que el derecho federal restante sea infringido por el derecho estatal; sin embargo, no se le ha impuesto al Tribunal Constitucional Federal ninguna obligación de velar *ex officio* [...].

Si se pone en duda la validez de algún decreto o reglamento por una supuesta inconstitucionalidad, entonces todos órganos superiores del Ejecutivo tienen la posibilidad –cada uno de manera independiente– de solicitar la intervención del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución.

2. Por el contrario, en el caso del control de normas en términos del Art. 100 de la Ley Fundamental, la función del Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, se coloca en un segundo plano.

De la lectura del Art. 100 de la Ley Fundamental se desprende, atendiendo simplemente a su tenor literal, que esta disposición no busca excluir a los tribunales del examen y decisión de todos los asuntos constitucionales en una controversial legal particular y fundamentar de este modo la competencia [absoluta] del Tribunal Constitucional Federal. Por el contrario, los tribunales pueden y deben examinar la constitucionalidad de las disposiciones que se les ponen a consideración para su decisión, así como la compatibilidad del derecho estatal con el federal. Así, los tribunales pueden, por virtud de sus competencias propias, afirmar dicha compatibilidad. Si con una decisión de este tipo resulta una violación de la Ley Fundamental, porque la interpretación judicial es inconstitucional y, por consiguiente, nula, entonces el Tribunal Constitucional Federal –en su carácter de guardián de la Constitución– podrá actuar sólo en el marco del control de normas regulado en el Art. 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental o, tratándose de violaciones de los derechos fundamentales, con fundamento en un recurso de amparo. Del Art. 100 de la Ley Fundamental, sin embargo, no se puede derivar para el Tribunal Constitucional Federal una competencia de este tipo para la protección de la Constitución.

Por el contrario, de conformidad con el Art. 100 de la Ley Fundamental, es función del Tribunal Constitucional Federal cuidar de que ningún tribunal pase por alto la voluntad del legislador federal o estatal, negándose a aplicar las leyes vigentes amparándose en que éstas violan la Ley Fundamental o la jerarquía entre normas federales y estatales. El examen jurisdiccional se encuentra, sin embargo, limitado a un incidente donde únicamente se puede afirmar la constitucionalidad de la respectiva norma. En caso de una negativa, los tribunales sólo tienen facultad de realizar un examen previo. De este modo se excluye la posibilidad de que se cause una injerencia en perjuicio del Poder Legislativo.

Precisamente la amenaza que representa para el Poder Legislativo la ampliación del examen judicial, fue uno de los mayores obstáculos en contra de otorgarle al juez una competencia general en la materia [...].

Esta clase de objeciones contra la competencia general de los jueces de examinar las disposiciones de carácter general, carecen de importancia respecto de los decretos y reglamentos. Como ya se expuso, es indiscutible que los tribunales están facultados para examinar la constitucionalidad de los decretos en casos concretos, en la medida que esta posibilidad no se encuentra excluida de manera expresa. Desde que el examen judicial se puede ejercer incluso respecto de las leyes (RGZ 111, 320), se plantea el problema de cómo conjurar el peligro de que cualquier tribunal pueda dejar de aplicar los actos del Poder Legislativo. Con fundamento en esta competencia judicial de carácter general respecto de las *leyes*, se planteó la pregunta sobre la posibilidad de concentrar la competencia en un tribunal especial, ya sea constitucional o estatal.

No obstante, las competencias de revisión de los tribunales ordinarios, en la medida que éstos pueden negar la legalidad de las normas jurídicas, encierran también el peligro de la inseguridad jurídica y de la dispersión del ordenamiento legal. Éste podría ser un argumento para atribuir la competencia para examinar también los decretos y reglamentos a un solo tribunal [...].

Sin embargo, de conformidad con la Ley Fundamental, para la revisión de los decretos por un solo tribunal, no existe peligro alguno de que pueda generarse inseguridad jurídica o dispersión del ordenamiento jurídico, debido a que el Art. 93, párrafo 1, inciso 2 de la Ley Fundamental contempla para el control de las normas, como ya se expuso, suficientes posibilidades para poder solicitar la decisión oportuna y vinculante del Tribunal Constitucional Federal sobre la constitucionalidad de los decretos.

Otra cosa ocurre, sin embargo, en el caso de las leyes. En este campo, en efecto, como lo muestra la tendencia en el pasado hacia un monopolio de la revisión, una competencia general de los tribunales para examinar la constitucionalidad de las leyes dio origen a una inseguridad jurídica y a la dispersión del ordenamiento legal; pues los órganos legislativos de los estados, cuyas leyes pueden ser consideradas por los tribunales ordinarios como violatorias de la Ley Fundamental o como violatorias del derecho federal, carecen de la competencia para interponer una acción de control de normas ante el Tribunal Constitucional Federal en términos del Art. 93, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Ciertamente, la reglamentación de la petición para este control de las normas, que contempla a los gobiernos estatales pero no a los parlamentos de los estados, señala con toda claridad que la concentración del control de las normas, en tanto que éste tiene por objeto evitar la inseguridad jurídica y la dispersión del ordenamiento jurídico, es necesaria sólo para las leyes y no para los decretos.

Así, ni la postura del Tribunal Constitucional Federal como defensor de la Constitución ni la reglamentación general del control de las normas se pronuncian a favor de incluir los decretos en el Art. 100 de la Ley Fundamental. En cambio, la reglamentación del control de las normas, de conformidad con el Art. 100 de la Ley Fundamental se pronuncia en contra de dicha inclusión: Si esa disposición se ampliara también a los decretos y reglamentos, entonces todo tribunal debería solicitar una decisión del Tribunal, no sólo cuando considera que un decreto de la Federación o de un estado viola la Ley Fundamental, sino también cuando un decreto o reglamento de un estado fuera incompatible con una ley federal [...].

3. En vista de las extensas competencias del Tribunal Constitucional Federal, la interpretación aquí desarrollada corresponde también con el mandato de limitar la actividad del Tribunal Constitucional Federal, en el marco del control de las normas, únicamente a las funciones más importantes.

128. Sentencia BVerfGE 2, 124 [Control de normas II]

Las leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, 24 de mayo de 1949, no se encuentran sometidas al control de las normas que realiza el Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

Sentencia de la Primera Sala, del 24 de febrero, 1953

–1 BvL 21/51–

[...] estos principios llevan forzosamente a la conclusión de que todo tribunal debe examinar y decidir –en forma autónoma– si las leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental son o no compatibles con ésta.

La decisión sobre la compatibilidad del derecho preconstitucional con la Ley Fundamental no afecta la autoridad del Poder Legislativo. Si un tribunal declara inconstitucional una norma expedida con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución (derecho preconstitucional) por considerarla incompatible con la Ley Fundamental y, por consiguiente, la deja sin vigencia, ello no significa que esté haciendo a un lado la voluntad original del legislador. El examen para determinar si una ley es compatible con una Constitución expedida con posterioridad parte precisamente del supuesto de que la norma sometida a revisión gozaba originalmente de eficacia jurídica, pues sólo cuando se considera eficaz el acto legislativo de un legislador anterior puede plantearse la pregunta de su compatibilidad con la Ley Fundamental posterior. Sin embargo, si se declara que dicha ley es incompatible con la Constitución, ello en nada merma o desprestigia la autoridad del legislador anterior, sino simplemente se afirmará de manera objetiva que la voluntad legislativa posterior tiene prioridad sobre la voluntad legislativa anterior, con la cual discrepa.

**§ 30. PROHIBICIÓN DE TRIBUNALES DE EXCEPCIÓN
- ARTÍCULO 101 DE LA LEY FUNDAMENTAL****Artículo 101**

1. Se prohíben los tribunales de excepción. Nadie puede ser sustraído de su juez legítimo.
2. Tribunales para materias especiales pueden ser instituidos sólo mediante ley.

129. Sentencia BVerfGE 4, 412 [Juez legítimo]

1. *El Art. 101, párrafo 1 de la Ley Fundamental se aplica no sólo a los jueces de conocimiento, sino también al juez que fija la fecha para la audiencia principal.*
2. *El Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental se viola también si un juez excluido –presidente de una sala colegiada– con base en su autoridad, influye de manera decisiva en la fijación de la fecha de audiencia, a fin de que conozca del asunto un juez determinado.*
3. *Si una sentencia se basa en la audiencia fijada de este modo, entonces ella misma transgrede el Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental. Se considera que una sentencia se basa en la audiencia fijada de este modo cuando no pueda excluirse que, si la fijación de la fecha se hubiese realizado conforme a la Constitución, el tribunal hubiera estado integrado de otra forma.*

Sentencia de la Primera Sala, del 20 de marzo, 1956
–1 BvR 479/55–

En la audiencia del 20 y 21 de diciembre de 1954, el recurrente fue condenado a un año de prisión. En su recurso de revisión el recurrente argumentó, entre otras cosas, que había sido sustraído de su juez natural, porque los jueces del Tribunal Estatal, Dr. R. y Dr. O., no habían participado en la decisión, y la fecha de la audiencia principal había sido fijada con base en una instrucción girada por el presidente de la Primera Sala Penal, el Dr. M. –director del Tribunal Estatal– quien, con base en la distribución de turnos, estaba excluido para conocer del asunto; además, la fecha había sido fijada por el juez del Tribunal Estatal Dr. L, con exclusión del Dr. R y Dr. O.

El recurso de amparo es admisible y se encuentra fundado.

I. La decisión se relaciona con las siguientes consideraciones legales:

1. El mandato de que “nadie puede ser sustraído de su juez legítimo” tiene por objeto garantizar la independencia de los tribunales, así como evitar injerencias de personas no autorizadas en la administración de justicia; al mismo tiempo, busca proteger la confianza –tanto de los particulares que acuden a buscar justicia como de la opinión pública– en la imparcialidad y objetividad de los tribunales. Con este principio se relaciona a su vez la histórica “prohibición de los tribunales de excepción”, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de aquél. En esencia, como estas disposiciones desarrollan el principio del Estado de Derecho en el ámbito de la organización de los tribunales, fueron acogidos en la mayoría de las Constituciones de los Estados alemanes del siglo XIX, y se les dio así el rango de un precepto constitucional. El Art. 105 de la Constitución de Weimar continuó con esa tradición. En la medida en que los principios del Estado de Derecho y de la división de poderes se refinaron, se perfeccionaron también las disposiciones referentes al juez natural. La ley orgánica de los tribunales, el ordenamiento procesal y el plan de distribución [turno] de los asuntos en los tribunales

determinan la competencia territorial y material, la distribución de los asuntos y la integración de cada una de las secciones, cámaras y salas del tribunal. Originalmente el mandato de que “nadie puede ser sustraído de su juez legítimo”, se dirigía hacia afuera, y buscaba particularmente evitar toda forma de “justicia de gabinete”; sin embargo, luego se extendió su función de protección a fin de evitar que alguien, a través de medidas al interior de la organización del tribunal, sea sustraído del juez que por ley está llamado a conocer de su asunto.

2. Esto no significa que el Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, se viole en todo caso en que actúe un juez distinto al “juez natural”. Si la medida adoptada por un juez –por la que se produce esa consecuencia– se basa en un error procesal (*error in procedendo*), entonces se excluirá la existencia de una violación del Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental (BVerfGE 3, 359 [364]). No hace falta analizar aquí la diferencia entre un “error procesal” y la “sustracción del juez legítimo” y el modo en que deben delimitarse ambos conceptos; se debe excluir la existencia de un “error procesal” –simplemente atendiendo al concepto– en los casos en que una persona o instancia ajena al tribunal ejerce algún tipo de injerencia. Debe decirse lo mismo tratándose de personas que, a pesar de encontrarse dentro de la organización judicial –ya sea en forma general o por estar excluidas para conocer sobre un determinado asunto– carecen de funciones jurisdiccionales [...].

3. Tales personas pueden llevar a cabo injerencias en la administración de justicia violatorias del Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, no sólo cuando se arrogan funciones jurisdiccionales, sino también cuando con su autoridad, influyen directamente en actividades jurisdiccionales, en su contenido concreto. Sólo si el Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental brinda protección frente a este tipo de injerencias, podrá cumplir con su función protectora del Estado de Derecho.

4. El Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental se aplica no sólo al juez de conocimiento, sino también al juez que fija la fecha de la audiencia principal. Esto se debe a que la competencia y la composición de los tribunales se reglamentan mediante ley y mediante el plan de asignación de turnos, no sólo para la decisión misma, sino también para las actividades jurisdiccionales preparatorias. Una deficiencia relativa a la fijación de la audiencia afecta también a [la validez de] la sentencia sólo cuando ésta se apoya en aquélla, es decir, cuando entre la falta de un procedimiento y la sentencia existe una relación de causalidad.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada, tratándose de violaciones a principios procesales esenciales, debe afirmarse la existencia de una relación de causalidad –que tiene por efecto la revocación de la sentencia– cuando cabe la posibilidad de que la violación del proceso haya influido en el contenido de la sentencia (véase Löwe-Rosenberg, 18^a y 20^a ed., §337, nota 7 a y b). La aplicación de ese concepto jurídico a los casos en que con la fijación de un término se viola el Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, corresponde con la función de esa norma de proteger la confianza en la imparcialidad y objetividad de los tribunales. Así, la violación del Art. 101, párrafo

1, frase 2 de la Ley Fundamental, en el caso de fijación de términos, conduce por tanto a la revocación de la sentencia, cuando esta violación posiblemente ha influido en ella; sin embargo, no puede excluirse tal posibilidad si, de haberse fijado la audiencia conforme a derecho –atendiendo a la importancia que tiene la composición del tribunal que conoce del asunto para el resultado de la sentencia– el tribunal hubiese quedado integrado de otro modo.

II. En atención a esos principios, la sentencia del Tribunal Estatal de Múnich, de 21 de diciembre de 1954, en contra del recurrente, viola el Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental, en la medida que, de conformidad con las pruebas aportadas:

1. se demostró que la fijación de la fecha de la audiencia principal del 20 de diciembre de 1954, por el presidente de la Primera Sala Penal, Dr. M. –director del Tribunal Estatal– quien, con base en la distribución de turnos estaba excluido para conocer del asunto, influyó determinadamente en su contenido concreto;

2. no se puede excluir que la audiencia principal en contra del recurrente hubiera tendido otro resultado en una conformación distinta del tribunal, sin la intervención del juez excluido.

130. Sentencia BVerfGE 42, 237 [Deber de elevar una consulta a un tribunal superior]

Sentencia de la Sala Segunda del 29 de junio de 1976 –2 BvR 948/75–

El recurso de amparo se relaciona con la pregunta sobre si se viola el principio de que nadie puede ser sustraído de su juez legítimo (Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental), cuando el tribunal superior de un estado, violando el deber de elevar una consulta, se aparta de una decisión del Tribunal Superior Federal (§121, párrafo 2 GVG).

El Tribunal Superior del Estado ha sustraído al recurrente de su juez natural al no haber consultado el asunto al Tribunal Superior Federal, a pesar de que se separó de una decisión de ese tribunal (§121, párrafo 2 GVG).

El Art. 101, párrafo 1, frase 2 de la Ley Fundamental se viola cuando un tribunal, de manera arbitraria, incumple con la obligación de elevar una consulta a otro tribunal (BVerfGE 3, 359 [363]; 9, 213 [215 y ss.]; 13, 132 [143]; 17, 99 [104]; 18, 441 [447]; 19, 38 [43]; 22, 254 [266]; 23, 288 [319]; 29, 166 [172]; 29, 198 [207]; 31, 145 [169, 171 y ss.]). Esos presupuestos se cumplen aquí.

El Tribunal Superior del Estado se encontraba obligado a elevar consulta ante el Tribunal Federal [...].

En el presente caso, la omisión del deber de elevar la consulta no se justifica objetivamente bajo ningún motivo (véase BVerfGE 2, 266 [281]; 4, 144 [155]; 42, 64 [72 y ss.]); no existe razón alguna para incumplir el deber de la consulta. Los presupuestos

del deber de elevar consulta son evidentes. El Tribunal Superior estatal tenía sólo la posibilidad, o bien, de seguir la opinión jurídica del Tribunal Superior Federal y, con base en ésta, revocar la sentencia impugnada, o –si pensaba apartarse de la opinión del Tribunal– someter el asunto al Tribunal Superior Federal. En vista de esa clara e ineludible alternativa, el rechazo de la revisión contiene una violación del deber de elevar una consulta, insostenible y arbitraria desde cualquier punto de vista, que sustrae al recurrente de su derecho.

§ 31. ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE - ARTÍCULO 102 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 102

Queda abolida la pena de muerte.

131. Sentencia BVerfGE 18, 112 [Extradición I]

El Art. 102 de la Ley Fundamental no prohíbe absolutamente la extradición por un delito que en el Estado solicitante sea sancionado con la pena de muerte.

Sentencia de la Primera Sala, del 30 de junio, 1964 –BvR 93/64–

El recurrente, nacido en Yugoslavia en 1937, ingresó en 1957 a la legión extranjera, luego de abandonar su patria –como él mismo expresó– por motivos políticos; en la actualidad es perseguido penalmente por las autoridades francesas. El recurrente confesó que en su calidad de soldado, junto con otros tres soldados de la legión extranjera que le estaban subordinados, durante la noche del 12 de junio de 1962 ingresó en una vivienda en un pueblo en Algeria, donde mataron a varios de sus habitantes, entre ellos mujeres y niños. El recurrente se escapó de una cárcel francesa hacia la República Federal Alemana. La República Francesa, con fundamento en una orden de detención dictada por un tribunal militar de Marsella, del 3 de diciembre de 1962, mediante escrito a la embajada, de fecha 22 de abril de 1963, solicitó su extradición por el asesinato de por lo menos 11 personas, aunado a lesiones corporales intencionales (dolosas) y hurto agravado. De conformidad con el Art. 302 del Código Penal francés, el asesinato se sanciona con la pena de muerte.

El derecho fundamental del recurrente, consagrado en el Art. 2, párrafo 2 de la Ley Fundamental, no se vulnera con la extradición, tampoco en los casos en que –como puede suponerse en este caso– exista la posibilidad de que en Francia sea condenado a

la pena de muerte y que dicha pena sea ejecutada. La Ley Fundamental no prohíbe al poder público alemán prestar asistencia jurídica a otro Estado en un proceso penal, aun cuando esto pueda llevar a que el otro Estado imponga y ejecute una pena de muerte.

El precepto contenido en el Art. 102 de la Ley Fundamental establece que “la pena de muerte se encuentra abolida”; esto significa en primer lugar que el legislador alemán no puede incluir como sanción la pena de muerte, que los jueces alemanes no pueden condenar a alguien a la pena de muerte –ni siquiera con fundamento en una norma preconstitucional– y que el Poder Ejecutivo alemán no podrá ejecutar una sentencia de pena de muerte –tampoco aquélla que se hubiere dictado con anterioridad a la Constitución. Sin embargo, aquí se debe determinar si el Art. 102 de la Ley Fundamental exige adicionalmente considerar la [abolición de la] pena de muerte en el sentido que al poder público alemán le esté prohibido contribuir a la imposición y aplicación de la pena de muerte por parte de otro Estado. Lo anterior debe responderse negativamente.

1. El tenor literal de la norma –mediante su formulación categórica: “está abolida”– indica que se trata de una decisión fundamental, tomada de particular importancia y con carácter definitivo; sin embargo, nada indica que a esa disposición se le deba atribuir un efecto que vaya más allá del poder sancionatorio y la jurisdicción del Estado alemán.

2. De la posición sistemática del Art. 102 de la Ley Fundamental no se deriva otra cosa; éste se encuentra en el capítulo IX, sobre “La Administración de Justicia”, en medio de disposiciones que en primer término regulan la configuración del derecho sustantivo y procesal para el ámbito doméstico alemán. Sí se le hubiera querido dar a la disposición el significado de un “respeto” general de la prohibición de la pena de muerte, por ejemplo, en el sentido de un derecho humano general y –entonces sí, como consecuencia lógica– derivar de ello la prohibición de una extradición para el caso en que el extraditable se encuentre amenazado con la pena de muerte, entonces hubiera sido recomendable, por lo menos, que se hiciera alusión a esta norma en la disposición especial relativa a los derechos fundamentales en caso de extradición, es decir, en el Art. 16, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Éste es –desde un punto de vista sistémico– el lugar adecuado para regular constitucionalmente las restricciones a la extradición. Sin embargo, el Art. 16, párrafo 2 de la Ley Fundamental estatuye una prohibición general de la extradición exclusivamente para los alemanes; por lo demás, sólo para los extranjeros que son perseguidos políticamente.

3. Una consideración del fundamento y el alcance de esta norma constitucional conlleva al mismo resultado.

a) Para la República Federal Alemana, la abolición de la pena de muerte significa mucho más que la simple supresión del derecho positivo, de una de las muchas penas del sistema penal tradicional. Se trata de una decisión de política estatal y judicial de gran importancia. Ella implica un reconocimiento del valor fundamental de la vida humana, y una concepción del Estado en marcada oposición con la visión de un régimen político para el cual la vida individual significaba muy poco y que, por consiguiente,

abusó sin límites del derecho sobre la vida y la muerte de los ciudadanos. Esa decisión debe entenderse con base en la especial situación histórica en la que fue tomada. Por tanto, no puede significar un juicio de valor sobre otros ordenamientos jurídicos, que no han tenido esas experiencias con un sistema injusto y que, por haber tenido otro desarrollo histórico y concepciones de filosofía político-estatal distintas, no han adoptado para sí una decisión similar.

b) Al ordenamiento alemán le faltaría legitimación interna para absolutizar [frente a otros] esta decisión de su Ley Fundamental en contra de la pena de muerte. En vista de la situación de la legislación y de la opinión pública en la totalidad del mundo cultural actual, no puede afirmarse con certeza que la pena de muerte sea tan incompatible con el actual estado de la civilización, que los Estados que la han abolido se encuentren autorizados –o incluso obligados– a imponer forzosamente su opinión; con ello, se estarían arrogando para sí una superioridad ética, de carácter jurídico-estatal, discriminar en estos aspectos a los ordenamientos extranjeros [...].

4. La historia legislativa del Art. 102 de la Ley Fundamental no aporta nada decisivo a la cuestión que aquí interesa [...].

Nota: En la actualidad, el §8 IRG (Ley sobre Cooperación Internacional en Asuntos Penales) permite la extradición de una persona únicamente si el Estado extranjero garantiza que no le aplicará la pena de muerte [...].

§ 32. GARANTÍA DE AUDIENCIA - ARTÍCULO 103 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 103

1. Todos tendrán derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales.
2. Un acto sólo podrá ser castigado cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquél.
3. Nadie podrá ser condenado más de una vez por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales.

a) Derecho a ser oído ante los tribunales

132. Sentencia BVerfGE 9, 89 [Garantía de audiencia ante orden de aprehensión]

1. *En el caso de una orden de aprehensión, es compatible con la Ley Fundamental que el inculcado rinda declaración posteriormente. Esto se aplica también para la instancia de revisión.*

2. *Si el Tribunal Superior Estatal –atendiendo a un recurso de apelación por parte de la fiscalía y sin escuchar previamente al inculcado– expide una orden de arresto que hubiere sido rechazada o revocada por un tribunal inferior, entonces deberá dar al inculcado la oportunidad de controvertir la orden de aprehensión; al decidir, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la oposición presentada por el inculcado. El inculcado deberá ser aleccionado sobre este derecho, en aplicación analógica del §115 StPO.*

Sentencia de la Primera Sala, del 8 de enero, 1959
–1BvR 396/53–

En una investigación en contra de la recurrente por varios casos de fraude y difamación, el tribunal de primera instancia de Schwäbisch-Hall expidió el 3 de septiembre de 1955 una orden de arresto apoyada en un peligro de entorpecimiento de la acción judicial. En la apelación del inculcado, el Tribunal Estatal de Heilbronn revocó esa orden de arresto el 8 de septiembre de 1955.

El 16 de septiembre de 1955 el Tribunal Superior Estatal de Stuttgart revocó la decisión del Tribunal Estatal y mantuvo la orden de arresto ordenada por el tribunal de primera instancia el 3 de septiembre de 1955.

Ni al defensor ni a la recurrente misma había sido comunicada la apelación posterior interpuesta por el Ministerio Público.

La pregunta planteada por la recurrente, relativa a si el tribunal de apelación que emite una orden de arresto que había sido revocada por un tribunal inferior, debe oír previamente al inculcado, requiere de un análisis sobre el significado del derecho a ser oído en general y –en especial– sobre la declaración del inculcado en el arresto contemplado en el ordenamiento penal.

1. El principio del derecho a ser oído, elevado al rango de derecho fundamental en el Art. 103 de la Ley Fundamental, es una consecuencia del concepto del Estado de Derecho en el ámbito del proceso judicial. La función de los tribunales de dictar en derecho una sentencia definitiva en un caso concreto, no se puede llevar a cabo por regla general sin oír al inculcado. Por eso, escuchar a la otra parte es –en primer lugar– presupuesto para una decisión correcta. Adicionalmente, la dignidad de la persona exige que la autoridad no disponga de su derecho sin mayor consideración; la persona no debe ser sólo *objeto* de la decisión judicial, sino que debe poder pronunciarse antes de una decisión que afecte sus derechos, para poder influir en el proceso y su resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

El derecho del inculcado a ser oído se reconoce y considera ampliamente en el derecho procesal desde hace largo tiempo; los ordenamientos procesales en particular, han concretizado la extensión y forma de ese principio. De ahí que éste deba estar en consonancia con otros principios, respetando la naturaleza de cada proceso en particular. El hecho de elevar el derecho a ser oído al rango de un derecho fundamental no

afecta la legitimidad de tales intereses contrapuestos y la necesidad de conciliarlos con los intereses del inculpado. Su adopción en la Ley Fundamental tuvo por objeto hacer imposible los abusos en el proceso judicial, como sucedió en el pasado bajo el régimen nacionalsocialista, y restablecer la confianza del pueblo en una administración de justicia imparcial. En cambio, el sentido del Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental no es el de eliminar todas las restricciones al derecho a ser oído que pudieran derivar de la ponderación cuidadosa de los diferentes intereses y tomando en cuenta la naturaleza de los diversos tipos de proceso en particular.

El Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental parte también de que la reglamentación del derecho a ser oído debe ser atribuida a los ordenamientos procesales en particular. Dado que los ordenamientos procesales existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental satisfacían en general los requisitos del Estado de Derecho respecto de la garantía del derecho a ser oído, para la interpretación del Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental—así como para la interpretación de la prohibición de la doble penalización, elevada a derecho fundamental en el Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental (*non bis in ídem*, ver BVerfGE 3, 248 [252])—debe partirse de la imagen global del derecho procesal preconstitucional.

2. Como el derecho de la persona a ser oída debe dar oportunidad al afectado de influir en el resultado de una decisión jurídica que está por tomarse, ello por lo general sólo tiene sentido si se trata de una declaración previa. El carácter definitivo e inmodificable de los pronunciamientos judiciales obliga a oír a los participantes antes de que se tome una decisión final, como es el caso de las sentencias y demás actos que tienen por objeto poner fin al procedimiento, particularmente las resoluciones que son susceptibles de adquirir fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo, tradicionalmente se les ha atribuido a los tribunales también funciones que no se relacionan con la emisión de un juicio definitivo sobre un asunto, sino que se refieren a la adopción de medidas provisionales en una situación de carácter provisional, o necesarias para garantizar provisionalmente derechos públicos o privados.

La seguridad de los intereses en peligro puede, sin embargo, hacer necesaria una intervención inmediata, que no sólo no permita la aclaración previa de los hechos, sino que excluya la posibilidad de oír previamente al afectado; cuando están en juego intereses importantes, puede incluso ser imperativo prescindir de oír previamente a la persona, a fin de no alertarla (véase BVerfGE 7,95 [99]). La intervención del juez hace tolerable esta clase de órdenes sin que se tenga que oír previamente al oponente. Dado que se trata siempre de una intervención en los derechos del afectado, sólo puede ser admisible una excepción al derecho a ser oído previamente cuando ésta es indispensable para no poner en peligro la finalidad de la medida. Por tanto, para el legislador surge el deber de vincular las intervenciones en las que no se tenga en cuenta el derecho a ser oído previamente, a los más estrictos presupuestos. Adicionalmente, la idea del Estado de Derecho exige que a la persona en tal situación se le dé la oportunidad, al menos posteriormente, de defenderse de las medidas ordenadas en su contra.

133. Sentencia BVerfGE 41, 246 [Baader-Meinhof]**Resolución de la Segunda Sala, del 21 de enero, 1970
de conformidad con el §24 BVerfGG
–2 BvR 941/75–**

Parte Resolutiva:

Se desecha el recurso de amparo.

Fundamentos:

El recurso de amparo tiene por objeto la cuestión relativa a si se violaron los derechos fundamentales de los demandados en los procesos de Stuttgart contra el grupo Baader-Meinhof,¹ debido a que las actuaciones principales se llevaron a cabo sin que éstos estuvieran presentes.

I.

1. En contra de un demandado que no se encuentra presente no debe llevarse a cabo la audiencia principal. Sin embargo, existen excepciones a este principio. La ley complementaria de la “Primera Ley para la Reforma del Derecho Procesal Penal” del 20 de diciembre de 1974 (BGBl, I, p. 3686) ha ampliado el número de esas excepciones, e incluyó especialmente la siguiente disposición:

§231 a StPO

(1) Si el acusado, de manera intencional y culpable, se coloca en un estado que no le permita participar en una actuación judicial, y de este modo impide conscientemente que la audiencia principal se desarrolle o continúe de manera normal estando él presente, la audiencia principal se llevará a cabo o continuará en su ausencia [aún] cuando el acusado no haya sido interrogado sobre los hechos que se le imputan, siempre y cuando el tribunal considere que su presencia no es indispensable. Se procederá de conformidad con la primera frase de este párrafo únicamente si el demandado –después de iniciado el proceso– ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la acusación ante el tribunal o ante un juez encargado para tal efecto.

(2) Una vez que el demandado se encuentre en capacidad de actuar, el presidente del tribunal deberá informarle, siempre y cuando no se hubiere dictado sentencia, sobre los puntos esenciales ocurridos en el proceso durante su ausencia.

(3) Sobre las actuaciones que se lleven a cabo en ausencia del demandado, de conformidad con el párrafo 1, decidirá el tribunal luego de haber oído un peritaje médico.

¹ Agrupación terrorista de extrema izquierda fundada en 1970, responsable de diversos atentados, conocida también como *Rote Armee Fraktion* (RAF).

La decisión puede ser tomada antes de que se inicie la audiencia principal. En contra de la decisión procede inmediatamente el recurso de amparo [...].

2. Con fundamento en esta disposición, el Tribunal Superior de Stuttgart decidió el 30 de septiembre de 1975 continuar con la audiencia principal iniciada en ausencia del demandado.

II.

El recurso de amparo es abiertamente infundado.

La disposición del §231 a StPO [...] es constitucional. Ésta no menoscaba el derecho del demandado a ser oído (Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental), ni su derecho al debido proceso (Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental).

En tanto que el derecho del demandado de participar y defenderse en el proceso deriva de esos derechos fundamentales, su derecho a estar presente no se ve afectado por el Art. §231 a StPO. Quien de manera intencional y culpable provoca su incapacidad para actuar en juicio, se encuentra en igualdad de condiciones de quien –pudiendo estar presente– no acude a la audiencia principal o se aparta de ella por cuenta propia (véase §231 a, párrafo 2 StPO). Pero si el demandado, en lugar de hacer uso de su derecho a estar presente, renuncia a la posibilidad de participar personalmente en la audiencia principal, entonces su derecho no se verá violado en caso de que ésta se lleve a cabo sin su presencia.

134. Sentencia BVerfGE 25, 158 [Juicio en rebeldía - Garantía de audiencia]

Sentencia de la Segunda Sala, del 21 de enero, 1969

–2BvR 724/67–

El tribunal de primera instancia de Bremen condenó al recurrente al pago de una multa de 60 marcos alemanes, conmutables por dos días de arresto,² por haber transgredido una norma de tránsito.

La sanción le fue informada al recurrente en su domicilio, por vía de correo, el 28 de junio de 1967 de conformidad con el §37, párrafo 1 frase 1 StPO, en concordancia con el §182 ZPO. De conformidad con su declaración, el recurrente se encontraba de vacaciones entre el 17 de junio y el 8 de julio de 1967, y sólo pudo recoger la notificación de la sanción en el correo hasta el 10 de julio de 1967. Mediante escrito del 11 de julio de 1967, enviado al juzgado de primera instancia de Bremen, el recurrente –a través de

² En la actualidad no existe un procedimiento de este tipo, fue reemplazado por el contemplado en los §§407 y ss., StPO.

su defensor— interpuso un recurso en contra de la disposición sancionatoria y solicitó, al mismo tiempo, el restablecimiento de las cosas a su estado inicial.

Mediante auto del 26 de septiembre de 1967—94 Cs [P] 94054/67— el juzgado de primera instancia de Bremen rechazó la solicitud de restablecer el estado de las cosas a su situación anterior.

[...] la decisión del Tribunal Estatal de Bremen de 7 de noviembre de 1967 viola, por consiguiente, el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental, porque el tribunal, al examinar la cuestión de la culpabilidad en el proceso del restablecimiento de las cosas a su estado inicial desconoció el significado y alcance del derecho a ser oído en juicio (véase BVerfGE 7, 198 [LS 3 y p. 207]; 18, 85 [92]; 19, 303 [310]; 22, 93 [98]).

Las deficiencias del proceso penal sumario pueden ser toleradas constitucionalmente, pues el derecho a ser oído en juicio se garantiza otorgando al afectado la posibilidad de acceder a un juicio ordinario mediante la interposición de un recurso (BVerfGE 3, 248 [253]). En los casos en que haya vencido el término para interponer el recurso, esta posibilidad depende de que se conceda el restablecimiento de las cosas a su estado inicial. Para los presupuestos del restablecimiento de las cosas a su estado inicial son idóneas las disposiciones del derecho procesal; empero, se debe tener en cuenta al respecto que el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental garantiza para todos los procesos judiciales, independientemente de la reglamentación del proceso por parte de los diferentes ordenamientos procesales, un mínimo de respeto al derecho de ser oído (BVerfGE 7, 53 [57]). Además se debe tener en cuenta que en casos como el actual, se trata no sólo de la garantía del derecho a ser oído sobre los fundamentos de una decisión en particular, o en una instancia, sino también si en este proceso se garantiza efectivamente el derecho a ser oído. El principio de que no deben exagerarse los requisitos que las partes en un proceso deben cumplir para que se les garantice su derecho a ser oídos (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]), debe ser aplicado —especialmente en casos como éste— con particular cuidado.

Ese mandato constitucional ha sido ignorado por el Tribunal Estatal al examinar los requisitos que el deber de cuidado impone al recurrente respecto de una previsible notificación. Quien tiene un domicilio permanente y deja de usarlo transitoriamente —por ejemplo, cuando toma unas vacaciones de tres semanas—, no está obligado a tomar ninguna precaución en relación con posibles notificaciones. Por tanto, el ciudadano puede contar con que se restablecerán las cosas a su estado inicial en caso de que, durante esa época, se le hubiere notificado por correo en su domicilio la orden de pagar una multa y, por desconocimiento de esa cédula de notificación, hubiere dejado vencer los términos para interponer un recurso.

135. Sentencia BVerfGE 107, 395 [Audiencia ante los tribunales especializados]

Sobre la garantía jurídico-constitucional de protección jurídica en casos de violaciones a la garantía de audiencia (Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental).

Resolución del Pleno, del 30 de Abril, 2003

–I PBvU 1/02–

Al igual que otros errores jurídicos, la violación de la garantía de audiencia por parte de un tribunal puede ser impugnada mediante un recurso jurídico. Si no existe un recurso jurídico, entonces procede el juicio de amparo. Recursos por violación a la garantía de audiencia han saturado de trabajo al Tribunal Constitucional (ello se debe también a que, con frecuencia, tales recursos eran más eficaces para hacer valer algunos derechos fundamentales que los recursos de amparo). Una innovación legislativa, plasmada en el § 201 a ZPO, provocó sólo un ligero alivio de esa carga.

Fórmula de la resolución:

Si un código procesal no prevé ningún tipo de recurso jurídico para los casos de violaciones a la garantía de audiencia por parte de los tribunales especializados, ello constituye una violación al principio del Estado de Derecho en relación con el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental, cuando dicha violación tenga relevancia para la resolución.

Fundamentos:

El objeto materia de este procedimiento ante el Pleno lo constituye la cuestión de determinar si –y en qué medida– la Ley Fundamental exige que las violaciones a la *garantía de audiencia*, la cual es equiparable a un derecho fundamental (Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental) cometidas por un juez, deban ser corregidas por los mismos tribunales especializados [...]

La vía judicial se encuentra a disposición de los individuos –en el marco del derecho general a la tutela jurisdiccional– también para revisar los actos de los tribunales cuando los particulares hacen valer violaciones a la garantía de audiencia por parte de éstos. Lo anterior es consecuencia del principio del Estado de Derecho en relación con el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Con esto, el Pleno abandona la jurisprudencia en sentido contrario sostenida anteriormente por el Tribunal Constitucional.

I.

La garantía de protección jurídica de la Ley Fundamental no se encuentra limitada exclusivamente a otorgar protección jurídica en contra de actos del Poder Ejecutivo

en el sentido del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, sino que debe ser entendida en términos amplios. Sin embargo, esta disposición no garantiza que deban existir forzosamente diversas instancias.

1. La garantía de protección jurídica eficaz constituye un elemento esencial del Estado de Derecho (véase BVerfGE 88, 118 [123]; 96, 27 [39 s]). La Ley Fundamental garantiza la protección jurídica ante los tribunales, no sólo en términos del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental sino, más allá de esta disposición, en el marco del derecho general a la tutela jurisdiccional. Este derecho constituye un elemento esencial del principio del Estado de Derecho, especialmente en relación con los derechos fundamentales y –de manera particular– con el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 93, 99 [107]). La garantía constitucional de la protección jurídica abarca: el acceso efectivo a los tribunales, que la pretensión jurídica (el objeto de la *litis*) sea analizada dentro de un proceso formal, y que sea resuelta por los tribunales mediante una sentencia vinculante.

2. La Ley Fundamental asegura en el ámbito del Art. 19, párrafo 4 –como también en el ámbito del derecho general a la tutela jurisdiccional– la existencia de recursos jurídicos. Sin embargo, el derecho de poder acceder a los tribunales para obtener protección jurídica en contra de las violaciones que se hacen valer, no implica la existencia de un cúmulo ilimitado de recursos.

a) El principio del Estado de Derecho exige que todo litigio –en aras de la paz y la seguridad jurídicas– tarde o temprano llegue a un fin (como se había señalado ya desde la sentencia BVerfGE 1, 433 [437]). Corresponde a la legislación secundaria determinar cuándo sucede eso. Con base en la Constitución no existe el riesgo de una vía judicial eterna, pues tanto en el marco del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental como en el del derecho general a la tutela jurisdiccional sólo se garantiza el “acceso” a la vía judicial. El acceso a la vía jurisdiccional se encuentra abierto para dirimir controversias suscitadas entre particulares entre sí, o entre particulares y los detentadores del poder público. Ello hace posible que un tribunal independiente resuelva sobre derechos y obligaciones. En ese sentido, bastaría con que el orden jurídico otorgara una única oportunidad para obtener una resolución judicial (que es el mínimo que debe garantizar un Estado de Derecho). Al legislador corresponde la tarea de determinar –tomando en consideración los distintos intereses afectados y procurando alcanzar un equilibrio entre ellos– si debe limitarse a una única instancia o si debe poner más instancias a disposición de los involucrados, así como determinar las condiciones y requisitos en que dichas instancias pueden ser invocadas (véase BVerfGE 54, 277 [291]). La Constitución no exige, en cambio, que deba existir toda una serie de instancias. En el presente caso, no hace falta resolver si los principios del Estado de Derecho exigen que, para determinadas controversias, resulte indispensable garantizar una segunda instancia revisora. En dichos casos tampoco existe el riesgo de una vía judicial interminable.

b) La garantía de obtener una resolución judicial –al menos una– cuando el particular hace valer un derecho, tiene por objeto someter los conflictos derivados de una

posible violación jurídica a un examen y obtener una resolución definitiva consistente. En eso –y sólo en eso– consiste tal garantía. Desde el punto de vista jurídico-constitucional tampoco existe obligación de establecer mecanismos de revisión para determinar si el tribunal violó las normas aplicables en el proceso de origen. En aras de la seguridad y la paz jurídicas, el sistema de protección jurídica garantizado por la Constitución tolera que –no obstante las medidas adoptadas– al analizar una determinada conducta los tribunales puedan equivocarse en la aplicación del derecho.

c) Lo anterior resulta admisible en el Estado de Derecho establecido por la Ley Fundamental, entre otras cosas debido a que –a través de medidas institucionales y de determinados requisitos de carácter procedimental– se ponen los medios para evitar que se presenten errores en la aplicación del derecho. La independencia de los jueces tiene por objeto garantizar que los tribunales emitan su sentencia atendiendo exclusivamente a la ley y el derecho; los derechos fundamentales en el proceso –especialmente los contenidos en los Arts. 101, párrafo 1, frase 2 y Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental– deben garantizar que la resolución judicial sea emitida por una instancia imparcial, con base en criterios objetivos, sobre la base de hechos suficientemente comprobados y de un análisis jurídico libre de prejuicios, tomando en consideración además los argumentos de las partes. Si los tribunales independientes analizan un proceso con base en estos parámetros, revisando que no existan errores jurídicos y sin cometer ellos mismos una nueva infracción de las garantías constitucionales del proceso, entonces no ofrece ninguna objeción desde el punto de vista jurídico constitucional el hecho de que la resolución judicial así tomada no sea revisada nuevamente por una instancia posterior para garantizar la ausencia de errores jurídicos.

3. Tomando en consideración los principios exigidos por el Estado de Derecho, el derecho general a la tutela jurisdiccional y la regla especial contenida en la garantía de protección jurídica no se distinguen en su núcleo. Las diferencias se refieren sólo a su ámbito de aplicación.

a) En la jurisprudencia y en parte de la literatura jurídica se ha entendido el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental en el sentido de que el término “poder público” ahí empleado ha de ser interpretado en forma restrictiva, referido exclusivamente al Poder Ejecutivo. Lo anterior se suele condensar en la siguiente fórmula: “La Ley Fundamental garantiza protección jurídica *a través* del juez, pero no *contra* el juez” (véase BVerfGE 15, 275 [280]; 49, 329 [340]; 65, 76 [90]). Sin embargo, la segunda parte de esta expresión es cada vez más criticada, aduciendo entre otros motivos, que el término “poder público” es amplio y abarca también a la Judicatura. Ni la interpretación histórica ni el sentido y el objeto del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental justifican una interpretación restrictiva del término, que limite la garantía de protección jurídica exclusivamente contra actos provenientes del Poder Ejecutivo.

b) Que la Primera Sala haya convocado al Pleno no es motivo para apartarse de la interpretación del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental realizada hasta ahora. La Primera Sala aspira a asumir la tarea –en términos de la opinión jurídica que el Tribunal

Constitucional ha sostenido hasta ahora— de brindar protección jurídica tratándose de violaciones a las garantías procesales contenidas en el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental que tengan relevancia para la resolución. Lo anterior no exige que el ámbito de aplicación del Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental deba ser redefinido. Esta norma no se opone a la suposición de que el derecho general a la tutela jurisdiccional se encuentre garantizado bajo otros presupuestos de hecho (*vid. infra* cc). La interpretación restrictiva del término “poder público” contenida en el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental (aa) no presentan objeción cuando el derecho general a la tutela jurisdiccional ofrece protección jurídica para casos no abarcados por el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental, en la medida en que el Estado de Derecho exija dicha protección [...]

(1) El Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho general a la tutela jurisdiccional, derivado del principio del Estado de Derecho en relación con los derechos fundamentales, como el fundamento de la protección jurídica en asuntos civiles, para los cuales el Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental no resulta aplicable (véase BVerfGE 88, 118 [123]; 93, 99 [107]; 97, 169 [185]). De este modo se asegura que un tribunal pueda resolver en forma vinculante sobre la existencia de derechos y obligaciones en asuntos civiles.

(2) El derecho a obtener justicia por los tribunales permite obtener protección jurídica también en otros casos en los que ello resulta exigido por el Estado de Derecho. Así sucede, por ejemplo, cuando un tribunal viola por vez primera las garantías procesales.

Los derechos fundamentales del proceso —en especial los contenidos en el Art. 101, párrafo 1 y el Art. 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental— aseguran, a través de un derecho equiparable a un derecho fundamental, que se cumplan ciertos estándares mínimos exigidos por el Estado de Derecho. En un Estado de Derecho constituye una garantía constitucional que exista la posibilidad de que se analice por los tribunales —al menos en una ocasión— si las garantías del individuo han sido cumplidas. De ser necesario, a fin de proteger bienes jurídicos especialmente importantes, la Constitución puede prever excepciones, como ha sucedido en el caso del Art. 10, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 30, 1) [...]

cc) El Art. 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental no contradice esto, pues en ninguna parte señala que la protección jurídica de los particulares se encuentre garantizada únicamente en los términos de dicho artículo...

3. Corresponde con el principio del Estado de Derecho que el análisis de violaciones a la garantía de audiencia cometidas por los tribunales y la corrección de las mismas se realice, en primer lugar, por los tribunales especializados. El Estado de Derecho busca la efectividad de la protección jurídica. El modo más eficaz de lograr este objetivo consiste en lograr que las violaciones a la garantía de audiencia sean corregidas de la manera más pronta y cercana posible, también desde el punto de vista material; ello puede ser alcanzado fácilmente y sin mayores rodeos por los tribunales mismos.

4. El derecho general a la tutela jurídica asegura la protección jurídica en los casos en que se ha lesionado la garantía de audiencia en cualquier instancia, es decir, también cuando las garantías del proceso son lesionadas en un recurso de apelación [...]

Cuando existe la posibilidad de acudir a un recurso de apelación en contra de la resolución judicial por el que puedan analizarse las violaciones a las garantías procesales aducidas, entonces se cumplen cabalmente los fines de la administración de justicia. Si el particular sostiene que sus garantías procesales han sido violadas en la última instancia prevista por el ordenamiento procesal, y tal violación o error tiene relevancia para la resolución del asunto, entonces el ordenamiento procesal debe prever un remedio judicial autónomo.

5. Sin embargo, basta con que exista siempre la posibilidad de someter una violación a las garantías procesales por parte de un tribunal a un único control jurisdiccional [...]

III.

El legislador cuenta con un amplio margen de actuación en la configuración del sistema de recursos [...]

b) Certeza de la ley penal e irretroactividad de las normas

136. Sentencia BVerfGE 14, 174 [Sujeción a la Ley en el Derecho Penal]

- 1. Dentro de las leyes con base en las cuales, de conformidad con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, se puede sancionar un delito, se encuentran también los decretos, que se han dictado en el marco de las facultades otorgadas con base en el Art. 80, párrafo 1 de la Ley Fundamental.*
- 2. El legislador debe expresar de manera inequívoca la autorización para determinar un delito, así como el contenido, la finalidad y extensión de las facultades, de modo tal que los presupuestos de la punibilidad y la forma de las penas, sean previsibles para los ciudadanos desde las mismas facultades y no con base en los decretos que se apoyan en ella.*
- 3. La condena a una pena privativa de la libertad es también una restricción a la libertad en el sentido del Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. La reserva contemplada en el Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, la satisfacen solo las leyes formales. El legislador debe determinar de manera suficiente qué debe ser punible, así como el tipo y alcance de la pena en una ley formal; a la autoridad que expide el decreto sólo se le puede trasladar la especificación del hecho punible.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 3 de julio, 1962

El recurrente fue condenado por el juzgado de Primera Instancia de Alsfeld, de conformidad con el §2 y el §71 del Reglamento de Tránsito (StVZO), a tres semanas de prisión.

Aquél argumentó que la sentencia impugnada violaba el Art. 104, párrafo 1 de la Ley Fundamental, al considerar que la pena privativa de la libertad sólo podía ser impuesta con fundamento en una ley formal. El Reglamento de Tránsito no tendría el carácter de ley formal, sino que es un decreto.

1. De conformidad con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, un hecho sólo puede ser penalizado cuando la sanción se encuentra determinada en una ley y con anterioridad a la comisión del hecho. En forma similar al Art. 116 de la Constitución de Weimar, y el §2, párrafo 1 del Código Penal, el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental contempla el principio de legalidad en el derecho penal. Con la prohibición de fundamentar la sanción con base en la interpretación analógica, la aplicación del derecho consuetudinario o de la retroactividad, se agota el significado del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Esta disposición presupone conceptualmente la reserva de ley para las disposiciones penales. Sólo *con fundamento* en una ley penal vigente, se podrá dictar una sentencia (BayVerfGH t. 1, 101 [109 y ss.]).

Por “leyes” en el sentido del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental deben entenderse no sólo las leyes en sentido formal, sino también los decretos que se hubieren dictado en el marco de unas facultades que satisfacen los requisitos del Art. 80, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Como lo ha expresado repetidamente el Tribunal Constitucional Federal, y como también lo ha subrayado el gobierno federal en este proceso, la certeza del contenido de las normas que otorgan las facultades para expedir leyes de intervención y de carácter penal, deben establecer requisitos estrictos. El legislador debe expresar de manera inequívoca la autorización para determinar un delito, así como el contenido, la finalidad y extensión de las facultades, de modo tal que los presupuestos de la punibilidad y la forma de las penas, sean previsibles para los ciudadanos desde las mismas facultades y no con base en los decretos que se apoyan en ella (véase BVerfGE 1, 14 [60]; 2, 307 [334]; 186, 5, 71 [76]; 7, 282, [302]; 8, 274 [307 y ss.]; 10, 251 [238]).

El demandado sólo puede ser sancionado de acuerdo con las disposiciones contempladas en una ley, o en un decreto expedido con base en facultades otorgadas por el legislador. La penalización con fundamento en un decreto que no hubiere sido expedido con base en una autorización legal, no se puede justificar argumentando que la “sanción” se encontraba determinada en *otra* disposición.

2. Mientras que el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental se refiere a sanciones de todo tipo impuestas por sentencia judicial, el Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental se dirige a proteger de manera especial contra restricciones a la libertad, provenientes tanto del Ejecutivo como de la jurisdicción penal. De conformidad con el

Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, la libertad se puede restringir sólo con fundamento en una ley formal, y respetando las formas allí prescritas.

El Art. 104 de la Ley Fundamental se encuentra relacionado de manera inseparable con el derecho fundamental de la libertad de la persona, consagrado en el Art. 2, párrafo 2, frases 2 y 3 de la Ley Fundamental. Originalmente se había previsto incluir las disposiciones del Art. 104 en un solo artículo, el Art. 2. Posteriormente fueron remitidas al capítulo sobre “La Administración de Justicia”, no por motivos sistemáticos sino de redacción, para evitar que la parte de los derechos fundamentales quedara muy extensa.

La condena a una pena privativa de libertad es también una restricción de la libertad en el sentido del Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Aún cuando la sentencia penal, considerada de manera aislada, no limita la libertad, constituye, junto con la ejecución de la pena, un proceso completo de sustracción de la libertad (véase Art. 5, párrafo 1, inciso a de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos; Dürig, NJW 1961 p. 1831; Adolf Arndt, “Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz”, en *Festgabe für Carlo Schmidt*, 1962, pp. 5 y ss., 31.).

Únicamente las leyes formales satisfacen la reserva contemplada en el Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, esto es, las normas legales que se expiden en un proceso legislativo ya prescrito. Un decreto no tiene el carácter de ley formal en el sentido del Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, aun cuando hubiere sido expedido con base en unas facultades legislativas; por consiguiente, “los presupuestos mismos, dentro de los cuales es admisible la intervención, así como la naturaleza de la intervención [...] deben estar determinados en la ley misma” (BGHZ 15, 61 [64]). Si el legislador determina suficientemente lo que debe ser penalizado, y establece además la forma y la dimensión de la pena, en una ley formal, trasladando a la autoridad administrativa sólo la especificación del hecho punible, entonces la seguridad jurídica y la libertad del individuo se garantizarán en el sentido y la finalidad del Art. 104 de la Ley Fundamental, y al legislador no se le sustraerá de la responsabilidad que le ha atribuido la Ley Fundamental [...].

El §21 StVG no se considera como producto de unas facultades: él mismo tiene el carácter de una disposición penal, pero no contempla ningún tipo de facultades para que la autoridad administrativa expida disposiciones penales, con un contenido igual o similar.

Por consiguiente, el §71 StVZO carece de los fundamentos legales y es nulo por violación del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

En la medida que el §71 StVZO también representa una amenaza para la libertad sin tener el carácter de una ley formal, es incompatible con el Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental.

137. Sentencia BVerfGE 32, 346 [Normas penales en ordenanzas municipales]

Los acuerdos municipales pueden contener disposiciones penales, fundamentadas en facultades especiales concedidas por el legislador estatal. El mandato de certeza de la ley penal contemplado en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, se satisface únicamente cuando, de las facultades extraordinarias concedidas, el ciudadano puede prever los límites de la punibilidad, así como la forma y magnitud de la pena.

Sentencia de la Segunda Sala, del 23 de febrero, 1972

Por “leyes” en el sentido del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, no sólo deben entenderse leyes en sentido formal. El Tribunal Constitucional Federal ha declarado que también los reglamentos pueden contener disposiciones penales, cuando se han dictado en el marco de facultades que satisfagan los presupuestos del Art. 80, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 14, 174 [185]; 14, 245 [251]; 14, 254 [257]; 22, 21 [25]). Lo mismo se aplica a las ordenanzas municipales. Ciertamente, una ley formal que faculta para la expedición de ordenanzas no puede ser examinada con base en el Art. 80, párrafo 1 de la Ley Fundamental; esta disposición constitucional tampoco puede aplicarse por analogía. Sin embargo, de ahí no se sigue que esta clase de facultades para expedir ordenanzas no se encuentren sometidas a ningún tipo de restricciones. El mandato de certeza de la ley penal contemplado en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental sólo se satisface cuando el particular puede extraer de la norma penal lo que está prohibido y qué pena le será impuesta en caso de una violación a esta prohibición. Si, como ocurre en el presente caso, la facultad de los municipios para expedir ordenanzas se apoya en una facultad especial concedida por el legislador estatal, entonces no sólo las ordenanzas —que constituyen de hecho la norma penal en sentido estricto— sino también la ley por la que se otorgan facultades deben tener en cuenta esos requisitos. Para el ciudadano, los límites de la punibilidad y el tipo de pena deben poder preverse desde un principio, esto es, de la ley por la que se otorgan facultades, y no sólo de las ordenanzas expedidas con base en ésta.

De otro modo, ni los ciudadanos ni los jueces podrían examinar en un caso concreto, si la autoridad encargada de expedir las ordenanzas era competente para expedir disposiciones de carácter penal, y si los poderes que se le delegaron eran suficientes. Las facultades deben, por consiguiente, ser tan detalladas, que de ellas se pueda determinar si los hechos punibles reglamentados en las ordenanzas corresponden a las intenciones del legislador, y cómo pueden ser valoradas.

Las facultades, sin embargo, no tienen que reglamentar los hechos punibles en todo detalle. Los requisitos del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, se satisfacen para unas facultades de este tipo, cuando de ellas se puedan determinar, de manera suficientemente evidente, los posibles elementos de hecho, incluyendo la forma de la culpa y el

tipo y magnitud de la pena, de acuerdo con las reglas conocidas de la interpretación jurídica. De ahí que el legislador pueda atribuir a la autoridad estatal facultada para expedir ordenanzas —en la medida que, como aquí, no se trate de restricciones a la libertad, las cuales se encuentran bajo al reserva de ley del Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (véase al respecto BVerfGE 14, 174 [186 y ss.]— una cierta discrecionalidad respecto del marco penal de cada uno de los hechos punibles para los cuales le ha otorgado facultades, para dejarle la posibilidad de adaptar la valoración de las conductas a la magnitud de las violaciones, penalizadas en las ordenanzas, así como a las particularidades estructurales y económicas de los respectivos órganos territoriales.

138. Sentencia BVerfGE 26, 41 [Grave desorden público]

Las disposiciones penales sobre orden público (§360, párrafo 1 (11) [segunda alternativa], StGB) son compatibles con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

**Sentencia de la Segunda Sala, del 14 de mayo, 1969,
de conformidad con el §24 BVerfGG
—2 BvR 238/68—**

De conformidad con el §360, párrafo 1, 11 StGB,³ quien en forma irrespetuosa perturbe el orden público, incite o cometa actos de desorden público, será condenado al pago de una multa por valor hasta de quinientos marcos alemanes.

El recurrente, junto con un conocido, arrastró en las noches del 29 y 30 de septiembre de 1967, una banca de un parque y la colocaron sobre una acera para bloquear el paso de los peatones. El Juzgado de Primera Instancia de Wolfsburg lo sentenció el 22 de enero de 1968, por desorden público (§360, párrafo 1, 11 StGB) a una multa de cien marcos, o en su lugar a diez días de prisión.

La disposición penal sobre desorden público (§360, párrafo 1, 11 [segunda alternativa] StGB) es compatible con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

1. De conformidad con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, un hecho punible sólo puede ser sancionado cuando la pena se ha determinado en una ley, con anterioridad a que el delito se hubiere cometido. El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental prohíbe constitucionalmente, tanto la aplicación retroactiva de las nuevas normas penales, como también la motivación de la pena por la vía de la analogía o del derecho consuetudinario.

El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental exige, además, que la punibilidad se “determine legalmente”; toda persona debe poder prever qué hechos son punibles, y las

³ Derogado por los §§117 y 118 OwiG—Ley sobre violaciones al ordenamiento.

penas con las que se amenaza su comisión, para poder dirigir su conducta con base en forma correspondiente (BVerfGE 25, 269 [285]).

Sin embargo, el derecho penal no puede renunciar por completo a emplear conceptos generales, que no puedan ser delimitados de manera general, y que en gran medida requieren de la interpretación del juez (BVerfGE 11, 234 [237]). El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental exige por consiguiente una delimitación legal de la punibilidad, sólo al interior de un determinado marco.

Qué grado de certeza legislativa deben tener los tipos penales en particular, no se puede establecer de manera general. La certeza legal requerida depende de las particularidades del respectivo tipo penal, y de las circunstancias que llevaron a su reglamentación. En todo caso, la ley debe determinar los presupuestos de la punibilidad de modo tan preciso, en la medida que la sanción sea más grave (BVerfGE 14, 245 [251]).

2. La disposición penal sobre el desorden público se encuentra suficientemente delimitada.

El ciudadano puede prever, de manera general, en qué casos aplicarán los tribunales el §360, párrafo 1, 11, segunda alternativa, StGB. El tenor de esa disposición permite, en realidad, una interpretación amplia. Sus particularidades consisten, sin embargo, en que éste pertenece a un conjunto de normas tradicionales, que han sido precisadas por la jurisprudencia a lo largo de varias décadas.

139. Sentencia BVerfGE 25, 269 [Prescripción de la acción penal]

1. *El Art. 103, párrafo 2 establece los presupuestos, dentro de los cuales se puede determinar que una conducta es punible. Éste prohíbe tanto la determinación de una sanción como la agravación de la pena, por medio de la aplicación retroactiva de una norma.*
2. *Las disposiciones sobre prescripción reglamentan el tiempo durante el cual puede ser perseguido penalmente un hecho. Las disposiciones sobre prescripción, por consiguiente, no se encuentran sometidas a la prohibición de la retroactividad consagrada en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.*
3. *La prórroga o la suspensión de una prescripción que aún no se ha cumplido, en el caso de delitos que se sancionan con una pena de prisión, no viola ni el principio del Estado de Derecho, ni el principio de la igualdad.*

Sentencia de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1969

–2 BvL 15, 23/68–

En el proceso de examen constitucional del §1, párrafo 1 de la “Ley sobre el Cálculo de los Plazos en Materia Penal” de 13 de abril de 1965 (BGBl, I, p. 315).

El legislador quiso evitar que los delitos de homicidio, de la época del régimen nacionalsocialista y de posguerra, prescribieran el 31 de diciembre de 1961.

El §1, párrafo 1 de la Ley sobre el Cálculo de Plazos extiende el plazo de la prescripción para los hechos punibles contemplados en la ley, hasta el 31 de diciembre de 1969, lo que se traduce en una prórroga de los plazos de prescripción vigentes.

II. La Ley sobre el Cálculo de Plazos produce una prórroga de los plazos de prescripción para la persecución de los delitos, que se sancionan con largas penas de prisión, no viola el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

1. De conformidad con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental un hecho sólo puede ser penalizado cuando la punibilidad se ha determinado legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido. Al igual que el Art. 116 de la Constitución Imperial de Weimar, el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, prohíbe penalizar a una persona con base en una ley que no había entrado en vigencia al momento en que se cometieron los hechos y que, por tanto, no podía ser conocida por el autor de los hechos (BVerfGE 7, 111 [119]). De ahí que se prohíba constitucionalmente la aplicación retroactiva de las normas penales, como también la fundamentación de la sanción por la vía de la analogía [...]

El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental prohíbe el empleo de la retroactividad, tanto para la fundamentación como para la agravación de la pena.

2. El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental no indica, por el contrario, nada sobre la prescripción, mientras que se persigue un hecho declarado como punible en forma constitucional, y que debe ser condenado con una pena. Hace referencia sólo a “cuándo” y no a “la duración” de la persecución penal.

Toda norma penal contempla un juicio ético-social, dotado de autoridad estatal, sobre la actuación penalizada por ella. El contenido concreto de ese juicio se da en forma de un tipo penal y de la sanción con que se amenaza. Ambas, conjuntamente, constituyen la punibilidad en el sentido del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Si la realización de una conducta es amenazada con una sanción, a través de una disposición legal que satisface los requisitos del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental y que por tanto es constitucional, entonces se convertirá en un “hecho punible”. Su punibilidad se determina legalmente.

La punibilidad de un hecho es presupuesto para su persecución. Una actuación sólo puede ser considerada punible, si su punibilidad se determina legislativamente con anterioridad a la comisión del hecho. La punibilidad comprende la persecución, pero la persecución, por el contrario, no comprende la punibilidad. Un hecho punible, ya cometido, no pierde su carácter de ilegalidad por el hecho de que no hubiere sido perseguido o no pueda ser perseguido, por motivos legales o materiales.

El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental determina los presupuestos bajo los cuales un comportamiento puede ser declarado como punible. Las disposiciones sobre prescripción reglamentan durante cuánto tiempo debe ser perseguido un hecho punible. En la medida que éstas se refieren sólo a la persecución, la punibilidad, por el contrario,

no se afecta, quedando por fuera del ámbito del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental; la prórroga o la terminación de los plazos de prescripción no pueden, por consiguiente, ir en contra de ese principio constitucional (en el mismo sentido BVerfGE 1, 418 [423]).

3. Esto lo confirma también la historia de la creación de esta norma [...]

III. El §1, párrafo 1 de la Ley sobre el Cálculo de Plazos en Materia Penal, no se encuentra en contradicción con el principio del Estado de Derecho.

1. Las leyes retroactivas –fuera del ámbito de los asuntos contemplados en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental –no son *per se* inadmisibles. Los límites constitucionales se originan aquí, sin embargo, en el mandato de la seguridad jurídica contemplado en el principio del Estado de Derecho.

Dicho principio pertenece a los principios generales y a las ideas directrices, que influyeron la totalidad de la imagen preconstitucional de la cual partió el legislador, que no se ha compactado en un principio legal especial (BVerfGE 2, 380 [403]), en la medida que no ha sido precisado y moldeado en preceptos particulares de la Constitución escrita, ni está contenido en mandatos y prohibiciones de rango constitucional, determinados de manera detallada, sino que es un principio constitucional que requiere una concreción dependiendo de las condiciones materiales (BVerfGE 7, 89 [92 y ss.]).

El postulado de la seguridad jurídica, immanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente. En principio, se puede contar con que el legislador no vincule consecuencias negativas a los hechos ya concluidos, que no eran previsibles al momento de la comisión de esos hechos (retroactividad perfecta). Bajo ciertas circunstancias la confianza de los ciudadanos puede requerir que se proteja su posición jurídica de una desvalorización a través disposiciones posteriores, que simplemente actúan sobre asuntos actuales, aún no concluidos (retroactividad imperfecta). La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza (BVerfGE 13, 261 [271]; 14, 288 [297]; 15, 313 [324]).

Al Estado de Derecho, sin embargo, pertenece no sólo la seguridad jurídica sino también la justicia material. Ambas caras del Estado de Derecho no pueden ser tenidas en igual forma por el legislador (BVerfGE 3, 225 [237]; 7, 89 [92 y ss.]). Si la seguridad jurídica se encuentra en oposición a la justicia, entonces será función del legislador decidirse a favor de una u otra. Si esto ocurre sin arbitrariedad, entonces la decisión legislativa no podrá ser objetada invocando motivos constitucionales (BVerfGE 3, 225 [237 y ss.]; 291, 15, 313 [319 y ss.]).

La protección constitucional de la confianza no se aplica sin excepción. El ciudadano no puede invocar la protección de la confianza como expresión del principio del Estado de Derecho, cuando su confianza en la continuidad de una reglamentación legal, no es susceptible de una consideración por parte del legislador (BVerfGE 14, 288 [299 y ss.]), o la confianza en una determinada situación jurídica tampoco se justifica materialmente (BVerfGE 261 [271]), jurisprudencia reiterada). Éste es aquí el caso.

2. La Ley sobre el Cálculo de los Plazos en Materia Penal no interviene con posterioridad, modificando los hechos que pertenecen al pasado. Esto no se aplica a hechos, cuyas consecuencias se habían prescrito al momento de entrada en vigencia de la ley (§1, párrafo 2). El §1, párrafo 1 de la Ley sobre el Cálculo de Plazos en Materia Penal, causa simplemente la prórroga de los plazos de la prescripción para el futuro.

La prórroga de los plazos de prescripción para la persecución de los delitos que se encuentran sancionados con una pena privativa de la libertad por largos años, no tiene como consecuencia, desde la perspectiva constitucional, ningún daño relevante para la confianza.

140. Sentencia BVerfGE 92, 1 [Bloqueo por parte de manifestantes]

La interpretación amplia del concepto de violencia contemplado en el §240, párrafo 1 StGB,⁴ a las manifestaciones donde las personas permanecen sentadas viola el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

Sentencia de la Primera Sala, del 10 de enero, 1995

–BvR 718, 719, 722, 723/89–

Fundamentos:

A.

Los recurrentes fueron sentenciados por haber cometido una coacción colectiva, al haber realizado una manifestación, permaneciendo sentados ante un establecimiento militar. Ellos censuran la violación del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y los recurrentes 3) y 4) además la violación del derecho a un debido proceso con base en el Art. 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

B.

Los recursos de amparo son fundados.

I.

Las sentencias impugnadas del Tribunal Estatal y del Tribunal Estatal Superior violan el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

1. El significado del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental lo ha expuesto el Tribunal Constitucional Federal en varios procesos (véase sobre todo BVerfGE 71,108 [114 y ss.]; 73, 206 [234 y ss.]).

⁴ §240 Coacción. (1) Quien coaccione ilegalmente a una persona con violencia, o mediante la amenaza de causarle un daño grave, para que lleve a cabo una acción, la tolere u omite, será penalizada con pena de prisión de hasta tres años o una multa.

De acuerdo con éste, la reglamentación contempla no sólo una prohibición retroactiva para las disposiciones penales, sino que obliga al legislador a circunscribir los presupuestos de la culpabilidad en forma tan concreta que el ámbito de aplicación y la envergadura de los hechos punibles se sujeten al tenor de la norma, y en todo caso, a comprobarlos mediante la interpretación. Esa obligación sirve a un doble objetivo. Debe, de una parte, asegurar que los destinatarios de las normas puedan prever qué comportamientos prohíbe y están amenazados con una pena. De otra parte, deben garantizar que las decisiones sobre un comportamiento digno de sanción se tomen anticipadamente por el legislador y no posteriormente por el Poder Ejecutivo o por el poder jurisdiccional. Hasta aquí contempla el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental una reserva de ley estricta, que restringe a los tribunales penales en la aplicación de la ley.

Esto no excluye, sin embargo, una aplicación de conceptos, que en gran medida requieren de la interpretación por parte del juez. También en el derecho penal el legislador tiene la necesidad de tomar en cuenta la multiformidad de la vida. Además, debido a la generalidad y abstracción de las normas penales, es inevitable que en los casos particulares existan dudas sobre si un comportamiento cae o no dentro del tipo legal. En todo caso los destinatarios de las normas, basados en las disposiciones legales, deben poder prever si un comportamiento es punible. En los casos límite es menos reconocible el riesgo de una penalización.

Para la jurisprudencia se sigue de los requisitos del principio de la legalidad una prohibición de fundamentar la pena con base en la analogía o la costumbre. En este caso la “analogía” no se entiende en el sentido técnico estricto, sino que además excluye toda aplicación legal, que se salga del contenido de una norma legal sancionatoria. El objeto de la interpretación de la norma sólo puede ser el texto legal, se evidencia como criterio determinante que el posible sentido literal de la ley marca el límite externo de la interpretación judicial admisible. Dado que el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental garantiza a los destinatarios de la norma la previsibilidad de la sanción penal, el límite se debe determinar desde ese punto de vista [...]

2. El §240 StGB, en lo que respecta a las alternativas de coacción, es compatible con el Art.103, párrafo 2 de la Ley Fundamental [...].

3. En cambio, la interpretación del concepto de “coacción” del §240, párrafo 1 StGB realizada por los tribunales penales viola el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

a) La decisión impugnada se basa en la interpretación del concepto de coacción, que se ha desarrollado en la jurisprudencia de las altas cortes con el correr del tiempo [...].

La situación actual de la jurisprudencia la ha marcado la sentencia *Laeppele* del Tribunal Federal, del año 1969 (BGHSt 23, 46 [54]). De acuerdo con ésta, la coacción en el sentido del §240, párrafo 1 StGB no presupone forzosamente el “empleo directo de fuerza física”. Este requisito se satisface simplemente con que el agente, mediante el empleo de un mínimo de fuerza física, logre ocasionar un proceso psíquico determinado en la víctima. Para la culpabilidad se tiene en cuenta, en forma decidida, el “peso de [...] los efectos psíquicos”. Esta interpretación, que se ha designado comúnmente

como una “intelectualización” o “desmaterialización” del concepto de coacción, encuentra su fundamento en los deseos de proteger la libre voluntad en forma efectiva, aun respecto de aquellos efectos dignos de sanción, que ciertamente son más sublimes, pero también igualmente efectivos que el empleo de la fuerza física (véase BGHSt 1, 145 [147]; 8, 102 [103]; BVerfGE 73, 206 [242 y ss.]).

Esa expansión del concepto de coacción por parte de la jurisprudencia ha sido discutida tanto en la literatura penal como constitucional (véase las respectivas notas en BVerfGE 73, 206 [232 y ss.]). La sentencia *Mutlangen* del Tribunal Constitucional Federal no pudo dar la claridad que se esperaba debido al empate en la sala [...]

b) En una sentencia posterior el Tribunal Constitucional Federal, con una votación de 3 a 5 votos, sentó la opinión de que la interpretación del concepto de violencia, con la que se fundamentaron las decisiones impugnadas, era incompatible con el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental [...]

En la medida que el ejercicio de la fuerza sobre la voluntad de un tercero, se encuentra ya contenido dentro del concepto de coacción, y que la mención de determinados instrumentos de coerción en el §240, párrafo 2 StGB tiene la función de delimitarlos a los dignos de ser penalizados, se debe partir de éstos. Por consiguiente, se relaciona desde un principio con los instrumentos de la coerción, a diferencia de las amenazas, la idea de un despliegue de fuerza corporal por parte del actor. Los efectos de la coerción, que no se relacionan con el empleo de la fuerza física, sino con una influencia intelectual-espiritual, cumplen con las circunstancias contempladas en las alternativas de la amenaza, pero no con la del empleo de la coerción. Sobre la corporeidad, como característica de la coacción, la jurisprudencia ha establecido, sin ampliarlo al empleo de la violencia, que la simple presencia física de una parte para lograr que otro haga o lleve a cabo algo, satisface el tipo penal la coacción en el caso que la sola presencia del agente, lleve a que la persona se vea impedida para hacer valer su voluntad.

El hecho constitutivo de la coacción se diluye, por consiguiente, en forma tal que la función atribuida al legislador de determinar lo digno de sanción con respecto a los efectos necesarios, inevitables y habituales de la coacción sobre la libre voluntad de terceros, se pierde ampliamente: vincula inevitablemente en los elementos numerosas formas de comportamiento consideradas como adecuadas socialmente, cuya sancionabilidad se excluye mediante el correctivo de la cláusula de reprochabilidad en el §240, párrafo 2 StGB.⁵ El Tribunal Constitucional Federal, por consiguiente, se ha visto compelido a extender el concepto de coacción de forma tal que ha incluido el “peso” de los efectos psíquicos. De este modo, se atribuyó la función de delimitar, pero también de establecer un concepto, no tan etéreo como el de la coerción. Falta, sin embargo, una aclaración satisfactoria sobre cuándo resulta importante el efecto psíquico. La remisión al correctivo de la reprochabilidad no es adecuada, por consiguiente, para dilucidar las

⁵ § 240. *Coacción.* (2) El hecho es ilegal, cuando el empleo de la violencia o la amenaza de daño para obtener un determinado fin, se considera abyecto.

dudas que se ocasionan por la ampliación del concepto de coerción por parte de la jurisprudencia.

La interpretación del concepto de coerción en la jurisprudencia de las altas cortes tiene todos los efectos preventivos que se encuentran en el Art. 103 inc. 2 de la Ley Fundamental. No se puede predecir con suficiente seguridad cuál es el comportamiento físico que impide psicológicamente a los demás imponer su voluntad, qué debe ser prohibido y cuál no. En aquel ámbito en el que la coerción consiste sencillamente en la presencia física y los efectos sobre el coaccionado son sólo de naturaleza psicológica, la culpabilidad ya no la determina el legislador en un caso general y abstracto, sino el juez en un caso concreto, con fundamento en su convicción de que un hecho es digno de sanción. Ello abre considerables espacios para la persecución penal de la coacción. El diferente tratamiento de las acciones de bloqueo como protesta en contra de la energía atómica, de una parte, y aquéllas como protesta en contra de las decisiones laborales, la elevación de las tasas, el recorte de las subvenciones o la planeación del tránsito, de otra parte, son prueba de esto.

Esto lo ha resaltado también la Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior en su posicionamiento. La incertidumbre que genera el concepto ampliado de coacción, no pierde su significado por la interpretación que se le dé con el correr del tiempo, especialmente por el Tribunal Federal en otros ámbitos como en el de la violación, donde ha partido de un concepto de coacción considerablemente estricto (véase BGH, NJW 1981, p. 2204). Como muestran los ejemplos mencionados, la punibilidad de las acciones de bloqueo, como coacción, sigue siendo, sin embargo, bastante incierta [...]

Finalmente, la ampliación del concepto de violencia tampoco puede justificar el que surjan los indeseables vacíos de la punibilidad. Incluso si se tiene en cuenta que el comportamiento que sirve de objeto a la interpretación amplia de la norma, es tan digno de sanción como el que no se ha puesto en duda, es asunto del legislador acabar con las lagunas de la punibilidad (véase BVerfGE 71, 108 [116] con otras referencias).

La necesaria delimitación del concepto de coerción en el §240, párrafo 1 StGB corresponde ante todo a los tribunales penales, y no al Tribunal Constitucional Federal. La ilegalidad de las demostraciones donde las personas permanecen sentadas de conformidad con otras disposiciones no es asunto de esta decisión.

Voto particular de los magistrados Seidl y Söllner, y la magistrada Haas

No es violatorio del Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el que los tribunales penales en el proceso de primera instancia hayan visto en las protestas donde las personas permanecen sentadas la comisión del delito de coacción en el sentido del §240, párrafo 1 StGB, debido al uso de la violencia [...]

a) De acuerdo con la finalidad del §240 StGB, que tiene por objeto proteger la libertad de decidir y actuar libremente (véase BVerfGE 73, 206 [237] con otras referencias), los hechos constitutivos de violencia pueden, sin embargo, ser entendidos bási-

camente sólo en el sentido de un efecto físico, mientras que se considera separadamente el significado atribuido en el lenguaje común, que abarca el concepto de violencia (véase BVerfGE 73, 206 [252 y ss.]). La finalidad de la norma no exige ninguna delimitación posterior al interior de ese estricto concepto de violencia. Tampoco se va más allá del posible sentido literal del hecho constitutivo, si bajo el concepto de coerción se entiende un efecto físico de cualquier tipo, mediante el cual la víctima se ve coaccionada a una actitud, una permisón o una omisión [...]

Mediante una protesta donde las personas permanecen sentadas bloqueando una vía, se ve interrumpido el tráfico automotor por un obstáculo corporal. El bloqueo de aquélla con el fin de impedirle a los ocupantes de los autos continuar su camino es, por consiguiente, una forma de los efectos físicos, no sólo psíquicos, sobre la libre voluntad de decidir y actuar. El Tribunal Federal parte de esto en la conocida sentencia *Laeppele* (BGHSt 23, 46 [54]), en la cual el tribunal penal en el proceso de primera instancia se pronunció expresamente a favor del concepto de coerción. El efecto consiste en el bloqueo.

El efecto psíquico –también– tiene como consecuencia que los ocupantes del auto, sujetos a coacción, en el caso en que pudieran salvar el obstáculo físico, hacen caso omiso porque de lo contrario matarían o herirían a los manifestantes. Ese proceso determinado psicológicamente es ciertamente decisivo para el éxito del bloqueo. Pero esto no cambia el hecho de que el bloqueo mismo se haya logrado a través de un obstáculo físico. Bajo estas circunstancias él tampoco va más allá del posible sentido literal del concepto de coerción por el hecho de que para la evaluación de los efectos que producen los medios de coerción decisivos se parta de los procesos psíquicos generados por dichos medios de coerción.

141. Sentencia BVerfGE 104, 92 [Acción de bloqueo]

1. *No se lesiona el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental cuando los tribunales penales aplican el tipo penal de violencia/coacción contenido en el § 240, párrafo 1 StGB⁶ a los casos de acciones de bloqueo en las que los participantes –más allá del efecto psicológico que produce su mera presencia corporal– erigen una barrera física.*

⁶ § 240 StGB Violencia/Coacción:

(1) Quien de manera antijurídica y mediante el empleo de la fuerza o mediante amenazas de inferir un mal considerable obliga a otra persona a realizar, omitir o tolerar una acción, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con una sanción pecuniaria.

(2) Se considera que tal acción se realiza de manera antijurídica cuando el empleo de la fuerza o la amenaza del daño para obtener el fin deseado resulta reprochable.

2. Por “reunión” en el sentido del Art. 8 de la Ley Fundamental se entiende la concurrencia de diversas personas en un mismo lugar para expresarse o manifestarse de manera conjunta y con el objeto de participar en la conformación de la opinión pública.
3. El derecho de autodeterminación de los portadores del derecho fundamental de la libertad de reunión, referente al fin y al objeto de la reunión, así como al lugar, momento y tiempo de la misma, no abarca también la decisión sobre los perjuicios que deben soportar los terceros, titulares a su vez de los bienes jurídicos con los que chocan.
4. Sobre los requisitos jurídico-constitucionales que deben considerarse al realizar el examen de “reprochabilidad” en términos del § 240, párrafo 2 StGB.

Resolución de la Primera Sala, del 24 de octubre, 2001

–1 BvR 1190/90, 1 BvR 2173/93, 1 BvR 433/96–

Fórmula de la resolución:

Los recursos de amparo son desechados.

Fundamentos:

A.

Los tres recursos de amparo se refieren a sentencias condenatorias emitidas por tribunales penales por coacción derivada de la participación en acciones de bloqueo [...]

Los recursos de amparo son infundados. Las sentencias recurridas no lesionan los derechos de los quejosos contenidas en los Art. 103, párrafo 2, Art. 8, Art. 5, párrafo 1 y Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

Los elementos que integran el tipo penal de violencia/coacción no se configuran en aquellos casos en que la violencia se refiere exclusivamente a la presencia física y el efecto coercitivo sobre las personas forzadas es exclusivamente de carácter psicológico (BVerfGE 92, 1 [18]), atendiendo al requisito de “certeza” y aplicación estricta de la sanción penal. Sin embargo, en el presente caso la acción realizada por las quejosas no se limitó a la mera presencia física frente a la puerta de acceso [al terreno en que se estaba construyendo una planta de energía atómica] y al efecto de coacción psicológica que esta acción hubiera podido ejercer sobre los conductores de los vehículos (obligándolos a detenerse o a dar la vuelta para evitar el peligro de lesionar o causar la muerte de los manifestantes). En el presente caso, los manifestantes desplegaron además un acto de coacción física al colocarse cadenas de metal –unidas unas con otras a la altura de la cadera– y sujetando esta “cadena humana” a los postes que se encontraban a uno y otro extremo del portón de entrada. No se puede objetar el hecho de que los tribunales

penales hayan visto en esa acción un acto de empleo de la fuerza. En tal medida, no resulta determinante el hecho de que, para quitar las cadenas, hubiera sido necesario hacer uso igualmente de fuerza física. El hecho de que los manifestantes se hayan encadenado confiere a la manifestación un carácter adicional; más allá del mero efecto psicológico, las cadenas constituyen una imposición de la voluntad de los manifestantes a terceros. Las cadenas impidieron que los manifestantes tuvieran siquiera la posibilidad de hacerse a un lado cuando los conductores intentaran penetrar la barrera creada por ellos para ingresar al terreno, al tiempo que dificultaba la evacuación de la entrada.

Tomando en consideración las exigencias de certeza de la ley penal, no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional el que los tribunales penales hayan calificado el establecimiento de una barrera física por parte de la quejosa como suficiente para acreditar los elementos del tipo penal de violencia/coacción. Las circunstancias concurrentes en el presente caso permiten distinguir con suficiente claridad y previsibilidad entre coacción física y coacción con efectos meramente psicológicos. Por lo demás, para que se configure el tipo penal de violencia/coacción no hace falta que el despliegue de fuerza sea preponderante, en relación con la coacción psicológica originada por la mera presencia física de personas.

b) El proceso que dio origen al recurso de amparo 1 BvR 433/96, referente al bloqueo de una autopista, también estuvo caracterizado por el efecto coaccionante producido por el despliegue de fuerza física. Los manifestantes estacionaron una caravana de vehículos en ambos carriles de la autopista, así como en el carril de acotamiento. De este modo, erigieron un impedimento mediante un despliegue de fuerza física, causando un efecto coactivo. Tratar de superar esta barrera física hubiera desencadenado el riesgo de sufrir un daño para aquellas personas que se hubieran opuesto al bloqueo. El hecho de que los vehículos de otras personas hubieran sido detenidos a consecuencia del bloqueo es irrelevante para la calificación de la conducta del quejoso. Por tanto, los hechos del presente caso no dan motivo para entrar al estudio de la así llamada “jurisprudencia de segunda fila” del Tribunal Federal Supremo (véase BGHSt 41, 182).⁷

2. El Tribunal Federal Constitucional ha resuelto ya, que el requisito de “reprochabilidad” contenido en el § 240, párrafo 2 StGB cumple con el principio de certeza ordenado por el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. Para ello, el Tribunal Constitucional ha considerado que esta cláusula es utilizada por los tribunales penales como

⁷ Con anterioridad a esta resolución, el Tribunal Federal Supremo había considerado que, en casos de bloqueos de autopistas realizados por grupos de personas (sin emplear barreras físicas), para el primer conductor afectado se trataba de un acto de violencia *psicológica*; si bien tales actos de violencia psicológica no estaban castigados, los conductores en segunda fila y posteriores se enfrentaban además con una barrera *física*, lo que sí configuraba un acto de violencia física castigado por ley; esta jurisprudencia ha sido duramente criticada por la doctrina. [N. del t.]

un elemento moderador del tipo penal, empleándola como un correctivo en beneficio del reo, toda vez que su efecto es el de limitar la punibilidad de la conducta (véase BVerfGE 73, 206 [238 s.]).

II.

En conclusión, las sentencias recurridas no constituyen una violación de los derechos fundamentales de los quejosos, contenidos en los Art. 8, Art. 5, párrafo 1, frase 1 y Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental [...]

1. El Art. 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental garantiza a todos los alemanes el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Este artículo protege no sólo aquellos eventos en que se expresan o manifiestan opiniones de manera verbal, sino también aquéllos en que los participantes expresan sus opiniones –adicional o exclusivamente– de otro modo, como por ejemplo, mediante acciones de bloqueo (véase BVerfGE 87, 399 [406]).

a) El Art. 8 de la Ley Fundamental protege la libertad de reunión como una forma de expresión –encaminada a fomentar la comunicación– dentro de una comunidad (véase BVerfGE 69, 315 [343]). La protección especial de la libertad de reunión descansa sobre la importancia que ésta tiene para el proceso de conformación de la opinión pública dentro del orden democrático de la Ley Fundamental [...]

Para que se considere abierto el ámbito de protección –por su relación con el proceso de conformación de la opinión pública– no basta que los participantes, al involucrarse en el desarrollo comunicativo al interior de la comunidad, se reúnan con una finalidad cualquiera. Más bien, constituye un elemento esencial que la reunión esté precisamente encaminada a participar en la conformación de la opinión pública. Por tanto, por “reunión” en el sentido del Art. 8 de la Ley Fundamental debe entenderse la concurrencia de diversas personas en un mismo lugar para expresarse o manifestarse de manera conjunta y con el objeto de participar en la conformación de la opinión pública [...]

[...] En el proceso a que se refiere el recurso de amparo 1 BvR 433/96, el bloqueo de la autopista en el tramo del paso fronterizo no tenía por objeto (al menos no en primer lugar) el transmitir una opinión o llamar la atención pública con un fin comunicativo. Como pudo constatar el Tribunal de Primera Instancia, la acción de bloqueo de los Sinti y Roma tenía por objeto –después de que les fue negada la entrada a Suiza– lograr, a como diera lugar, una conversación con el Alto Comisionado para los Refugiados (con sede en Ginebra) y forzar de este modo que se les permitiera el acceso a Suiza. Este mismo objeto perseguían las negociaciones sobre el ingreso a Suiza y sobre las posibilidades de dar por terminado el bloqueo, que se llevaban a cabo en forma paralela a la acción de bloqueo.

El Art. 8 de la Ley Fundamental protege la participación en la conformación de la opinión pública, pero no abarca las medidas de coacción ni aquéllas equiparables a la “autotutela” por las que se pretende imponer por la fuerza el cumplimiento de pretensiones particulares (véase Herzog, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Stand März 2001, Art. 8 Rn. 100; Ladeur, en Ridder/Breitbach/ Rühl/Steinmeier, *Versammlungsrecht*,

1992, Art. 8 GG, Rn. 25). En el presente caso –como pudo constatar el Tribunal de Primera Instancia– la acción de bloqueo estaba dirigido en primer lugar a imponer las propias exigencias; por ello, los tribunales penales estaban legitimados para calificar el comportamiento de los manifestantes en este tercer recurso de amparo como coacción, sin necesidad de medirla a la luz del Art. 8 de la Ley Fundamental [...]

b) Para las quejas, la protección garantizada por el Art. 8 de la Ley Fundamental no desaparece por considerarse que el bloqueo se hubiera llevado a cabo en forma no pacífica.

El Art. 8 de la Ley Fundamental protege la libertad de expresar colectivamente una opinión hasta los límites de la violencia. Que una reunión se lleve a cabo en forma no pacífica es considerado por la Constitución al mismo nivel que la participación en una reunión armada. Por tanto, una reunión pierde el carácter de pacífica sólo cuando se llevan a cabo acciones de cierta peligrosidad, como desmanes (excesos) en contra de personas o cosas, o cuando se producen actos violentos de cualquier otro tipo; los meros impedimentos ocasionados a terceros –aun cuando sean positivamente deseados, no sólo tolerados– no constituyen *per se* actos de violencia (véase BVerfGE 73,206 [248]; 87, 399 [406]).

Por tanto, que los participantes de una acción de bloqueo se hayan encadenado (impidiendo el paso de vehículos), no constituye de suyo una acción peligrosa para personas o cosas –es decir, “violencia”– en términos del Art. 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental. También el desarrollo posterior de la manifestación se mantuvo dentro del marco de una protesta pacífica, y los manifestantes pudieron ser detenidos sin ofrecer resistencia, después de que la policía cortó las cadenas. Sin perjuicio de que, desde el punto de vista jurídico-penal, tal comportamiento pueda ser considerado como “violencia” (en términos del § 240, párrafo 1 StGB), la actitud de los manifestantes en la acción de bloqueo no debe ser considerada como “violencia” en términos constitucionales. Para delimitar del ámbito de protección del Art. 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental, resulta determinante exclusivamente el concepto jurídico constitucional de violencia, no el concepto más amplio de violencia contenido en el § 240 StGB (véase BVerfGE 73, 206 [248]) [...]

142. Sentencia BVerfGE 105, 135 [Pena patrimonial]

1. *El mandamiento de “certeza de la ley penal” (Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental)⁸ tiene también validez en relación con la amenaza de castigo. La pena constituye una reacción soberana de reproche a una conducta antijurídica criminal culpable; la pena debe estar determinada normativamente –en*

⁸ Art. 103 (2): Un acto sólo podrá ser castigado cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquél.

cuanto a su tipo y su extensión— por el legislador parlamentario; la sanción establecida para los casos de infracción a una ley penal debe ser previsible para los destinatarios de la norma.

2. *A la hora de determinar la sanción aplicable, el legislador debe buscar no sólo certeza y seguridad jurídicas, sino que debe también tomar en consideración adecuadamente el “principio de culpabilidad”, propio del Estado de Derecho; de este modo, la determinación de la sanción debe permitir al juez aplicar en cada caso concreto una pena justa y proporcional. El principio de culpabilidad y el principio de certeza de las consecuencias jurídicas se encuentran en una relación de tensión, la cual debe llevarse a un punto de equilibrio compatible con la Constitución.*
3. *En relación con la magnitud de la pena en cuestión, el legislador debe determinar un margen que permita conocer, en principio, el límite inferior y el máximo de la pena.*
4. *Si el legislador introduce un nuevo tipo de sanción (como sucede con la pena patrimonial contemplada en el § 43a StGB) que además permite una severa injerencia en los derechos fundamentales de los particulares, el legislador debe entonces dar al juez directrices específicas—más allá de los criterios tradicionales relativos a la fijación de las penas— que permitan prever el tipo y la tasa-ción de la pena a emplear.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 20 de marzo, 2002

–2 BvR 794/95–

Fundamentos de la resolución:

A.

I.

El recurso de amparo plantea la cuestión de la compatibilidad entre el § 43a StGB (pena patrimonial) y la Ley Fundamental. Al mismo tiempo, el recurso de amparo se dirige contra la aplicación de esta norma, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal acorde con la Constitución [...]

El parágrafo § 43a StGB es del tenor siguiente:

§ 43a Aplicación de la pena patrimonial

(1) En los casos en que la ley remita a esta norma para la aplicación de la pena, el tribunal podrá imponer –junto con la pena de cadena perpetua o una pena privativa de libertad mayor a dos años– una pena pecuniaria; en este caso, el monto de la pena no podrá exceder del valor del patrimonio del inculpado (pena patrimonial). Ventajas patrimoniales, cuyo vencimiento se ordene anticipadamente, no serán tomadas en cuenta al momento de calcular el monto del patrimonio. El juez podrá estimar el valor del patrimonio.

(2) El § 42 StGB tiene aplicación en lo conducente.

(3) El tribunal determinará una pena privativa de libertad, la cual tendrá aplicación cuando no se cumpla con el pago de la pena patrimonial (prisión sustituta). La prisión sustituta no será menor a un mes ni podrá exceder de dos años [...]

III.

1. El Tribunal Estatal condenó al quejoso por comerciar ilegalmente con estupefacientes en cantidad considerable –conducta punible en términos del § 29a, párrafo 1 num. 2 del BtMG– a tres años y medio de prisión y al pago de una pena patrimonial por un monto de 600 000 marcos alemanes. Para el caso de incumplimiento de la pena patrimonial, el tribunal fijó una pena privativa de libertad de un año y medio adicional; además, declaró el vencimiento de 10 860 marcos alemanes, para lo cual aseguró un coche [...]

B.

El recurso de amparo es procedente y fundado.

I.

El § 43a StGB, por el que se faculta al tribunal a imponer –junto con la pena de cadena perpetua o una pena privativa de libertad mayor a dos años– como pena el pago de una cantidad de dinero cuyo único límite es el patrimonio del sentenciado, es incompatible con el mandamiento de “certeza de la ley penal” contenido en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental. El legislador no fue capaz de asegurar el mínimo de previsibilidad que la ley –por mandato constitucional– debe garantizar a los particulares, en relación con la elección del tipo de pena a imponer y de la magnitud de la misma. Con ello se dificulta –de un modo que resulta inaceptable desde el punto de vista jurídico– la posibilidad que tiene el particular, a quien se aplica la pena patrimonial, de prever el tipo y la extensión de la pena que puede esperar como reacción estatal a su conducta delictuosa.

1. El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental garantiza que una conducta pueda ser sancionada únicamente cuando la punibilidad se hubiera establecido en una ley y con anterioridad a la realización de la conducta. Esto obliga al legislador a describir con precisión los presupuestos para la punibilidad de la conducta, de manera que el destinatario de la norma se encuentre en condiciones de conocer la extensión y el ámbito de aplicación del tipo penal; la posibilidad de prever tales elementos debe derivarse del texto mismo de la ley y deberán ser determinados y concretados mediante interpretación (véase BVerfGE 73, 206 [234]; 75, 329 [340]; 78, 374 [381 s.]; jurisprudencia reiterada). De este modo, la Ley Fundamental pretende asegurar que toda persona –siendo responsable de sí misma– pueda orientar su comportamiento con base en la legislación penal vigente, sin que deba temer reacciones estatales imprevistas (véase BVerfGE 64, 369 [393 s.]; 85, 69 [72 s.]). El poder estatal, en cuanto que le corresponde perseguir y castigar los delitos, se encuentra sujeto estrictamente a la ley; de este modo, el mandamiento de certeza jurídica garantiza a su vez la seguridad jurídica y protege la confianza de los

ciudadanos –necesaria para garantizar sus derechos de libertad– en que el Estado únicamente perseguirá y castigará aquellas conductas que, al momento de realizarse, se encontraban tipificadas como delitos por una ley penal (véase BVerfGE 95, 96 [130 ss.].)

El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental garantiza a su vez, que en el ámbito del derecho penal, en atención al amplio alcance de sus consecuencias, sea únicamente el legislador quien decida –de manera general y abstracta– sobre la punibilidad de una conducta (véase BVerfGE 75, 329 [341]; 78, 374 [382]; 95, 96 [131]). El legislador se encuentra obligado, por mandato constitucional, a fijar él mismo los límites de la punibilidad de una conducta. Por ello, no puede dejar esta decisión en manos de alguno de los otros poderes del Estado; por ejemplo, a la judicatura en materia penal. El mandamiento de certeza constituye, pues, una orden dirigida al legislador penal para actuar, y al mismo tiempo una orden dirigida al juez penal de abstenerse de actuar. Por estos motivos, el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental prohíbe también al juez penal corregir por propia iniciativa una ley indeterminada (véase BVerfGE 47, 109 [120]; 64, 389 [393]; 73, 206 [235]).

2. El mandamiento de certeza de la ley penal tiene también validez en relación con la amenaza de castigo; en un sistema jurídico-penal caracterizado por el principio de culpabilidad, la amenaza de castigo debe ser justa (adecuada) al tipo penal y debe estar en sintonía con el juicio de valor (el reproche de la conducta antijurídica) contenido en el tipo penal (BVerfGE 86, 288 [313]); jurisprudencia reiterada); tal concordancia permite conocer la caracterización de la norma penal realizada por el legislador, y aporta elementos para valorar e interpretar tanto el tipo penal como la descripción de la conducta típica (merecedora de una sanción) en él contenida (BVerfGE 25, 269 [286]). La pena constituye una reacción soberana de reproche a una conducta antijurídica criminal y culpable y debe, por tanto, estar determinada normativamente –en cuanto a su tipo y su extensión– por el legislador parlamentario (BVerfGE 32, 346 [362 s.]); es una respuesta estatal por la que se castiga una transgresión a la norma penal y debe, por tanto, ser previsible para los destinatarios de la norma (BVerfGE 26, 41 [42]; 45, 363 [370 ss.]).

a) Desde el punto de vista constitucional, no ofrece objeción alguna que el legislador, a la hora de determinar las consecuencias jurídico-penales de una transgresión, omita echar mano de un elevado nivel de precisión (lo anterior sería posible teóricamente mediante penas de carácter absoluto) y, en vez de ello, deje al juez la facultad de determinar las consecuencias particulares dentro de los márgenes establecidos por la ley. Tomando en consideración las particularidades de cada caso, por regla general será el juez quien se encuentre en condiciones de juzgar la oportunidad y la equidad de la pena aplicable al caso concreto. El Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental descansa además sobre el principio del Estado de Derecho de que toda pena presupone culpabilidad (véase BVerfGE 25, 269 [285]).

De ahí se deriva no sólo que el tipo penal y el margen de la pena aplicable deben corresponderse mutuamente –tomando a la justicia como criterio de valoración– sino

que, en el caso concreto, la pena aplicada debe estar además en justa relación con la gravedad del hecho y con el grado de culpabilidad del inculcado (véase BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]; 45, 187 [260]; 50, 5 [12]; 54, 100 [108]; jurisprudencia reiterada). Entre un delito y otro existen diferencias, atendiendo por lo general al grado de culpabilidad y a la magnitud de la injusticia cometida; por ello, se le debe dejar al juez la posibilidad fundamental de adaptar la pena –que le corresponde imponer– a estas diferencias. Por eso, el juez no debe quedar obligado –mediante una amenaza de castigo que sea demasiado rígida– a imponer una pena que no corresponda con el convencimiento que él tiene acerca de la culpabilidad del inculcado y la gravedad de la injusticia cometida (véase BVerfGE 54, 100 [109]). Las amenazas de castigo absolutas conllevan el peligro de generar conflicto con el principio de culpabilidad (garantizado constitucionalmente), porque impiden al juez penal, modular la sanción con base en los particulares niveles de culpabilidad e injusticia del caso concreto; y, en dado caso, deben ser interpretadas de manera conforme con la Constitución, a fin de asegurar que incluso en los casos límite se apliquen penas proporcionadas que correspondan con el grado de culpabilidad y de la injusticia cometida (véase en relación con la pena de cadena perpetua BVerfGE 45, 187 [261 ss.]).

A fin de evitar la imposición de penas desproporcionadas e injustas, el principio de culpabilidad exige tendencialmente el establecimiento de márgenes para la aplicación de las penas, a partir de los cuales el juez puede extraer –en el caso concreto– penas justas y adecuadas según la culpabilidad del reo (véase BVerfGE 73, 206 [254]). Del mismo modo, el mandamiento de certeza exigido por el Art. 103 párrafo 2 de la Ley Fundamental pugna a su vez porque la decisión sobre la pena que ha de aplicarse por la comisión de un delito –también en el sentido de una orientación general y de una aplicación uniforme de las penas– sea dejada a la decisión del legislador; a él le corresponde determinar los márgenes de la pena, así como los criterios que han de tomarse en cuenta para integrarlos.

Al responder qué requisitos debe cubrir el mandato de certeza jurídica (es decir, certeza sobre las consecuencias jurídicas de una conducta), dos principios constitucionales entran en una relación de tensión. Ésta no se resuelve renunciando en forma general al establecimiento de márgenes para la determinación de la pena, como tampoco adoptando la decisión fundamental de conferir al juez facultades amplísimas para la determinación de las penas. Por un lado se encuentra el principio de culpabilidad y de justicia adecuada al caso concreto; del otro aparece el principio de certeza sobre las consecuencias jurídicas y de seguridad jurídica. Ambos constituyen principios indispensables para el derecho penal; por ello, es necesario realizar una ponderación y colocar ambos principios en un equilibrio que resulte compatible jurídicamente con la Constitución y que, al mismo tiempo, garantice el mayor desarrollo de ambos principios. El legislador penal cumple con su obligación si, al regular la amenaza de sanción, ofrece al juez penal y al ciudadano afectado orientaciones suficientemente precisas, de modo que: ambos puedan conocer con claridad la valoración del legislador –plasmada en la

descripción del tipo penal— sobre las conductas que constituyen un delito, el afectado pueda calcular la medida de la pena que se le puede imponer en caso de cometer la conducta, y el juez pueda imponer —como reacción al delito— una pena proporcional a la culpabilidad del delincuente.

b) Corresponde al legislador tomar las decisiones fundamentales en relación con el tipo y la medida de las posibles consecuencias jurídicas aplicables, así como señalar al juez el margen —lo más preciso posible— dentro del cual pueda moverse. Los requisitos exigidos al legislador serán más estrictos entre más profundo sea el efecto de la injerencia (véase BVerfGE 86, 288 [311]; en general, sobre el mandamiento de certeza en relación con los requisitos de punibilidad, véase BVerfGE 14, 245 [251]; 26, 41 [43]; 41, 314 [320]; 75, 329 [342]). Entre más severa sea la amenaza de sanción, el legislador estará obligado con más urgencia a poner a disposición del juez, directrices que hagan previsible la sanción aplicable para el caso de actualizarse los elementos del tipo penal, y que permitan al ciudadano hacerse una idea de las consecuencias jurídico-penales que se le pueden aplicar.

c) Dentro de las decisiones concretas que deberá adoptar el legislador se encuentra la determinación de los diversos tipos de sanción que puedan resultar aplicables para un delito en cuestión. Lo anterior es consecuencia no sólo del principio de culpabilidad —con miras a la proporcionalidad que debe existir entre conducta y consecuencia jurídica—, sino también del principio de certeza, por el cual se busca que el destinatario de la norma se encuentre en condiciones de conocer la sanción que pudiera resultar aplicable. Tratándose de la amenaza de sanción en cada uno de los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal, el legislador debe fijar márgenes que permitan conocer, en principio, tanto el límite inferior como el límite máximo de las penas y de este modo constituyan un marco de orientación para la ponderación judicial, que ha de tomar en consideración la injusticia de la acción cometida y el grado de culpabilidad. Tratándose de la amenaza de sanción penal para el caso concreto, el límite inferior de la pena puede también determinarse echando mano de las disposiciones de la parte general del Código Penal (§§ 38 ss. StGB). Sin embargo, al combinarse con los límites máximos de la pena no debe dar lugar a “márgenes ilimitados”; éstos encierran el peligro de dejar indefinida la relación normativa entre injusticia y culpa —por un lado— y sanción —por el otro— y de este modo convertir la determinación de la pena concreta en un acto impredecible dejado al arbitrio judicial.

d) El legislador se encuentra obligado —por mandato constitucional— a señalar criterios valorativos, que el juez debe respetar al momento de determinar el *tipo* de la pena y la *extensión* de la misma, dentro del margen concretamente señalado por el legislador (véase Schmidt-Aßmann, en Maunz/Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 103, párrafo 2, num. 197). Al respecto, las reglas generales del Código Penal relativas a la graduación e individualización de las penas (§§ 46 ss. StGB) tienen la función no sólo de concretar el principio jurídico-constitucional de culpabilidad (véase BVerfGE 86, 288 [311]), sino que constituyen al mismo tiempo una condición indispensable para la

realización del mandamiento de certeza. Sólo a través de las reglas relativas a la graduación e individualización de las penas (codificadas y concretizadas por la jurisprudencia) será posible contar con márgenes amplios para la aplicación de las penas en el caso concreto que sean compatibles con los principios del Estado de Derecho.

De este modo, los criterios tradicionales relativos a la graduación e individualización de las penas—enumerados en el § 46 StGB y desarrollados por la jurisprudencia—constituyen la garantía de que la determinación de la pena no será dejada a la discreción ilimitada del juez, sino que podrá ser encontrada dentro de un margen estructurado. Sólo así la sanción resulta previsible para el destinatario de la norma y se vuelve susceptible de control por parte de la justicia penal. También aquí se aplica el criterio de que las exigencias impuestas al legislador aumentan en la medida en que las consecuencias jurídicas de la sanción inciden de manera particularmente severa en los derechos fundamentales del sentenciado.

II.

1. El § 43a StGB debe ser analizado a la luz del mandamiento de certeza contenido en el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental; la pena patrimonial—bajo la perspectiva de su naturaleza jurídica y de su configuración legislativa—constituye una *pena* en sentido estricto. Por tanto, cae dentro del ámbito de protección de la garantía de “certeza de las consecuencias jurídicas” con que deben cumplir las leyes penales; lo anterior es independiente de la cuestión—aún no resuelta por el Tribunal Constitucional—de determinar si el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental debe abarcar también medidas de protección y medidas correctivas o de readaptación (véase BVerfGE 74, 102 [126], BVerfGE 83, 119 [128]).

a) Para interpretar una disposición legal, resulta determinante conocer la voluntad del legislador objetivizada en la norma; esta voluntad se desprende de la interpretación literal, así como del sentido que deriva del contexto en que la norma ha sido introducida (véase BVerfGE 1, 299 [312]; 11, 126 [132]; jurisprudencia reiterada). A este respecto, cabe echar mano de todos los métodos de interpretación tradicionales, todos ellos de igual validez; entre ellos no existe, pues, una prelación que deba acatarse forzosamente. Ciertamente en el derecho penal la interpretación literal-gramatical sí tiene una especial preeminencia. Aquí, el significado literal que pueda tener una norma—especialmente con miras al Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental—impone a la interpretación un límite insuperable (véase BVerfGE 85, 69 [73]; 87, 209 [224]).

b) Una interpretación que tome en cuenta los cánones de los métodos de interpretación jurídica lleva a clasificar el § 43a StGB dentro del catálogo de penas [...]

2. El § 43a StGB no cumple con las exigencias impuestas por el Art. 103, párrafo 2 de la Ley Fundamental a las leyes penales, especialmente en relación con la determinación de las consecuencias jurídicas (sanciones). Esta disposición permite llevar a cabo injerencias profundas en los derechos fundamentales de los particulares—también por el hecho de permitir la combinación de una pena privativa de libertad y la pena

patrimonial (por la que se autoriza intervenir en la totalidad del patrimonio del particular); por ello debiera cumplir con altísimas exigencias en lo que se refiere a certeza.

Las imprecisiones de la ley acompañan todo el proceso de aplicación y determinación de la pena, el cual conduce a la imposición y medición de la pena patrimonial. El § 43a StGB omite señalar al juez penal criterios objetivos que le permitan determinar —cuando un delito remita a la pena establecida en el § 43a StGB— en qué casos debe elegir la pena patrimonial y en qué casos no. Por ello, la decisión sobre la conveniencia y proporcionalidad de aplicar la pena patrimonial recae exclusivamente en el juez; el legislador fácilmente hubiera podido señalar al juez criterios objetivos. Además, el § 43a StGB omite señalar, de entrada, un margen fijo con base en su monto, como tradicionalmente se hace; en vez de ello, transfiere al juez la facultad de determinar el margen concreto de la pena, así como el punto de partida —para la graduación e individualización de las penas— que ha de tomar al aplicar la pena patrimonial al caso concreto. Por otro lado, si el juez no puede determinar el patrimonio del inculcado —el cual constituye el límite máximo de la pena— con suficiente certeza, ello constituye una nueva imprecisión en la determinación de los márgenes de la pena. En tales casos, el juez se encuentra facultado para *estimar* el monto del patrimonio; sin embargo, la ley tampoco aporta algún criterio al respecto.

Para la imposición de la pena patrimonial en relación con la pena privativa de libertad, el juez tampoco encuentra parámetros legales que le ayuden a calcular el monto de la pena patrimonial y, en su defecto, le permitan hacer la conversión a la pena privativa de libertad y, en su caso, a la de prisión sustituta [...]

c) **Prohibición de la doble penalización por un mismo hecho**

143. Sentencia BVerfGE 23, 191 [Negativa a prestar servicio civil]

1. *Se trata de “un mismo hecho” en el sentido del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental, en el caso de una desobediencia repetida a un llamamiento al servicio civil, debida a una decisión de conciencia tomada y reiterada por el autor del hecho; una sentencia dictada en el entretanto, por negarse a prestar el servicio, no se contrapone.*

Sentencia de la Segunda Sala, del 7 de marzo, 1968

Los recurrentes son miembros de los Testigos de Jehová, que se reconocen por su renuencia a prestar el servicio militar. Debido a que la convocatoria para cumplir con el servicio civil no ha sido atendida, fueron condenados por el tribunal penal compe-

tente por este hecho, de conformidad con la Ley sobre el Servicio Civil (§37 de la ley de 13 de enero de 1960 –BGBl I, p. 10 y §53 de la ley, en la versión del 16 de julio de 1965– BGBl. I, p. 984, en lo sucesivo: ErsDiG) a una pena de prisión de entre 2 y 8 meses. Los recurrentes cumplieron con esa primera condena.

A una parte de los recurrentes, luego del cierre definitivo de su proceso penal, y a la otra, durante o después de haber cumplido con su pena, les fue notificada por el ministro del Trabajo, en su calidad de autoridad competente para convocar al cumplimiento del servicio civil, una nueva convocatoria, la cual al no ser recurrida, quedó firme. Como los recurrentes nuevamente se negaron a prestar el servicio civil, fueron nuevamente denunciados y condenados, a solicitud del Ministerio del Trabajo, por su renuencia a cumplir con el servicio civil.

Las sentencias impugnadas violan el derecho de los recurrentes, consagrado en el Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental. De acuerdo con éste, nadie puede ser sancionado con fundamento en la ley penal general, más de una vez por el mismo hecho.

1. a) El precepto legal del *non bis in idem* tiene el carácter de un principio fundamental del derecho procesal penal. Ha sido reconocido claramente como derecho vigente por la jurisprudencia. Mediante el Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental ha adquirido rango constitucional.

El principio del *non bis in idem* excluye la persecución repetida por un mismo hecho que ya hubiere sido objeto de enjuiciamiento; el principio, por el contrario, no se aplica cuando se trata de otro hecho, aunque sea del mismo tipo que el primero. Es decisivo el proceso histórico en el que se llevaron a cabo la demanda y la apertura del proceso, y si durante este tiempo el demandado, como autor o partícipe, realizó un hecho punible.

b) Si la interpretación del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental, se basa en los principios desarrollados antes de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, entonces se deberá tener en cuenta que este derecho, existente antiguamente, con la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, se incluyó dentro del orden de valores objetivos de la misma (BVerfGE 7, 198 [205]). Estos principios deben interpretarse, por tanto, a la luz de los derechos fundamentales (BVerfGE 3, 249 [252]).

2. Los tribunales, cuyas decisiones son atacadas por los recurrentes, son de la opinión que el Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental, no se contrapone a una nueva persecución y sanción penal por rehusarse a cumplir el servicio civil, a pesar de que los recurrentes motivaron su negativa a prestar el servicio civil, con base en los mismos argumentos que en la ocasión anterior. Se trata –en el caso de la negativa a prestar el servicio– de un delito continuado –como lo expresó, por ejemplo, el Tribunal Superior Estatal de Stuttgart en su sentencia del 23 de mayo de 1966 en contra del recurrente en el caso de rehusarse a prestar el servicio. Como consecuencia de esto, la conducta punible del obligado a prestar el servicio, que no obedeció a la primera convocatoria, se interrumpió –por primera vez– cuando fueron condenados. La conducta (punible) que

se desarrolló posteriormente no fue abarcada por la primera sentencia, sino que se mantiene como un nuevo hecho en el sentido del §264 StPO.⁹

3. Esta opinión no puede aceptarse.

Un mismo hecho, en el sentido del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental, existe aun cuando la desobediencia repetida a una convocatoria para prestar el servicio civil, se remonte a la decisión del autor, repetida y continuada; una sentencia por rehusarse a prestar el servicio civil, no se encuentra en contraposición.

c) Estas circunstancias –principalmente, la decisión, por una vez, en contra de la exigencia estatal de prestar, por una vez, el servicio civil– no se ajustan, cuando se trata de incluirlas y adaptarlas al patrón del delito continuado, debido a que la conducta punible del obligado a prestar el servicio civil, que no obedeció la primera convocatoria, se interrumpió –por una vez– con la sentencia. Por consiguiente, se desconoció la esencia de las decisiones de conciencia, que adquieren un peso especial por virtud de lo establecido en el Art. 104, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Una decisión de conciencia es toda decisión seria, moral, orientada en las categorías de lo “bueno” y lo “malo”, que las personas experimentan internamente en una determinada situación, que les obliga en forma vinculante e incondicional, de modo tal que ésta no puede actuar en su contra sin que corra un peligro (BVerfGE 12, 45 [55]). En el caso de los recurrentes se observa de manera clara, la seriedad y continuidad de su decisión de conciencia. Los recurrentes, luego de haber sido sancionados por primera vez, y luego de la segunda convocatoria, se mantuvieron en su decisión inicial y, por tanto, se negaron nuevamente a prestar el servicio civil [...] En la medida que mantuvieron su decisión inicial para el caso de la segunda convocatoria, y se abstuvieron de prestar el servicio civil, no cometieron ningún nuevo hecho punible en el sentido del Art. 103, párrafo 3 de la Ley Fundamental.

§ 33. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - ARTÍCULO 104 DE LA LEY FUNDAMENTAL

Artículo 104

1. La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescritas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente.

⁹ §264 StPO

(1) Será objeto de análisis de la sentencia el hecho imputado al indiciado, como se presenta luego de los resultados obtenidos en las actuaciones judiciales.

(2) Para la valoración de los hechos, el tribunal no se encuentra vinculado por la resolución adoptada previamente a la apertura del proceso.

2. Sólo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad. En todo supuesto de privación de libertad, sin mandamiento judicial, se deberá obtener sin demora un auto del juez. La policía no podrá, por su propia autoridad, mantener detenido a nadie más allá de la expiración del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley.
3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá, así mismo y sin demora, dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad.
4. De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma se deberá dar cuenta, sin demora, a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de éste.

144. Sentencia BVerfGE 10, 302 [Tutela]

Se requiere de decisión judicial, de conformidad con el Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental, en el caso en el que el tutor en ejercicio de su derecho a determinar el lugar de habitación, interna al interdicto mayor de edad en una institución cerrada.

Sentencia de la Primera Sala, del 10 de febrero, 1960

Parte resolutive:

El artículo 2, párrafo 2, frase 2, en relación con el Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2, de la Ley Fundamental ha sido violado debido a que los Tribunales de Primera Instancia de Múnich y Hamm omitieron decidir sobre la licitud del internamiento del recurrente en un sanatorio, el cual fue ordenado por el tutor del incapaz.

La decisión depende de si el derecho estatuido en el Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental, sobre la necesidad de una decisión judicial previa a (o inmediatamente después de) que se imponga una medida de privación de la libertad, existe también para el caso en el que un tutor ordena internar a un incapaz mayor de edad, en una institución cerrada. No se trata, por tanto, de si el tutor se encuentra legitimado para ordenar el internamiento, sino más bien de si el Estado debe brindar también en estos casos la protección garantizada por el Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental [...]

El derecho que regula la institución de la tutela tiene, por sus propias características, un carácter eminentemente público [...]

El Estado deja que la actividad de la tutela la ejerzan funcionarios (véase §§ 32, 35, 41 de la Ley de Bienestar Juvenil de 9 de julio de 1922), o destina una persona de confianza, elegida para el caso en particular, para que ejerza la tutela (§ 1779 BGB). La curaduría ejercida por un particular tiene también el carácter de una función administrativa, cuya aceptación constituye un deber ciudadano; ella trae consigo derechos y deberes de carácter público y privado.

Como la tutela se deriva exclusivamente de una atribución de poder, así el Estado vigila su desarrollo con fundamento en su poder general sobre aquélla [...]

Aquí se encuentra en discusión exclusivamente la privación de la libertad de un interdicto mayor de edad. Para este caso es preciso tener en cuenta que la protección de la libertad del Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental no se limita a los casos de carácter penal, y a las detenciones en interés de la paz pública, la seguridad y el orden, sino que abarca además toda privación de la libertad, que tenga por objeto la protección de una persona. Como la tutela, sobre todo la que se ejerce sobre el mayor de edad, es desde hace siglos una parte de la asistencia pública, el Art. 104, párrafo 2, frases 1 y 2 de la Ley Fundamental, se aplica a la privación de la libertad ordenada por el tutor. El sólo requerimiento de que la asistencia se ejerce aquí en el marco de una relación personal de poder y que el Estado se sirve para su ejecución de un particular, conduce a un resultado aparentemente contradictorio.

Sin embargo, de la esencia del poder personal de un apoderado designado por el Estado no se puede concluir que la protección legal garantizada constitucionalmente en contra de la privación de la libertad quede derogada cuando aquél es quien lleva a cabo la supresión de la libertad. El poder personal del tutor debe servir a la protección y bienestar del interdicto. Éste tiene, por consiguiente, también respecto del tutor, un derecho de protección legal, como lo señalan las numerosas competencias de vigilancia y control con que cuentan los tribunales competentes para conocer del asunto. Todos ellos se encuentran vinculados al Estado para la protección del incapaz frente a los abusos de poder. La correspondiente protección no se le puede negar, cuando se trata del bien de la libertad, y la garantía de protección se encuentra consignada en la Constitución.

Tampoco se puede llegar a sostener que el internamiento del interdicto mayor de edad en una institución cerrada, de conformidad con el derecho vigente, no se ve como un acto directo de asistencia pública, sino que reviste una disposición –de derecho privado– determinada por el tutor. Como esa cualificación conceptual del acto del internamiento es poco adecuada, para poder llevar a cabo la interpretación del Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental se deben tener en cuenta los resultados contradictorios que se derivan de esa cualificación, y que se han dado en la jurisprudencia dominante hasta ahora: si el Estado ejerce la tutela por medio de funcionarios públicos, entonces se trata del ejercicio de un poder público. Así lo ha decidido también el Tribunal Federal en relación con asuntos sobre responsabilidad (BGHZ 9, 255). El significado del Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, para el internamiento de

menores por parte de la administración pública, no se ha determinado (BGHZ 17, 108); sin embargo, la primera decisión lleva a la conclusión que cuando la curaduría es ejercida por un funcionario público, aun en el caso de la interpretación restrictiva del Art. 104, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental, a diferencia del tutor particular, se requiere de una autorización judicial para el internamiento del interdicto, a pesar de que ambas decisiones se basan en las mismas disposiciones del derecho civil sobre el derecho de determinar el lugar de permanencia.

Finalmente, desde un punto de vista general, es poco consecuente que al interdicto se le niegue la protección procesal consagrada en el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental respecto de las medidas adoptadas por el tutor, mientras que esa especial protección se la asegura el poder público a cualquier ciudadano en caso de privación de la libertad. Para sus órganos, en una administración regida por los principios del Estado de Derecho, la posibilidad de que se haga uso de una competencia para privar de la libertad por motivos subjetivos, es comparativamente baja.

Si la competencia para privar de la libertad se encuentra en manos de un particular, entonces será más grande el peligro de que se cometa un abuso. Junto al deseo de quitarse la pesada e incómoda carga de tener que cuidar de un incapaz, muchas veces como miembro del hogar, internándolo en una institución, un motivo personal o económico, puede jugar un papel.

Todos esos despropósitos desaparecen cuando deja de verse el internamiento dentro de las categorías tradicionales del derecho civil o público, y se analiza la idea de la asistencia pública, que determina la totalidad del derecho en materia de tutelas.

Desde hace algún tiempo se ha reconocido que el complejo del derecho de familia, matrimonio y tutela, a pesar de su pertenencia al derecho privado, contiene elementos del derecho público. La doble naturaleza de la tutela reside ante todo en la clasificación recíproca de la actividad público-privada de la tutela pública y de la actividad privada del tutor, fundamentada en el seguimiento al desarrollo de la tutela mediante las diversas formas de vigilancia que contemplan las normas sobre la materia. La forma más evidente del entrecruzamiento del derecho público y privado es el caso de la tutela de los mayores de edad, puesto que aquí el Estado, por motivos de asistencia pública, retira el estatus de la capacidad plena a través de la interdicción, y nombra un tutor, esto es, limita y fundamenta su poder. En el caso del internamiento forzado el elemento público-privado se fortalece debido a que éste es posible sólo con ayuda del poder público, dado que éste pone a disposición las instituciones necesarias para el encerramiento, porque son de su propiedad o las ha concesionado (Gewerbeordnung §10), si como la asistencia que el representante legal requiere para la ejecución de la medida misma –tribunales o policía.

Su derecho a un internamiento forzado se hará efectivo con la ayuda potencial o efectiva del Estado. La realidad es que –comúnmente de manera evidente– el Estado también interna, aun cuando no sea por su propia iniciativa, sino porque dispone del tutor como órgano ejecutor.

Por tanto, se prohíbe considerar jurídicamente el internamiento de un enfermo mental mayor de edad en una institución por parte de su tutor como si se tratara de una privación de la libertad en el marco de relaciones de derecho privado entre ciudadanos. El Estado no puede librarse de su vinculación a los derechos fundamentales mediante la designación de un particular para el cumplimiento de funciones públicas y al cual confiere la decisión sobre el empleo de instrumentos de poder estatal [...]

No corresponde decidir aquí si el Art. 104, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental tiene también aplicación tratándose de la privación de la libertad en el marco de la patria potestad que ejercen los padres. Para el internamiento de menores de edad por parte de sus padres, posiblemente resulten determinantes otros puntos de vista, distintos de los aplicados al internamiento de mayores de edad por parte del tutor. Ciertamente la patria potestad y la tutela sirven a objetivos similares, sin embargo, su fundamento es diferente. La patria potestad se apoya en la relación natural de los padres y sus hijos, y se da de manera directa por virtud de la ley; el cargo de tutor, por el contrario, es una institución estatal y debe ser determinada por un tribunal; su poder sobre la persona en estado de interdicción se apoya, por tanto, en un acto de soberanía estatal.

145. Sentencia BVerfGE 22, 311 [Pena de arresto]

La decisión del juez sobre la legalidad de una pena de arresto, su forma y duración, de conformidad con el §28, párrafo 1 WDO (Reglamento Disciplinario del Ejército), comprende, en el caso de una interpretación conforme con la Constitución, el examen de los motivos para la admisibilidad e idoneidad de la pena de arresto proyectada.

Sentencia de la Segunda Sala, del 7 de noviembre, 1967 – BvL 14/67 –

En el proceso para el examen de la constitucionalidad de los §§10, párrafo 1 y 28, párrafo 1 del Reglamento Disciplinario del Ejército.

El §10, párrafo 1 del Reglamento Disciplinario del Ejército señala:

Las sanciones disciplinarias, que pueden ser impuestas por las autoridades disciplinarias (sanciones disciplinarias simples), son:

1. Amonestación.
2. Amonestación fuerte.
3. Servicio administrativo.
4. Multa.
5. Restricciones a las salidas.
6. Arresto.

Por su parte, el §28, párrafo 1 WDO señala:

(1) Una pena de arresto sólo puede ser impuesta luego de que el juez ha declarado la legalidad de su forma y duración. Sobre la legalidad de la pena de arresto decide un miembro del Tribunal militar competente, y en caso de emergencia el que se encuentre más inmediato.

(2) [...]

En el proceso de primera instancia, el comandante de un batallón solicitó, de conformidad con el §28, párrafo 1 WDO, que se declarará la legalidad de la forma y duración de una pena de arresto de cinco días, que había proyectado imponerle a un inculpado. El juez competente suspendió el proceso de conformidad con el Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, para someter a la decisión del Tribunal Constitucional Federal un pronunciamiento sobre la compatibilidad del §10, párrafos 1, 6 y §28, párrafo 1 WDO, con el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental. La solicitud se fundó en el argumento que ambas disposiciones violaban el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental, porque ellas le atribuían al juez sólo un derecho de intervención, en la medida que debía revisar la legalidad de la privación de la libertad ordenada por un órgano del Poder Ejecutivo. El Art. 104, párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental dispone, sin embargo, que el juez debe hacerse responsable de la totalidad de la medida. Esto significa que tiene que ordenar la privación de la libertad, en forma autónoma y exclusiva.

El §10, párrafos 1, 6 y el §28, párrafo 1 del Reglamento Disciplinario del Ejército, son compatibles con la Ley Fundamental.

1. La imposición de penas disciplinarias privativas de la libertad, no pertenece a la jurisdicción, confiada a los jueces de conformidad con lo dispuesto en el Art. 92 de la Ley Fundamental, mientras que la imposición de penas criminales sí es una actividad de carácter jurisdiccional en el sentido del Art. 92 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 22, 49 [74]); esto no se aplica a la imposición de penas disciplinarias, porque su carácter se diferencia del de las penas criminales (véase BVerfGE 21, 378 [387]). El Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental dispone que la decisión sobre la admisibilidad y continuidad de una privación de la libertad se encuentra reservada al juez. Esa norma fundamental es, sin embargo, una disposición especial, cuyo significado y envergadura se debe interpretar autónomamente.

2. El arresto previsto en el Reglamento Disciplinario del Ejército, es una privación de la libertad en el sentido del Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental. No existe ninguna objeción constitucional en contra de que el derecho disciplinario prevea también penas de arresto (BVerfGE 21, 378 [387]). El Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental prescribe que sólo “un juez puede decidir” sobre la admisibilidad de una privación de la libertad. Esa disposición se satisface cuando el juez mismo ordena la privación de la libertad. La Ley Fundamental contempla, sin embargo, la posibilidad de una “privación de la libertad que no se apoye en una orden judicial” y prescribe en

el Art. 104, párrafo 2 frases 2 a 4, y, párrafo 3 de la Ley Fundamental, que la decisión judicial se debe tomar de inmediato, en caso de que la privación de la libertad ya se haya realizado.

El Art. 104 de la Ley Fundamental admite, sin embargo, una decisión judicial posterior en aquellos casos en que, sin la privación de la libertad, no se pudieren alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas, cuando la detención presupone la adopción de la decisión judicial. Lo mismo se debe aplicar para reglamentos como el que aquí se examinan; en este caso se trata también de una excepción que, por consiguiente, sólo es admisible cuando la finalidad que se persigue con el arresto sería inalcanzable o se vería en peligro, en el caso que en lugar de la decisión judicial sobre la legalidad de la pena de arresto proyectada por la autoridad disciplinaria, el juez tuviera que imponer dicha pena. También en estos casos de excepción, pertenece al concepto “decisión”, el que el juez se responsabilice plenamente de la medida (BVerfGE 10, 302 [310]).

3. En el servicio militar se requiere, más que en otros ámbitos de la vida, una reacción rápida y efectiva en contra de las violaciones del orden y la disciplina [...]

4. Queda por decidir si el juez, en el marco de ese proceso, tiene la plena responsabilidad por la adopción de la medida privativa de la libertad; por tanto, sin su aprobación no se puede imponer la pena de arresto de conformidad con el §28 WDO.

El derecho del juez para examinar la decisión sobre la legalidad de la pena de arresto, de conformidad con el §28, párrafo 1 WDO, no es absoluto.

[...] de ahí se infiere que el juez tiene que examinar en su totalidad la solicitud de la autoridad disciplinaria. Él tiene que examinar también la idoneidad de la pena de arresto que se proyecta. El examen atribuido a él le posibilita asumir la responsabilidad plena por la admisibilidad de la pena privativa de la libertad.

146. Sentencia BVerfGE 105, 239 [Asuntos reservados a la autoridad judicial]

1. *Del Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental se desprende para el Estado la obligación de garantizar la posibilidad de conseguir a un juez competente –al menos durante el día– así como la obligación de hacer posible que éste pueda cumplir debidamente con sus funciones judiciales.*
2. *El Art. 104, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental establece un límite máximo para la detención de una persona cuando falte una orden judicial; en tal caso la persona deberá ser puesta en libertad a más tardar al final del día siguiente al de la detención. Lo anterior no dispensa a la autoridad de la obligación de procurar una resolución judicial.*

Resolución de la Segunda Sala, del 15 de mayo, 2002
– 2 BvR 2292/00 –

Fundamentos de la resolución:

A.

El recurso de amparo se refiere a la aprehensión y custodia realizadas en el marco de una extradición sin contar con orden judicial [...]

2.

a) El quejoso presentó un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de Syke solicitando se declarara que su aprehensión realizada el 20 de enero de 1999 alrededor de las 15:30 horas, así como la subsecuente detención –sin que fueran confirmadas por la autoridad judicial– habían sido ilegales. Dicho recurso no tuvo éxito.

B.

El presente recurso de amparo es procedente. En especial, no puede decirse que el Tribunal Constitucional carezca de interés de protección jurídica en resolver el fondo de este asunto por el hecho de que el quejoso haya sido deportado y haya cesado la violación a la garantía de libertad. El derecho a que el Tribunal Constitucional se pronuncie y determine la legalidad de una injerencia en el derecho de libertad de los individuos no cesa por el sólo hecho de que el agraviado recupere su libertad; ello no correspondería con la importancia de la protección de la libertad personal en la forma en que es garantizada por la ley fundamental [...]

C.

El recurso de amparo es fundado. Las sentencias atacadas violan los derechos fundamentales del agraviado contenidos en el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

I.

El Art. 2, párrafo 2 frase 2 de la Ley Fundamental califica la libertad de la persona como inviolable. Esta decisión fundamental de derecho constitucional caracteriza el derecho de libertad como un bien jurídico extremadamente alto, el cual sólo puede ser intervenido por un motivo importante (véase BVerfGE 10, 302 [322]; 29, 312 [316]; 32, 87 [92]; 65, 317 [322]). Este derecho protege en forma efectiva la libertad de movimiento física dentro del marco del orden jurídico general vigente frente a injerencias de carácter estatal (véase BVerfGE 94, 166 [198]; 96, 10 [21]), es decir, protege al individuo frente a un arresto, una detención y otras medidas similares que implican coacción directa (véase BVerfGE 22,21 [26]).

1. Según el Art. 104, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental la libertad de la persona, garantizada por el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental únicamente puede ser restringida con base en una ley de carácter formal y únicamente si se respetan las formalidades ahí establecidas. Las garantías de carácter formal señaladas por el Art. 104 de la Ley Fundamental se encuentran en una relación inseparable con la garantía de

libertad del Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental (véase BVerfGE 10,302 [322]; 58, 208 [220]). El artículo 104, párrafo 1 de la Ley Fundamental retoma la reserva de ley establecida previamente por el Art. 2, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental y la refuerza para todos los casos de restricciones de la libertad, en tanto que, junto con la exigencia de una ley de carácter formal, eleva a rango de un mandato constitucional la obligación de observar las formalidades derivadas de dicha ley (véase BVerfGE 10, 302 [323]; 29, 183 [195]; 58, 208 [220]). Restricciones a la libertad—es decir, injerencias en la libertad física de movimiento—requieren de un fundamento jurídico material (véase BVerfGE 2, 118 [119]; 29, 183 [195]; al respecto cabe considerar una ley de carácter federal o estatal. El contenido y los alcances de las formalidades exigidas por una ley que restrinja la libertad deben ser interpretados por los tribunales en forma tal que permitan que los efectos de la misma se desarrollen en concordancia con la importancia y el significado del derecho fundamental (véase BVerfGE 65, 317 [322 f.]; 96, 68 [97]).

2. El Tribunal Constitucional distingue entre restricciones a la libertad (Art. 104, párrafo 1 de la Ley Fundamental) y privación de la libertad (Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental), atendiendo a la intensidad de la intervención. La privación de la libertad es la forma más grave de la restricción de la libertad (BVerfGE 10, 302 [323]). Una restricción de la libertad se presenta cuando a una persona se le impide—contra su voluntad, por parte del poder público—visitar un determinado lugar (al que de hecho y jurídicamente tendría acceso) o permanecer en él. El supuesto jurídico de privación de la libertad se actualiza únicamente cuando la libertad física de moverse en cualquier dirección—en sí misma posible, tanto jurídica como fácticamente—es anulada (véase BVerfGE 94,166 [198]).

3. Para el caso más grave de injerencia en el derecho de la libertad de la persona—la privación de la libertad—el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental añade al requisito de reserva de ley (de carácter formal), el requisito jurídico procesal de una resolución judicial. Esta exigencia no se encuentra a la libre disposición del legislador (véase BVerfGE 10,302 [323]). Esta “reserva judicial” (asuntos reservados a la autoridad judicial) tiene por objeto fortalecer la protección del derecho fundamental contenido en el Art. 2, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental. Todos los órganos estatales se encuentran obligados a poner los medios a fin de garantizar que la reserva judicial constituya en la práctica una protección eficaz del derecho fundamental (véase en relación con el Art. 13, párrafo 2 de la Ley Fundamental: BVerfGE 103, 142 [151 ss.]). De ahí surge, para el Estado, la obligación jurídico-constitucional de garantizar—al menos durante el día—la posibilidad de conseguir a un juez competente (véase por ejemplo el § 188, párrafo 1 del ZPO, § 104, párrafo 3 del StPO), así como hacer posible que éste pueda cumplir debidamente con sus funciones judiciales (véase BVerfGE 103, 142 [151 ss.]).

a) De acuerdo con el Art. 104, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental, únicamente el juez puede decidir acerca de la procedencia y la continuación de la privación de libertad. De acuerdo con esto, la privación de la libertad exige en principio la existencia de una orden judicial previa.

b) Una resolución judicial *a posteriori* –cuya procedencia se encuentra contemplada en el Art. 104, párrafo 2 de la Ley Fundamental para casos excepcionales– es suficiente únicamente cuando el fin perseguido (permitido constitucionalmente) no pudiera ser alcanzado si tuviera que esperarse a la resolución judicial para llevar a cabo la aprehensión. En tales casos el Art. 104, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental, exige subsanar la falta de resolución judicial sin demora (véase BVerfGE 10, 302 [321] [...]). El término “sin demora” debe ser interpretado en el sentido de que la resolución judicial debe ser subsanada sin dilación alguna –excepción hecha de retrasos que pudieran estar justificados con base en razones objetivas. Así, resultan inevitables, por ejemplo, retrasos derivados de la longitud de las distancias, las dificultades de transporte, las protocolizaciones y registros necesarios, la conducta renitente del detenido o circunstancias similares. Tomando en consideración la obligación jurídico-constitucional del Estado de adoptar las medidas de tipo organizativo pertinentes, a fin de corresponder adecuadamente a la importancia de la reserva judicial, la imposibilidad de dar con un juez no puede ser considerada sin más como un “obstáculo insuperable” para subsanar sin demora el requisito de la resolución judicial (véase BVerfGE 103, 142 [151 ss., 156]).

c) Tampoco puede prescindirse de la obligación de subsanar el requisito de la resolución judicial, por haber cesado la privación de libertad antes de la expiración del plazo establecido en el Art. 104, párrafo 2, frase 3 de la Ley Fundamental. Este artículo establece un límite máximo para la detención de una persona cuando falte una resolución judicial; en tal caso, la persona deberá ser puesta en libertad al final del día siguiente al de la detención (véase BVerfGE 83, 24 [33]). Sin embargo, esta norma no libera de la obligación de obtener sin demora dicha resolución [...]

Las sentencias recurridas contravienen –al menos en este aspecto– lo dispuesto por el Art. 2, párrafo 2, frase 2 en relación con el Art. 104, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental al considerar, sin mayor aclaración, que la detención del quejoso bajo custodia policial por once horas sin que se hubiera obtenido –aunque fuera *a posteriori*– una resolución judicial, se encontraba apegada a derecho.

2. El Art. 104, párrafo 2, frase 2 de la Ley Fundamental exigía obtener sin demora la orden judicial que no fue obtenida con anterioridad a la aprehensión del quejoso. Las conclusiones a las que se llegan sobre los hechos del caso no demuestran que se haya cumplido con este mandato constitucional. En virtud de que la extradición del quejoso estaba prevista para la mañana siguiente a la detención, era previsible que la privación de la libertad cesaría antes de que terminara el día 21 de enero de 1999; sin embargo, ello no autoriza a prescindir de la obtención *a posteriori* de la resolución judicial. De los hechos analizados no se desprende ningún tipo de motivos objetivos que pudieran justificar el hecho de haber retenido bajo custodia judicial al quejoso el día 20 de enero de 1999 a partir de las 16:00 horas, sin que un juez se hubiera pronunciado sobre la legalidad de la aprehensión [...]

ANEXOS

Anexo I

Ley Fundamental para la República Federal Alemana

23 de mayo de 1949¹

PREÁMBULO

Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental.

Los alemanes en los estados de Baden-Wurttemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia Anhalt, Sarr, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán.

CAPÍTULO I

De los derechos fundamentales

Artículo 1º

1. La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todos los Poderes del Estado.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

¹ Algunas disposiciones han sido derogadas o reformadas. El texto que aquí se presenta de la Ley Fundamental tiene por objeto únicamente facilitar la comprensión de las sentencias compiladas.

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y constituyen derecho directamente aplicable.

Artículo 2°

1. Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral.

2. Toda persona tendrá derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley.

Artículo 3°

1. Todas las personas son iguales ante la ley.

2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

Artículo 4°

1. La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.

2. Se garantizará el libre ejercicio del culto.

3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 5°

1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

3. El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

Artículo 6°

1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.

2. El cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y el deber que más prioritariamente les incumbe. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.

3. En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de su familia en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados.

4. Toda madre tendrá derecho a la protección y asistencia de la comunidad.

5. La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición en la sociedad.

Artículo 7°

1. El sistema escolar, en su totalidad, está sometido a la supervisión del Estado.

2. Quienes tienen a su cargo la educación del menor tienen derecho de decidir sobre la participación de éste en las clases de religión.

3. La enseñanza religiosa será asignatura ordinaria en el programa de las escuelas públicas; se exceptúan de ello las escuelas que se declaren aconfesionales. La enseñanza religiosa será impartida de acuerdo con los principios de las comunidades religiosas, sin perjuicio del derecho de supervisión del Estado. Ningún docente podrá ser obligado contra su voluntad a impartir enseñanza religiosa.

4. Se garantizará el derecho a erigir escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes de los Estados Federados. Deberá concederse la autorización cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente, y no fomentan una segregación de los alumnos con base en la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente.

5. Una escuela privada de enseñanza primaria sólo será autorizada si la administración de la instrucción pública le reconoce un interés pedagógico especial, o si quienes tienen a su cargo la educación de los menores solicitan la creación de una escuela interconfesional, confesional o perteneciente a una determinada postura ideológica y no exista escuela primaria pública de este tipo en la localidad.

6. Se mantiene la abolición de las escuelas preparatorias.

Artículo 8°

1. Todos los alemanes tendrán derecho a reunirse pacíficamente y sin armas sin necesidad de notificación ni autorización.

2. Este derecho podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley por lo que se refiere a las reuniones al aire libre.

Artículo 9°

1. Todos los alemanes tendrán derecho a constituir asociaciones y sociedades.
2. Se prohíben las asociaciones cuyos fines o cuya actividad contravengan las leyes penales o que vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos.
3. Se garantiza a todos y a todas las profesiones el derecho a constituir asociaciones para la preservación y la mejora de las condiciones laborales y económicas. Serán nulos cualesquiera pactos que restrinjan este derecho o traten de obstaculizarlo e ilícitas cuantas medidas se propongan dicho fin. Las providencias que se adopten al amparo de los Arts. 12 a), 35, párrafos 2 y 3; 87 a), párrafo 4, y 91 no podrán ir dirigidas contra acciones de lucha laboral que se desarrollen con vistas a la preservación y a la mejora de las condiciones de trabajo y de la economía por las asociaciones mencionadas en el inciso primero del presente párrafo.

Artículo 10°

1. Será inviolable el secreto de la correspondencia, así como el del correo y los telégrafos.
2. Sólo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho. Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado regional, podrá la ley disponer que no se comunique la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial.

Artículo 11

1. Todos los alemanes gozarán de libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio federal.
2. Este derecho sólo podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley, y únicamente en el caso de que no existan suficientes medios de subsistencia y puedan originarse cargas especiales para la colectividad o en el supuesto de que así sea necesario para prevenir un peligro que amenace la subsistencia o el orden fundamental democrático-liberal de la Federación o de algún Estado, para combatir peligros de epidemia, catástrofe natural o accidente especialmente grave. Para proteger a los menores contra el desamparo o para evitar acciones delictivas.

Artículo 12

1. Todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley.
2. Nadie podrá ser compelido a realizar un trabajo determinado, salvo en el ámbito de un servicio público obligatorio de tipo convencional y general e igual para todos.

3. Sólo en virtud de sentencia judicial de privación de libertad serán lícitos los trabajos forzados.

Artículo 12 a

1. Los varones podrán ser obligados, a partir de los dieciocho años de edad, a prestar servicio en las Fuerzas Armadas, en la Policía Federal de Fronteras o en alguna unidad de defensa civil.

2. Quien se niegue por objeción de conciencia a prestar el servicio militar armado podrá ser obligado a prestar un servicio sustitutivo, cuya duración no podrá ser superior a la de aquél. Se regularán los pormenores de aplicación por una ley que no podrá menoscabar la libertad de la decisión de conciencia y que deberá prever también una posibilidad de servicio sustitutivo que no esté en relación de modo alguno con las unidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Federal de Fronteras.

3. Las personas que, estando sujetas al servicio militar obligatorio, no fueren llamadas a servir con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 o en el 2, podrán ser obligadas por una ley o en virtud de una ley en el caso de defensa del país a prestar servicios civiles con fines defensivos, incluyendo la protección de la población civil, en un régimen de naturaleza laboral. Los servicios obligatorios en un régimen de relación de servicios de derecho público sólo serán lícitos para el cumplimiento de misiones policíacas o de las tareas de soberanía de la Administración Pública que únicamente puedan desarrollarse en una relación de servicios sometida al derecho público. Se podrán instituir relaciones de trabajo conforme a lo previsto en el primer inciso dentro de las Fuerzas Armadas, en el ámbito del abastecimiento a las mismas, así como de la Administración Pública. Los servicios forzosos bajo una relación laboral en el ámbito del abastecimiento a la población civil sólo serán lícitos en la medida necesaria para cubrir las necesidades vitales de aquélla o para garantizar su seguridad.

4. Cuando en el caso de defensa no se puedan cubrir sobre la base del voluntariado las necesidades de servicios civiles en materia de sanidad y asistencia médica, así como en la organización sanitaria militar de lugar fijo, las mujeres de edad comprendida entre los dieciocho y los cincuenta años podrán ser llamadas, por ley o en virtud de ley, a desempeñar dichas prestaciones. En ningún caso podrán prestar servicio de armas.

5. En época anterior al caso de defensa, las prestaciones del tipo indicado en el párrafo 3 sólo podrán imponerse con arreglo al Art. 80 a, párrafo 1. Por ley o en virtud de ley se podrá declarar obligatoria la participación en cursos de adiestramiento para la preparación con vistas a prestaciones de las indicadas en el párrafo 3, para las que se requieran conocimientos o aptitudes especiales. No se aplicará en este caso lo dispuesto en el primer inciso.

6. En caso de que en la situación de defensa no se puedan cubrir con voluntarios las necesidades de las Fuerzas Armadas en los sectores especificados por el segundo inciso del párrafo 3, se podrá restringir por una ley o en virtud de una ley la libertad de

los alemanes para abandonar una profesión o el puesto de trabajo, con el fin de garantizar la satisfacción de dichas necesidades.

Artículo 13

1. El domicilio será inviolable.
2. Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.
3. Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, con base en una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente la medida podrá ser tomada por un único juez.
4. En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados con base en una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; deberá ser solicitada una resolución judicial sin dilación.
5. Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto, sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución tiene que ser solicitada sin dilación.
6. El gobierno federal informa al *Bundestag* anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3, así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4, en la medida que se exija un control judicial, según el apartado 5. Una comisión elegida por el *Bundestag* ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los estados garantizan un control parlamentario equivalente.
7. Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.

Artículo 14

1. Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y las limitaciones que la ley determine.

2. La propiedad crea obligaciones. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común.

3. Sólo procederá la expropiación cuando sea en interés común, y se producirá únicamente por ley o en virtud de una ley, que determinará la modalidad y el monto de la indemnización. La indemnización se ajustará mediante una justa ponderación de los intereses de la colectividad y del afectado. En caso de conflicto en cuanto al monto de la indemnización se dará recurso ante los tribunales ordinarios.

Artículo 15

1. La tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán, con fines de socialización, ser transferidos a la propiedad pública u otra forma de economía colectiva mediante una ley que regulará la modalidad y la cuantía de la indemnización. Se aplicará por analogía el párrafo 3, incisos 3 y 4, del Art. 14 en materia de indemnización.

Artículo 16

1. No se podrá privar a nadie de la nacionalidad alemana, cuya pérdida sólo podrá producirse en virtud de una ley y, si se realiza contra la voluntad del interesado, siempre y cuando éste no se convierta en apátrida como consecuencia de esta medida.

2. Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. No obstante, se podrá hacer valer legítimamente una reglamentación contraria esta disposición relativa a la extradición hacia algún país miembro de la Unión Europea o hacia algún tribunal internacional en la medida en que se respeten los principios de derecho fundamental.

Artículo 16 a

1. Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.

2. El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual esté asegurada al aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Los Estados fuera de las Comunidades Europeas en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase serán determinados por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*. En los casos de la frase 1, las medidas que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.

3. Podrá determinarse por una ley, que requiere la aprobación del *Bundesrat*, los estados en los cuales, con base en la situación jurídica, la aplicación del derecho y las condiciones políticas generales, parece estar garantizada la no existencia de persecuciones políticas ni de castigos o tratamientos inhumanos o degradantes. Se supondrá

que un extranjero proveniente de uno de tales Estados, no es perseguido, a menos que exponga hechos que fundamenten la presunción de que es perseguido políticamente, contrariamente a lo que se había supuesto.

4. La ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia en los casos mencionados en el apartado 3 y en otros casos manifiestamente injustificados o considerados como manifiestamente injustificados, sólo será suspendida por el tribunal si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida; la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta. La regulación se hará por una ley.

5. Los apartados 1 a 4 no contradicen los tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados y del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, define las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo.

Artículo 17

Todos tendrán derecho individualmente o en grupo a dirigir peticiones o quejas por escrito a las autoridades competentes y a la representación del pueblo.

Artículo 17 a

1. Las leyes sobre el servicio militar y el servicio sustitutivo podrán disponer que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y los prestadores del servicio civil sustitutorio queden limitados, durante el tiempo de prestación de uno u otro, el derecho fundamental a expresar y difundir libremente la propia opinión de palabra, por escrito y mediante la imagen (Art. 5º, párrafo 1, frase 1, primera oración), el derecho fundamental de la libertad de reunión (Art. 8º) y el derecho de petición (Art. 17), siempre que quede a salvo el derecho a presentar ruegos o quejas en grupo.

2. Las leyes destinadas a asegurar la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán disponer que se restrinjan los derechos de movimiento y residencia (Art. 11) y de inviolabilidad del domicilio (Art. 13).

Artículo 18

Quien abuse de la libertad de opinión, en especial de la de prensa (Art. 5º, párrafo 1), de la de enseñanza (Art. 5º, párrafo 3), de la de reunión (Art. 8º), de la de asociación (Art. 9º), del secreto de la correspondencia, del correo y del telégrafo (Art. 10), de la propiedad (Art. 14) o del derecho de asilo (Art. 16, párrafo 2) para combatir el orden fundamental democrático-liberal pierde el derecho a ejercitar estos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la privación de los mismos y su alcance.

Artículo 19

1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular, y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.

3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquéllos les sean aplicables.

4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario, sin que esto afecte lo dispuesto en el Art. 10, párrafo 2, inciso 2.

CAPÍTULO II

De la Federación y de los Estados Federales*Artículo 20*

1. La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social.

2. Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción.

3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y el derecho.

4. A falta de otro recurso, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia frente a cualquiera que trate de derribar el orden constitucional.

Artículo 20 a

El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes Ejecutivo y Judicial.

Artículo 21

1. Los partidos colaboran a la formación de la voluntad política del pueblo. Será libre su fundación. Su ordenamiento interno deberá responder a los principios de la democracia y deberán rendir cuentas públicamente sobre el origen de sus recursos económicos.

2. Serán inconstitucionales los partidos que en virtud de sus objetivos o del comportamiento de sus afiliados se propongan menoscabar o eliminar el orden básico demoliberal o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana. El Tribunal Constitucional Federal se pronunciará sobre la cuestión de inconstitucionalidad.

3. Una ley regulará los detalles de aplicación.

Artículo 22

La bandera tendrá los colores negro-rojo-oro.

Artículo 23

1. Para la realización de una Europa unida la República Federal Alemana contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, que está obligada a los principios democráticos del Estado de Derecho social y federativo y del principio de subsidiaridad y a garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Consejo Federal (*Bundesrat*). Los apartados 2 y 3 del Art. 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga, mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.

2. En los asuntos vinculados con la Unión Europea participan el Parlamento Federal (*Bundestag*) y los Estados a través del Consejo Federal (*Bundesrat*). El gobierno federal deberá informar en detalle y con la menor dilación al *Bundestag* y al *Bundesrat*.

3. Antes de participar en los actos normativos de la Unión Europea, el gobierno federal dará al *Bundestag* la oportunidad de expresar su parecer. El gobierno federal tendrá en cuenta las tomas de posición del *Bundestag* en las negociaciones. La regulación se hará por una ley.

4. El *Bundesrat* deberá participar en la formación de la voluntad de la Federación en tanto tuviera que participar en las correspondientes medidas a nivel nacional o en tanto los estados fueran competentes a nivel nacional.

5. En tanto los intereses de los estados sean afectados en una materia de competencia exclusiva de la Federación o en la medida en que ésta tenga, por lo demás, el derecho de legislar, el gobierno federal tendrá en cuenta la toma de posición del *Bundesrat*. Cuando en su esencia sean afectadas las competencias legislativas de los estados, la organización administrativa o sus procedimientos administrativos, el punto de vista del *Bundesrat* en eso habrá de ser tenido en cuenta en forma determinante en la formación de la voluntad de la Federación; la responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto, deberá ser mantenida. La aprobación del gobierno federal será necesaria para toda cuestión susceptible de implicar un aumento de los gastos o una reducción de los ingresos de la Federación.

6. Cuando en su esencia sean afectadas competencias legislativas exclusivas de los Estados, el ejercicio de los derechos de que goza la República Federal Alemana en tanto Estado miembro de la Unión Europea deberá ser transferido por la Federación a un representante de los Estados designado por el *Bundesrat*. El ejercicio de los derechos se realizará con la participación del gobierno federal y de acuerdo con él; se mantendrá al responsabilidad de la Federación por el Estado en su conjunto.

7. La regulación de los apartados 4 a 6 se hará por una ley que requiere la aprobación del *Bundesrat*.

Artículo 24

1. La Federación podrá transferir por ley derechos de soberanía a instituciones internacionales.

1a. En tanto los estados son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del gobierno federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas.

2. La Federación podrá encuadrarse en un sistema de seguridad colectiva y recíproca para la salvaguardia de la paz y consentirá con este motivo en las limitaciones a sus derechos de soberanía que sean susceptibles de conducir a un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo y de garantizar dicho orden.

3. La Federación se adherirá, para la solución de conflictos internacionales, a las convenciones sobre una jurisdicción de arbitraje internacional de ámbito general y obligatorio.

Artículo 25

Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

Artículo 26

1. Serán inconstitucionales y castigados penalmente, cualesquiera actos que sean susceptibles y se adopten con el propósito de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos, y en particular con la defensa en caso de guerra.

2. Las armas destinadas a la realización de la guerra sólo podrán ser producidas, transportadas y puestas en circulación con autorización del gobierno federal. Una ley federal regulará los detalles para la aplicación.

Artículo 27

Todos los navíos mercantes alemanes constituirán una flota mercante única.

Artículo 28

1. El orden constitucional de los estados deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los estados, circuitos y municipios el pueblo tendrá una representación que emane de elecciones por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. En los municipios, y circuitos, de acuerdo con el derecho de la Comunidad Europea el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido, podrá actuar la Asamblea municipal.

2. Se deberá garantizar a los municipios el derecho de resolver todas las cuestiones de la comunidad local en el marco de las leyes con arreglo a su propia responsabi-

lidad. Las asociaciones de municipios tendrán también en el marco de su ámbito legal de competencia el derecho de autonomía, con arreglo a lo que disponga la ley. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica.

3. La Federación garantizará que el orden constitucional de los estados responda a los derechos fundamentales y a las disposiciones de los párrafos 1 y 2.

Artículo 29

1. Se podrá reorganizar el territorio federal para garantizar que los estados sean capaces por su dimensión y capacidad productiva de cumplir eficazmente las tareas que les correspondan. En este punto se deberán considerar especialmente el sentimiento de comunidad regional, las relaciones históricas y culturales, las conveniencias económicas y los imperativos de la ordenación del territorio y de la planificación regional.

2. Las medidas de reorganización del territorio federal se dictarán mediante una ley federal que requerirá confirmación mediante referendo, debiéndose oír en todo caso a los estados afectados.

3. El referendo se celebrará en los estados en cuyos territorios o partes de territorio se haya de constituir un estado nuevo o de redefinir los límites de un estado existente (estados afectados). Se votará sobre la cuestión de si los estados afectados deben permanecer en la misma situación o si procede alterar los límites de uno ya existente. Se considera que hay decisión popular a favor de la constitución de un nuevo estado o de la redelimitación de uno de los existentes si en el futuro territorio del mismo y en el conjunto de los territorios o partes de territorio de un estado afectado, cuya pertenencia regional vaya a quedar alterada en el mismo sentido, así lo aprobase la mayoría de los respectivos votantes. No se entenderá adoptada dicha decisión cuando, en el territorio de uno de los estados afectados, la mayoría rechace la modificación, si bien no se tendrá en cuenta la negativa cuando en el territorio cuya adscripción se trate de modificar, el cambio fuere aprobado por una mayoría de dos tercios, a menos que en la totalidad del estado afectado se pronuncie en contra de la alteración una mayoría de dos tercios.

4. En caso de que en un espacio demográfico y económico continuo y delimitado, que tenga sus partes en vanos estados y que cuente, por lo menos, un millón de habitantes, una décima parte de los respectivos electores a el Parlamento Federal pida mediante iniciativa popular que se establezca para dicho territorio una adscripción regional única, se resolverá mediante ley federal dentro de un plazo de dos años si procede modificar la pertenencia regional con arreglo al párrafo 2 o celebrar en los estados afectados una votación popular.

5. La consulta popular se encaminará a determinar si la modificación de la adscripción regional que la ley debe proponer encuentra o no asentimiento. La ley podrá someter a la consulta no más de dos propuestas diferentes. Si la mayoría aprueba una

propuesta de alteración de la pertenencia regional, se resolverá por ley federal en un plazo de dos años si procede o no modificar con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 la adscripción regional. Si una propuesta de cambio obtiene en la consulta popular una aprobación de las proporciones indicadas en el párrafo 3, incisos 3 y 4, se dictará, en un plazo de dos años tras la celebración de la consulta popular, una ley federal para la constitución del estado propuesto, sin que esta ley requiera confirmación por referéndum popular.

6. Constituirá mayoría en las decisiones y consultas populares la mayoría de los votos emitidos cuando represente, por lo menos, una cuarta parte de quienes tengan derecho a votar en las elecciones al Parlamento Federal. En lo demás se establecerán, mediante ley federal, los pormenores de aplicación en materia de votación, iniciativa y consulta populares. Dicha ley podrá prever también que no se puedan reiterar las iniciativas populares en un lapso de cinco años.

7. Podrán efectuarse otras alteraciones del territorio de los estados mediante tratados internacionales o ley federal adoptada con el asentimiento del Consejo Federal, cuando el territorio cuya pertenencia regional se trate de cambiar no tenga más de 100 000 (cien mil) habitantes. Se establecerán los pormenores mediante una ley federal, que requerirá la conformidad del Consejo Federal y de la mayoría de los componentes del Parlamento Federal, y que deberá prever asimismo la audiencia a los municipios y partidos (*Kreise*) afectados.

Artículo 30

Compete a los estados regionales el ejercicio de las competencias estatales y desempeño de las tareas de la misma índole, en caso de que la presente Ley Fundamental no contenga o autorice ninguna otra clase de regulación.

Artículo 31

El derecho federal prevalecerá sobre el derecho de los estados.

Artículo 32

1. Corresponde a la Federación el mantenimiento de las relaciones con los Estados extranjeros.

2. Antes del concierto de un tratado que afecte a las circunstancias específicas de un estado regional se deberá oír a dicho estado en el momento oportuno.

3. Cuando sean competentes los estados regionales para legislar, podrán, con el asentimiento del gobierno federal concertar tratados con Estados extranjeros.

Artículo 33

1. Todos los alemanes tendrán en cada estado los mismos derechos y deberes cívicos.

2. Todos los alemanes tendrán, según su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos públicos.

3. Serán independientes de toda profesión religiosa el disfrute de derechos civiles y cívicos y la admisión a cargos públicos, así como los derechos adquiridos en la función pública, y a nadie le podrá derivar perjuicio alguno por pertenecer o no pertenecer a una confesión o ideología determinada.

4. El ejercicio de las competencias de soberanía se encomendará por regla general a título de tarea permanente a funcionarios públicos de carrera, que estarán sujetos a una relación de derecho público de servicio y de lealtad.

5. El régimen jurídico de la función pública se regulará dentro del respeto a los principios fundamentales tradicionales del funcionario de carrera.

Artículo 34

Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo público del que sea titular los deberes que su función le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el estado o la entidad a cuyo servicio aquél se encuentre, si bien queda a salvo el derecho de regreso contra el infractor si mediase intención deliberada o negligencia grave. No se podrá excluir el recurso judicial ordinario para la acción de daños y perjuicios, ni para la de regreso.

Artículo 35

1. Todas las autoridades de la Federación y de los estados se prestarán mutuamente asistencia judicial y administrativa.

2. Cualquier estado podrá, para la salvaguardia o el restablecimiento de la seguridad o el orden público, en casos de significación especial, solicitar el concurso de fuerzas e instituciones de la Policía Federal de Fronteras en apoyo de su propia policía, cuando ésta no pueda, sin dicha asistencia, cumplir su misión o no pueda cumplirla sin graves dificultades. Para poner remedio a catástrofes naturales o en caso de accidentes especialmente graves, podrá cualquier estado solicitar el concurso de las fuerzas de policía de otros estados y fuerzas y organismos de otras entidades administrativas, así como de la Policía Federal de Fronteras y de las Fuerzas Armadas.

3. Si la catástrofe natural o siniestro amenazase el territorio de más de un estado, podrá el gobierno federal, cuando resulte necesario para combatir eficazmente la situación creada, dar instrucciones a los gobiernos regionales para que pongan sus fuerzas de policía a disposición de otros estados, así como emplear unidades de la Policía Federal de Fronteras y de las Fuerzas Armadas en apoyo de la policía. En todo caso las medidas que el gobierno federal adopte con arreglo al inciso primero deberán dejarse en cualquier momento sin efecto si así lo pide el Consejo Federal y, en los demás supuestos, tan pronto como haya desaparecido la situación de peligro.

Artículo 36

1. En los órganos superiores de la Federación se deberán emplear funcionarios de todos los estados en una proporción adecuada. Las personas empleadas en los demás órganos federales deberán, en principio, ser escogidas entre las originarias del estado mismo donde presten sus funciones.

2. Las leyes relativas a la defensa deberán también tomar en consideración la división de la Federación en estados y las circunstancias regionales específicas de éstos.

Artículo 37

1. Si un estado no cumpliera las obligaciones federales que le incumben con arreglo a la Ley Fundamental o a otra Ley Federal, podrá el gobierno federal, con el asentimiento del Consejo Federal, adoptar las medidas necesarias para imponer a dicho estado el cumplimiento de sus deberes mediante la coerción federal

2. Para el ejercicio de la coerción federal tendrá el gobierno federal o, eventualmente, su comisionado el derecho de impartir directrices frente a todos los Estados regionales y sus órganos.

CAPÍTULO III

El Parlamento Federal (*Bundestag*)

Artículo 38

1. Los diputados del Parlamento Federal Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Representarán al pueblo entero, no estarán ligados por mandato ni instrucción y sólo estarán sujetos a su propia conciencia.

2. Tendrán derecho a votar quienes hayan cumplido dieciocho años de edad y podrán ser elegidos quienes hayan cumplido la edad en que esté fijada la mayoría de edad legal.

3. Una ley federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 39

1. El Parlamento Federal será elegido por cuatro años. Su mandato terminará al reunirse una nueva Dieta Federal. Las nuevas elecciones se celebrarán en el último trimestre de la legislatura. En caso de disolución del Parlamento Federal las siguientes elecciones tendrán lugar en los sesenta días.

2. El Parlamento Federal se reunirá a más tardar el trigésimo día consecutivo a las elecciones, pero en ningún caso antes de finalizar la legislatura del Parlamento anterior.

3. El Parlamento Federal señalará la clausura y la reanudación de sus sesiones, si bien su presidente podrá convocarla para una fecha más temprana. Deberá hacerlo así

cuando lo solicite un tercio de los miembros, el presidente de la República Federal o el canciller federal.

Artículo 40

1. El Parlamento Federal elegirá a su presidente, a sus vicepresidentes y a los secretarios y elaborará su propio Reglamento interior.

2. El presidente ejercerá la autoridad y la facultad de policía en el edificio del Parlamento Federal. No se podrán hacer registros ni incautaciones sin su autorización en el recinto del Parlamento Federal.

Artículo 41

1. Corresponde al Parlamento Federal el examen de regularidad de las actas. El Parlamento podrá asimismo decidir si un diputado ha perdido su condición de miembro.

2. Contra la resolución del Parlamento Federal se dará recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

3. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 42

1. El Parlamento Federal deliberará en público, si bien podrá acordarse que la sesión se celebre a puerta cerrada por mayoría de dos tercios, a instancias de una décima parte de sus miembros o del gobierno federal. Se resolverá en sesión no pública sobre dicha propuesta.

2. Para los acuerdos del Parlamento Federal se requiere la mayoría de los votos emitidos, si la presente Ley Fundamental no dispone otra cosa. El Reglamento podrá, sin embargo, admitir excepciones para las elecciones que haya de realizar la propia Dieta.

3. Quedan exentos de toda responsabilidad los informes veraces, sobre las sesiones públicas del Parlamento Federal y de sus comisiones.

Artículo 43

1. El Parlamento Federal y sus comisiones podrán solicitar la presencia de cualquier miembro del gobierno federal.

2. Los miembros del Consejo Federal y del gobierno, así como sus comisionados, tendrán acceso a todas las sesiones del Parlamento Federal y de sus comisiones y derecho a ser escuchados en cualquier momento.

Artículo 44

1. El Parlamento Federal tendrá derecho y –si lo pide una cuarta parte de sus componentes– obligación de designar una Comisión de Investigación, que reunirá en sesión pública las pruebas necesarias, si bien se podrá prescindir de la publicidad.

2. Para la obtención de las pruebas se aplicarán, por analogía las normas de enjuiciamiento criminal, sin perjuicio del secreto de la correspondencia, del correo y de los telégrafos.

3. Los tribunales y las autoridades administrativas estarán obligados a prestar asistencia judicial y ejecutiva.

4. Los acuerdos de las comisiones de investigación estarán exentos de toda revisión judicial, si bien los tribunales serán libres en la apreciación y enjuiciamiento de los hechos que hayan dado origen a la investigación.

Artículo 45

El Parlamento Federal nombrará una Comisión de Asuntos de la Unión Europea. Podrá aquél autorizarla a ejercer conforme al artículo 23, los derechos del Parlamento Federal frente al gobierno federal.

Artículo 45 a

1. El Parlamento Federal designará una Comisión de Asuntos Exteriores y una Comisión de Defensa.

2. La Comisión de Defensa tendrá asimismo las prerrogativas de una Comisión Investigadora y deberá, si lo solicita una cuarta parte de sus componentes, someter a investigación un asunto determinado.

3. No se solicitará lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 44 a las materias de defensa.

Artículo 45 b

El Parlamento Federal designará a un Comisario del Parlamento para Asuntos Militares con miras a la salvaguardia de los derechos fundamentales y como órgano auxiliar del Parlamento Federal en el ejercicio del control parlamentario. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 45 c

1. El Parlamento Federal designará una Comisión de Peticiones a la que corresponderá el examen de los ruegos y quejas que se dirijan al Parlamento al amparo del artículo 17.

2. Una Ley Federal determinará las facultades de la comisión en orden a la comprobación del grado de fundamento de las quejas.

Artículo 46

1. Los diputados no podrán en ningún momento ser perseguidos judicial o administrativamente ni de otra manera fuera del Parlamento Federal por su voto o manifestaciones en el seno de ésta o de alguna de sus comisiones, si bien no se aplicará esta norma a las injurias calumniosas.

2. Los diputados podrán ser acusados o detenidos por acción castigada con una pena, sólo con el consentimiento previo del Parlamento Federal, a menos que hayan sido detenidos al perpetrar dicha acción o durante el día siguiente.

3. Se requerirá asimismo autorización del Parlamento Federal para cualquier otra restricción de la libertad personal de un diputado o para incoar el procedimiento contra él, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.

4. Se suspenderá, si así lo exige el Parlamento Federal, todo procedimiento penal y toda actuación en virtud del artículo 18 contra un diputado, así como toda detención o restricción de otra clase de su libertad personal.

Artículo 47

Los diputados tendrán derecho a negarse a dar testimonio sobre personas que les hayan confiado ciertos hechos en consideración a su calidad de tales o a quienes ellas como tales diputados se los hayan confiado, así como sobre los hechos mismos. En la medida en que sea aplicable este derecho de negativa a testificar, será ilícita toda incautación de documentos.

Artículo 48

1. Quien se presente como candidato a un escaño del Parlamento Federal tendrá derecho al permiso de vacaciones necesario para la preparación de la campaña electoral.

2. A nadie se le podrá impedir la aceptación y el ejercicio del cargo de diputado y será ilícito todo despido o rescisión de relación laboral por este motivo.

3. Los diputados tendrán derecho a una retribución adecuada que garantice su independencia, así como a utilizar gratuitamente todos los medios estatales de comunicación. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 49

(Derogado).

CAPÍTULO IV

Del Consejo Federal (*Bundesrat*)

Artículo 50

Los estados cooperan en la legislación y la administración federales a través del Consejo Federal.

Artículo 51

1. El Consejo Federal se compone de miembros de los gobiernos regionales, nombrados y depuestos por el gobierno respectivo. Dichos miembros podrán ser representados por otros componentes del gobierno correspondiente.

2. Todo estado tendrá, como mínimo, tres votos; los estados con más de dos millones de habitantes tendrán cuatro votos y los que cuenten con más de seis millones de habitantes, seis votos.

3. Cada estado podrá enviar tantos miembros como votos tenga. Los votos de un Estado sólo se podrán emitir en bloque y por los miembros presentes o sus representantes.

Artículo 52

1. El Consejo Federal elegirá a su presidente por un año.

2. El presidente convocará al Consejo Federal, y deberá hacerlo si lo piden los representantes de, por lo menos, dos estados o el gobierno federal

3. El Consejo Federal adoptará sus decisiones por la mayoría, por lo menos, de los votos totales. Elaborará su propio Reglamento y deliberará públicamente, si bien podrá excluirse en un momento dado la publicidad.

3a. Para asuntos de la Unión Europea, el Consejo Federal podrá crear una Cámara de Asuntos Europeos cuyas decisiones serán consideradas como decisiones del Consejo Federal; el Art. 51, apartados 2 y 3, frase 2, se aplicará por analogía.

4. Podrán ser miembros de las comisiones del Consejo Federal otros miembros o delegados de los gobiernos de los estados.

Artículo 53

Los miembros del gobierno federal tendrán el derecho, y cuando se les requiera la obligación, de tomar parte en las deliberaciones del Consejo Federal y de sus comisiones, y deberán ser escuchados en todo momento. El Consejo Federal deberá ser tenido al corriente por el gobierno federal sobre la gestión de los asuntos de gobierno.

IV a. De la Comisión Conjunta

Artículo 53 a

1. La Comisión Conjunta estará compuesta en dos tercios de diputados del Parlamento Federal y en el otro tercio por miembros del Consejo Federal. Los diputados serán designados por el Parlamento Federal en proporción a los grupos parlamentarios, pero no podrán pertenecer al gobierno federal. Cada estado será representado por un miembro del Consejo Federal elegido por el propio Estado, y estos miembros no estarán sujetos a directrices. La formación de la Comisión Conjunta y su procedimiento de trabajo se regularán por un reglamento que deberá ser adoptado por el Parlamento Federal y que requerirá la aprobación del Consejo Federal.

2. El gobierno federal deberá informar a la Comisión Conjunta sobre sus planes para el caso de defensa. No quedarán afectadas las facultades del Parlamento Federal y de sus comisiones con arreglo al Art. 43, párrafo 1.

CAPÍTULO V

Del presidente de la República Federal*Artículo 54*

1. El presidente de la República será elegido sin deliberación previa por la Asamblea Federal. Será elegible todo alemán que tenga derecho a votar en las elecciones al Parlamento Federal y cuarenta años de edad cumplidos.

2. El mandato del presidente federal durará cinco años. Sólo podrá ser inmediatamente reelegible una vez.

3. La Asamblea Federal estará compuesta por los miembros del Parlamento Federal y por un número igual de componentes que serán elegidos por las asambleas representativas del pueblo de los distintos estados, según los principios de la representación proporcional.

4. La Asamblea Federal se reunirá a más tardar treinta días antes de expirar el periodo de mandato del presidente federal, y, en el supuesto de que éste finalice antes de lo previsto, treinta días como máximo después de su expiración, y será convocada por el presidente del Parlamento Federal.

5. Finalizada la legislatura, comenzará el plazo del párrafo 4, inciso 1, a partir de la primera reunión del Parlamento Federal.

6. Será elegido quien obtenga el voto de la mayoría de los componentes de la Asamblea Federal. Si ningún candidato obtuviera esta mayoría en dos votaciones sucesivas, resultará elegido el que en una votación posterior obtenga el mayor número de votos.

7. Una Ley Federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 55

1. El presidente federal no podrá pertenecer ni al gobierno ni a un cuerpo legislativo de la Federación o de un estado.

2. El presidente federal no podrá ejercer otra función retribuida, ningún oficio ni profesión, ni tampoco pertenecer a la dirección o al consejo de una empresa con fines lucrativos.

Artículo 56

Al tomar posesión de su cargo, el presidente federal prestará ante los miembros reunidos del Parlamento Federal y del Consejo Federal el siguiente juramento: “Juro consagrar mis fuerzas al bien del pueblo alemán, acrecentar su bienestar, evitarle daños, guardar y defender la Ley Fundamental y las leyes de la Federación, cumplir mis deberes escrupulosamente y ser justo con todos. Que Dios me ayude”. El juramento puede prestarse también sin invocación religiosa.

Artículo 57

En caso de impedimento o de terminación prematura del mandato las funciones del presidente federal serán desempeñadas por el presidente del Consejo Federal.

Artículo 58

Las órdenes y resoluciones del presidente de la República necesitarán para su validez el referendo del canciller federal o del ministro federal competente, si bien no será aplicable esta norma al nombramiento y a la revocación del canciller federal, a la disolución del Parlamento Federal en el supuesto del Art. 63 y al requerimiento previsto en el Art. 69, párrafo 3.

Artículo 59

1. El presidente federal representa a la Federación en el plano internacional. En nombre de la Federación concluye los tratados con Estados extranjeros, acredita y recibe a los ministros plenipotenciarios.

2. Los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una Ley Federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración.

Artículo 59 a

(Derogado).

Artículo 60

1. El presidente federal nombrará y revocará a los jueces federales, a los funcionarios federales y a los oficiales y suboficiales mientras la ley no disponga otras cosas.

2. Ejercerá en los casos individuales en nombre de la Federación el derecho de indulto.

3. Podrá delegar estas facultades en otras autoridades.

4. Se aplicarán por analogía al presidente de la República los párrafos 2 al 4 del Art. 46.

Artículo 61

1. El Parlamento Federal o el Consejo Federal podrá acusar al presidente de la República ante el Tribunal Constitucional Federal por violación deliberada de la Ley Fundamental o de cualquier otra Ley Federal. La moción de enjuiciamiento deberá ser depositada por una cuarta parte, como mínimo, de los miembros del Parlamento Federal o de una cuarta parte de los votos del Consejo Federal, y la resolución de enjuiciamiento requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal o

de dos tercios de los votos del Consejo Federal. La acusación será mantenida por un comisionado de la Cámara acusadora.

2. Si el Tribunal Constitucional Federal encuentra que el presidente federal es culpable de una violación deliberada de la Ley Federal o de cualquier otra Ley Federal, podrá declararle privado del cargo, y podrá asimismo disponer mediante auto provisional, una vez acordado el enjuiciamiento, que el presidente queda incapacitado para el ejercicio de su cargo.

CAPÍTULO VI

Del gobierno federal

Artículo 62

El gobierno federal estará compuesto por el canciller federal y los ministros federales.

Artículo 63

1. El canciller federal será elegido a propuesta del Presidente de la República por el Parlamento Federal sin debate alguno.

2. Será elegido quien obtenga los votos de la mayoría de los componentes del Parlamento Federal. El elegido deberá ser nombrado por el presidente federal.

3. Si la persona propuesta no fuere elegida, podrá el Parlamento Federal, dentro de un plazo de catorce días tras la operación electoral, elegir un canciller federal por más de la mitad de sus miembros.

4. De no celebrarse elección dentro del plazo de referencia, deberá celebrarse sin demora una nueva elección, en la cual resultará elegido quien consiga el mayor número de votos. Si la persona electa hubiere obtenido los votos de la mayoría de los componentes del Parlamento Federal, deberá el Presidente de la República nombrarle formalmente dentro de los siete días siguientes. Si la persona electa no hubiere alcanzado dicha mayoría, el presidente federal deberá, dentro de los siete días siguientes, ora nombrar al así elegido, ora disolver el Parlamento Federal.

Artículo 64

1. Los ministros federales serán nombrados y revocados por el presidente de la República o a propuesta del canciller federal.

2. El canciller federal y los ministros federales prestarán, al tomar posesión de sus cargos, el juramento previsto en el Art. 56.

Artículo 65

El canciller federal determinará las directrices de la política y asumirá la responsabilidad de las mismas. Dentro de esas directrices cada ministro federal dirigirá su

ámbito de competencia con independencia y bajo su propia responsabilidad. El gobierno federal se pronunciará sobre las discrepancias de parecer entre los ministros federales. El canciller federal dirigirá los asuntos del gobierno mediante un Reglamento interior acordado por el propio gobierno y aprobado por el presidente de la República Federal.

Artículo 65 a

El ministro federal de Defensa tendrá la potestad de mando sobre las Fuerzas Armadas.

Artículo 66

El canciller federal y los ministros federales no podrán ejercer ningún otro cargo retribuido, actividad económica o profesión ni pertenecer a la dirección ni, sin permiso del Parlamento Federal, al Consejo de Vigilancia de empresa alguna con ánimo de lucro.

Artículo 67

1. El Parlamento Federal no podrá manifestar su desconfianza al canciller federal sino eligiéndole un sucesor por mayoría de sus componentes, y requiriendo al presidente federal a que revoque al canciller. El presidente federal deberá atenerse al requerimiento y nombrar al así designado.

2. Deberán transcurrir cuarenta y ocho horas, por lo menos, entre la moción y la elección.

Artículo 68

1. Si una moción del canciller federal, con vistas a un voto de confianza, no obtuviere el asentimiento de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal, podrá el Presidente de la República, a propuesta del canciller federal, disolver el Parlamento dentro de los veintiún días siguientes. El derecho de disolución (*das Recht zur Aufiosung*) caducará, sin embargo, tan pronto como el Parlamento Federal elija a otro canciller por mayoría de sus componentes.

2. Deberán mediar cuarenta y ocho horas, por lo menos, entre la moción y la votación.

Artículo 69

1. El canciller federal designará como vicecanciller a uno de los ministros federales.

2. El mandato del canciller federal o de cualquier ministro federal caducará en cualquier caso al reunirse una nueva Dieta Federal, y el de los ministros federales expirará también al finalizar, por cualquier otro motivo, el del propio canciller.

3. A requerimiento del presidente federal, estará obligado el canciller federal, y todo ministro federal estará igualmente obligado a requerimiento del propio presi-

dente o del canciller, a seguir despachando los asuntos hasta el nombramiento de su sucesor.

CAPÍTULO VII

De la legislación federal

Artículo 70

1. Los estados tendrán derecho a legislar en la medida en que la presente Ley Fundamental no confiera potestades legislativas a la Federación.

2. La delimitación de competencias entre la Federación y los estados se regirá por los preceptos de la presente Ley Fundamental sobre legislación exclusiva y legislación concurrente.

Artículo 71

En el ámbito de potestad legislativa exclusiva de la Federación, los estados tendrán competencia para legislar sólo cuando y en la medida en que una Ley Federal les haya facultado expresamente para ello.

Artículo 72

1. En el ámbito de legislación concurrente los estados tendrán competencia para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su competencia legislativa.

2. En ese ámbito, la Federación tiene el derecho de legislar siempre que, y en cuanto, exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requiera la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unida jurídica o económica en interés de la totalidad del estado.

3. Por Ley Federal puede determinarse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2, pueda ser reemplazada por la legislación de los estados.

Artículo 73

La Federación tendrá derecho exclusivo a legislar sobre:

- 1) Los asuntos exteriores, así como la defensa, incluyendo la protección de la población civil;
- 2) La nacionalidad en el plano federal;
- 3) La libertad de circulación, el régimen de pasaportes, la inmigración y la extradición;
- 4) La moneda y el régimen cambiario, los pesos y medidas y la medición del tiempo;

- 5) La unidad del territorio comercial y aduanero, los contratos mercantiles y navieros, la libertad de circulación de las mercancías y los intercambios comerciales y financieros con el extranjero, incluyendo la Policía de Aduanas y Fronteras;
- 6) El tráfico aéreo;
- 6a) El tráfico de los ferrocarriles que son de propiedad total o en su mayoría de la Federación (ferrocarriles de la Federación), construcción, mantenimiento, y explotación de las vías férreas de la Federación, así como las tarifas por el uso de las vías férreas;
- 7) Los correos y telégrafos;
- 8) La situación jurídica de las personas que se hallen al servicio de la Federación y de las entidades de derecho público directamente vinculadas;
- 9) La propiedad industrial, la propiedad intelectual y el derecho de edición;
- 10) La colaboración entre la Federación y los estados en materia de: a) Policía criminal; b) Salvaguardia del orden fundamental democrático-liberal, de la existencia y la seguridad de la Federación o de un estado (defensa de la Constitución), y c) Salvaguardia contra cualesquiera empresas que desde el territorio federal pongan en peligro, mediante el empleo de la fuerza o acciones preparatorias de ésta, intereses exteriores de la República Federal Alemana, así como la institución de una Oficina Federal de Policía Criminal y la lucha internacional contra la delincuencia;
- 11) Las estadísticas con finalidades de orden federal.

Artículo 74

1. La legislación concurrente se extiende a los campos siguientes:

- 1) El derecho civil, el derecho penal y el régimen penitenciario, la organización judicial, el procedimiento judicial, la abogacía, el notariado y el asesoramiento jurídico;
- 2) El registro civil;
- 3) El derecho de reunión y asociación;
- 4) El derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros;
- 4a) El derecho a usar armas y explosivos;
- 5) La protección del patrimonio cultural alemán contra la emigración al extranjero;
- 6) Los asuntos de refugiados y expulsados;
- 7) El régimen de previsión pública;
- 8) La nacionalidad en el ámbito de los Estados;
- 9) Los daños de guerra y su reparación;
- 10) La asistencia a los damnificados por la guerra y a las viudas y huérfanos de caídos y el cuidado de los ex prisioneros de guerra;

- 10a) Los cementerios de guerra y sepulturas de otras víctimas de la guerra y de víctimas de la dominación del despotismo;
- 11) El derecho de la economía (minería, industria, energía, artesanado, oficios, comercio, banca y bolsa, seguros privados);
- 11a) La producción y utilización de la energía nuclear para fines pacíficos, la construcción y funcionamiento de instalaciones que sirvan a este objetivo, la protección contra los peligros que surjan al liberar energía nuclear o a causa de radiaciones ionizantes y la eliminación de sustancias radiactivas;
- 12) El derecho del trabajo, incluyendo la organización de la empresa, la salvaguardia del trabajo y las oficinas de colocación, así como la seguridad social, con inclusión del seguro de desempleo;
- 13) La regulación de las ayudas a la enseñanza y el fomento de la investigación científica;
- 14) El derecho de expropiación en lo referente a las materias de los Arts. 73 y 74;
- 15) La transferencia de la tierra y del suelo, de recursos naturales y medios de producción a la colectividad o a otras formas de explotación comunitaria;
- 16) La prevención del abuso de poder económico;
- 17) El fomento de la producción agraria y forestal, el abastecimiento en alimentos, las producciones agrícolas y forestales de importación y exportación, la pesca de bajura y de altura y la protección de costas;
- 18) El tráfico inmobiliario, el derecho del suelo y los arrendamientos rústicos, la vivienda y el régimen de barriadas y residencias;
- 19) Las medidas contra enfermedades y epizootias de índole contagiosa, la admisión a profesiones médicas y sanitarias y al comercio de medicamentos, el tráfico de medicamentos, remedios, narcóticos y tóxicos;
- 19a) La explotación económica de los hospitales y la regulación de las tarifas de asistencia hospitalaria;
- 20) Medidas de protección en el comercio de productos alimenticios y otros artículos de consumo, objetos de necesidad, productos forrajeros, semillas y plantas agrícolas y forestales, protección de las plantas contra enfermedades y daños, así como protección de los animales;
- 21) La navegación de alta mar y de cabotaje, así como las señales marítimas, la navegación interior, el servicio meteorológico, los canales marítimos y los canales interiores que sirvan al tráfico general;
- 22) El tráfico por carretera, el transporte por camión, la construcción y mantenimiento de carreteras para el tráfico de larga distancia, así como la percepción y distribución de tasas por la utilización de caminos públicos mediante vehículos automóviles;
- 23) Los ferrocarriles que no sean federales, con excepción de los de montaña;

- 24) La eliminación de residuos, la purificación de la atmósfera y la lucha contra el ruido;
- 25) La responsabilidad del Estado;
- 26) La inseminación artificial humana, la investigación sobre manipulaciones genéticas, así como las regulaciones sobre trasplante de órganos y tejidos.

2. Las leyes del apartado 1, num. 25 requieren la aprobación del Consejo Federal.

Artículo 74 a

1. La legislación concurrente se extenderá además a la remuneración y atención de los empleados de servicios públicos que se hallen en una relación de servicio y fidelidad de derecho público, en la medida en que no corresponda a la Federación, en virtud del Art. 73, número 8, la competencia legislativa exclusiva.

2. Las leyes federales que se adopten con arreglo al párrafo 1 requerirán la aprobación del Consejo Federal.

3. También requerirán aprobación del Consejo Federal las leyes federales que se dicten al amparo del Art. 73, número 8, en tanto en cuanto prevean en materia de composición y medida de la remuneración y de las pensiones, incluida la valoración de los puestos de trabajo u otros importes mínimos o máximos, criterios distintos de los de las leyes federales aprobadas en el marco del párrafo 1.

4. Se aplicarán, por analogía. Los párrafos 1 y 2 a la remuneración y pensiones de los jueces de Estado, y será asimismo aplicable por analogía el párrafo 3 a las leyes que se aprueben al amparo del Art. 98.

Artículo 75

1. En las condiciones establecidas en el Art. 72, la Federación tendrá el derecho a dictar disposiciones marco para la legislación de los estados en las siguientes materias:

- 1) La situación jurídica de las personas que estén al servicio administrativo de los Estados, municipios y otras entidades de derecho público, en tanto en cuanto el Art. 74a no disponga otra cosa;
- 1) Los fundamentos generales de la enseñanza técnica superior;
- 2) El régimen jurídico general de la prensa y del cinematógrafo;
- 3) La caza, la protección de la naturaleza y la defensa del paisaje;
- 4) La distribución del suelo, el ordenamiento territorial y la administración de las aguas;
- 5) El registro y la identificación de las personas.
- 6) La protección del patrimonio cultural alemán frente a su traslado al extranjero.

El Art. 72, apartado 3 se aplica por analogía.

2. Sólo excepcionalmente las disposiciones marco podrán entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata.

3. Cuando la Federación dicte disposiciones marco, los estados están obligados a dictar las leyes necesarias dentro de un plazo adecuado determinado por la ley.

Artículo 76

1. Las propuestas de ley serán presentadas en el Parlamento Federal por el gobierno federal, por miembros de la propia Dieta o por el Consejo Federal.

2. Las propuestas del gobierno federal se someterán, en primer lugar, al Consejo Federal, el cual podrá, dentro de las seis semanas siguientes a la presentación de aquéllas, tomar posición sobre las mismas. El gobierno federal podrá, al cabo de tres semanas, transmitir al Parlamento Federal cualquier propuesta que él mismo haya calificado excepcionalmente, con motivo de su paso al Consejo Federal, como particularmente urgente, aun cuando la toma de posición del Consejo Federal no haya llegado aún al Parlamento. En este caso deberá el gobierno federal remitir al Parlamento sin demora el dictamen del Consejo Federal en cuanto lo reciba.

3. Las propuestas del Consejo Federal se deberán transmitir al Parlamento Federal por el gobierno dentro de los tres meses siguientes. Con este motivo el gobierno federal deberá expresar su parecer sobre las mismas.

Artículo 77

1. Las Leyes Federales serán aprobadas por el Parlamento Federal y, una vez aceptadas, serán transmitidas sin demora por el presidente de aquélla al Consejo Federal.

2. El Consejo Federal podrá, dentro de las tres semanas siguientes a la recepción del acuerdo aprobatorio, acordar que se convoque una comisión, formada por miembros del Parlamento Federal y del propio Consejo Federal, para el estudio en común de las propuestas. La composición y el procedimiento de esta comisión se regularán por un Reglamento que será aprobado por el Parlamento Federal y que requerirá asentimiento del Consejo Federal. Los miembros que el Consejo Federal envíe a esta comisión no estarán ligados por mandato alguno. En caso de que sea necesario el asentimiento del Consejo Federal para una ley determinada, podrán también el Parlamento Federal y el gobierno federal pedir la convocatoria de la comisión. Si ésta propusiera una modificación del acuerdo aprobatorio de la ley el Parlamento Federal deberá pronunciarse de nuevo sobre la ley.

3. Cuando no se requiera la aprobación del Consejo Federal para una ley, podrá dicho Consejo, si hubiere concluido el procedimiento previsto en el párrafo 2, oponer su veto dentro de un plazo de dos semanas contra una ley acordada por el Parlamento Federal. El plazo del veto empezará, en el caso del párrafo 2, último inciso, con la recepción del nuevo acuerdo adoptado por el Parlamento Federal, y, en los demás casos, a partir de la recepción de la notificación del presidente de la comisión a que se refiere el párrafo 2 de que ha concluido el procedimiento ante dicha comisión.

4. Si el veto fuese acordado por mayoría de los votos del Consejo Federal, podrá ser rechazado por acuerdo de la mayoría de los componentes del Parlamento Federal. Si el Consejo Federal hubiere acordado el veto por una mayoría de, por lo menos, dos tercios de sus votos, el rechazo por el Parlamento Federal requerirá una mayoría de dos tercios, que suponga, por lo menos, la mayoría de los componentes del Parlamento.

Artículo 78

Toda ley aprobada por el Parlamento Federal cobrará fuerza de tal cuando el Consejo Federal dé su asentimiento, no formule la petición prevista en el Art. 77, párrafo 2, o no interponga su veto dentro del plazo previsto en el Art. 77, párrafo 3, o lo retire una vez formulado o, por último, si el veto resulta superado por el Parlamento Federal.

Artículo 79

1. La Ley Fundamental sólo podrá ser modificada por medio de otra ley que expresamente altere el tenor literal de la Ley Fundamental o lo complemente. Para los tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación del mismo o la supresión de un régimen jurídico de ocupación o que estén encaminados a servir a la defensa de la República Federal, bastará para hacer constar que las disposiciones de la Ley Fundamental no se oponen al concierto y a la puesta en vigor de dichos tratados una adición al texto de la Ley Fundamental, que se limitará a dicha aclaración.

2. La ley de referencia requerirá la conformidad de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y dos tercios de los votos del Consejo Federal.

3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20.

Artículo 80

1. El gobierno federal, cualquier ministro federal o los gobiernos regionales podrán ser autorizados mediante ley federal a dictar ordenanzas siempre que la ley haga constar el contenido, la finalidad y el alcance de la autorización otorgada. La ordenanza deberá asimismo especificar su fundamento jurídico. Si la ley prevé la posibilidad de delegar la autorización, la delegación deberá hacerse mediante ordenanza.

2. Requerirán aprobación del Consejo Federal, a reserva de otras disposiciones legales en el ámbito federal, las ordenanzas del gobierno federal o de un ministro federal sobre bases y tarifas para utilización de instalaciones de los ferrocarriles federales y de los correos y telégrafos y sobre construcción y explotación de ferrocarriles, así como las ordenanzas legales dictadas en virtud de leyes federales que necesiten asentimiento del Consejo Federal o se ejecuten por los estados en virtud de encargo de la Federación o a título de asuntos propios.

3. El Consejo Federal puede enviar al gobierno federal proyectos para el otorgamiento de decretos que requieren su aprobación.

4. En tanto que por ley federal o sobre la base de leyes federales, los gobiernos del estado estén habilitados para dictar decretos, los estados están autorizados para su regulación también por ley.

Artículo 80 a

1. Si la presente Ley Fundamental o una ley federal cualquiera sobre defensa, incluyendo la protección de la población civil, ordena que las disposiciones legales sólo se aplicarán con arreglo al presente artículo, la aplicación de las mismas fuera del caso de defensa sólo procederá cuando el Parlamento Federal haya declarado el advenimiento del estado de tensión o cuando haya dado, de modo específico, su asentimiento a dicha aplicación. La declaración del estado de tensión y la aprobación especial en los casos de los Arts. 12 a, párrafo 5, inc. 1, y párrafo 6, inc. 2, requerirán una mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

2. Se levantarán las medidas adoptadas en virtud de ordenanzas al amparo del párrafo 1 cuando el Parlamento Federal lo solicite.

3. Al margen de lo dispuesto en el párrafo 1 procederá también aplicar dichas ordenanzas en virtud y al amparo de una resolución que sea adoptada por un órgano internacional, en el ámbito de un tratado de asociación, con asentimiento del gobierno federal. Se deberán levantar cualesquiera medidas adoptadas conforme al presente párrafo si el Parlamento Federal así lo pide por mayoría de sus componentes.

Artículo 81

1. Cuando en el caso del Art. 68 no sea disuelto el Parlamento Federal, podrá el presidente de la República, a propuesta del gobierno federal y con asentimiento del Consejo Federal, declarar el estado de necesidad legislativa para un proyecto de ley si el Parlamento Federal la rechaza a pesar de que el gobierno federal la hubiere calificado de urgente. La misma norma se seguirá cuando se haya rechazado una propuesta legislativa a pesar de que el canciller federal la haya asociado con la instancia a que se refiere el Art. 68.

2. Si el Parlamento Federal, una vez declarado el estado de necesidad legislativa, volviera a rechazar la propuesta de ley o si la adopta en una forma que el gobierno federal califique de inaceptable, se considerará aprobada la ley con tal que el Consejo Federal le otorgue su aprobación. La misma norma se aplicará cuando la propuesta no fuere aprobada por el Parlamento Federal dentro de las cuatro semanas siguientes a la nueva presentación de aquélla.

3. Durante el mandato de un canciller federal podrá también cualquier otra propuesta legislativa rechazada por el Parlamento Federal ser aprobada dentro de un lapso de seis meses a partir de la primera declaración del estado de necesidad legislativa al amparo de los párrafos 1 y 2. Una vez transcurrido el plazo de referencia, no se podrá

volver a declarar el estado de necesidad legislativa durante el mandato del mismo canciller federal.

4. La presente Ley Fundamental no podrá ser ni modificada ni dejada total o parcialmente sin efecto o sin aplicación por ley alguna que se apruebe al amparo del párrafo 2.

Artículo 82

1. Las leyes que se aprueben con arreglo a los preceptos de la presente Ley Fundamental serán promulgadas por el presidente federal, una vez refrendadas y publicadas en el Boletín de Legislación Federal. Las ordenanzas jurídicas serán promulgadas por el órgano que las dicte y, a reserva de lo que, en su caso, dispongan otros preceptos legales, se publicarán en el Boletín de Legislación Federal.

2. Toda ley y toda ordenanza determinarán el día de entrada en vigor. A falta de esta especificación, entrarán en vigor al decimocuarto día de la expiración de aquel en que hayan sido editadas en el Boletín Oficial Federal.

CAPÍTULO VIII

De la ejecución de las leyes federales y de la administración federal

Artículo 83

Los estados ejecutarán las leyes federales como asunto propio de cada uno, en cuanto la presente Ley Fundamental no disponga o permita otra cosa.

Artículo 84

1. En caso de que los estados ejecuten las leyes federales como asunto propio, ellos mismos regularán la institución de las autoridades y el procedimiento administrativo, si las leyes federales dictadas con el asentimiento del Consejo Federal no disponen otra cosa.

2. El gobierno federal podrá, con la aprobación del Consejo Federal, dictar normas generales de administración.

3. El gobierno federal ejercerá supervisión sobre la ejecución de las leyes federales por los estados, con arreglo al derecho vigente. El gobierno federal podrá enviar con este fin comisionados a las autoridades regionales superiores, con el asentimiento de éstas y, en caso de no obtener dicho asentimiento, podrá enviarlos con la aprobación del Consejo Federal también a las autoridades subordinadas a aquéllas.

4. En caso de que no se subsanen las deficiencias que el gobierno federal haya observado en la ejecución de las leyes federales en los estados, el Consejo Federal, a instancias del Gobierno Federal o del Estado, decidirá si dicho estado ha infringido o no el derecho. Contra la resolución del Consejo Federal se dará recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

5. El gobierno federal podrá, mediante una ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, otorgar las facultades necesarias para la ejecución de leyes federales, y, en casos especiales, dictar instrucciones singulares, las cuales irán dirigidas a las autoridades regionales superiores, salvo en el supuesto de que el gobierno federal considere que el caso es urgente.

Artículo 85

1. En caso de que los estados regionales ejecuten las leyes federales por encargo de la Federación, seguirá siendo competencia de aquéllos la institución de las diversas autoridades, mientras las leyes federales aprobadas con el asentimiento del Consejo Federal no dispongan otra cosa.

2. El gobierno federal podrá, con el asentimiento del Consejo Federal dictar normas administrativas de carácter general. Podrá igualmente regular la formación uniforme de los funcionarios y empleados. Los cargos directivos de los órganos intermedios deberán ser provistos previa conformidad del gobierno federal.

3. Las autoridades regionales estarán sujetas a las instrucciones de las autoridades federales superiores que sean competentes. Las instrucciones deberán ir dirigidas a las autoridades superiores del Estado regional, salvo cuando el gobierno federal considere que hay urgencia. Corresponderá a las autoridades supremas del Estado regional garantizar la ejecución de las instrucciones.

4. La supervisión federal se extiende a la legalidad y a la oportunidad de la ejecución. El gobierno federal podrá, con esta finalidad, exigir informe y presentación de documentos, así como enviar comisionados a cualesquiera autoridades.

Artículo 86

Si la Federación ejecuta las leyes mediante administración federal propia o a través de entidades o dependencias de derecho público, inmediatamente subordinadas a la Federación, el gobierno federal dictará las correspondientes normas administrativas en la medida en que la ley no disponga nada en especial. El gobierno federal regulará asimismo, mientras la ley no disponga otra cosa, la institución de las autoridades respectivas.

Artículo 87

1. Se gestionarán en régimen de administración federal directa, con una organización administrativa propia del servicio diplomático, la hacienda federal, los ferrocarriles federales, los correos federales y, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 89, la administración de los canales federales y la navegación. Se podrán instituir, por ley federal, órganos de policía de fronteras, órganos centrales para el servicio de información y de noticias de la policía, para la policía criminal y para la recolección de antecedentes, destinada a la salvaguardia de la Constitución y a la prevención de cualesquiera intentos en territorio federal susceptibles de poner en peligro, mediante el uso de la

fuerza o de actos preparatorios del mismo, los intereses exteriores de la República Federal Alemana.

2. Se administrarán como entidades de derecho público, directamente dependientes de la Federación, los entes de seguridad social cuya competencia se extienda más allá del territorio de un Estado.

3. Además se podrán crear mediante ley federal autoridades autónomas federales, y nuevas entidades y órganos de derecho público directamente dependientes de la Federación para asuntos en los que el Poder Legislativo corresponda a la Federación. Si surgiesen nuevas tareas para la Federación, en materias en las que le corresponda la facultad de legislar, se podrán en caso de necesidad urgente instituir órganos medios y subordinados de administración federal directa, con asentimiento del Consejo Federal y de la mayoría de los componentes del Parlamento Federal.

Artículo 87 a

1. La Federación organizará las Fuerzas Armadas para la defensa. Los efectivos numéricos y rasgos fundamentales de la organización de éstas serán los que se prevean en las consignaciones presupuestarias.

2. Fuera de la finalidad de defensa, las Fuerzas Armadas sólo podrán ser utilizadas en la medida en que lo permita la presente Ley Fundamental.

3. Las Fuerzas Armadas tendrán, en el caso de defensa y en el caso de tensión, la facultad de proteger objetos civiles y de ejercer cometidos de regulación del tráfico en la medida en que esto resulte necesario para el cumplimiento de su misión defensiva. Además, en los casos de defensa y de tensión, se podrá encomendar a las Fuerzas Armadas la salvaguardia de objetos civiles incluso para el apoyo de medidas de policía; en este supuesto las Fuerzas Armadas actuarán en colaboración con las autoridades competentes.

4. Para evitar un peligro inminente para la existencia o el orden fundamental, libre y democrático de la Federación o de algún estado podrá el gobierno federal, cuando se den las condiciones del Art. 91, párrafo 2, y no resulten suficientes las fuerzas de policía ni la Policía Federal de Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para el apoyo de la policía y de la Policía Federal de Fronteras en la salvaguardia de objetos civiles y en la lucha contra elementos subversivos militarmente armados. Se deberá suspender toda utilización de las Fuerzas Armadas si así lo pide el Parlamento Federal o el Consejo Federal.

Artículo 87 b

1. La administración del ejército federal será desarrollada en régimen de gestión federal directa y con organización administrativa propia, y estará destinada a las materias de personal y de cobertura inmediata de las necesidades materiales de las Fuerzas Armadas. Sólo mediante ley federal, que requerirá asentimiento del Consejo Federal, se podrán confiar a la administración del ejército federal tareas de atención a los dam-

nificados y de construcción. También requerirán asentimiento del Consejo Federal las leyes que autoricen a la administración del ejército civil a interferir los derechos de terceros, si bien no se aplicará esta norma a las leyes que versen sobre cuestiones de personal.

2. Por lo demás, las leyes federales destinadas a la defensa, incluyendo la protección de la población civil y el servicio sustitutivo, podrán disponer, con asentimiento del Consejo Federal, que su aplicación se haga efectiva total o parcialmente mediante administración federal directa, con organización administrativa propia o bien por los estados en virtud de encargo de la Federación. En el caso de que dichas leyes se apliquen por los estados en virtud de encargo de la Federación, podrán disponer, a condición de que lo consienta el Consejo Federal, que las facultades correspondientes al gobierno federal y a las autoridades supremas federales competentes en virtud del Art. 85 sean encomendadas en todo o en parte a órganos federales superiores. Con este motivo se podrá establecer que dichos órganos no estén supeditados al asentimiento del Consejo Federal al dictar normas administrativas de carácter general con arreglo a lo dispuesto en el inc. 1 del párrafo 2 del Art. 85.

Artículo 87 c

Las leyes que se elaboren en virtud del Art. 74, apartado 11a), podrán disponer, con asentimiento del Consejo Federal, que su aplicación sea encomendada a los estados regionales por la Federación.

Artículo 87 d

1. La navegación aérea se gestionará en régimen de administración federal directa.
2. Mediante ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal se podrán transmitir misiones de ordenación del tráfico aéreo a los estados, a título de administración delegada.

Artículo 87 e

1. Por lo que respecta a los ferrocarriles de la Federación, la administración de los transportes ferroviarios estará a cargo de una administración propia de la Federación. Una ley federal puede transferir a los estados tareas de la administración de los transportes ferroviarios a título de competencia propia.

2. La Federación asume las tareas de administración de los transportes ferroviarios que exceden el ámbito de los ferrocarriles de la Federación, que le sean transferidas por ley federal.

3. Los ferrocarriles de la Federación son gestionados bajo la forma de empresas económicas de derecho privado. La Federación será su propietaria en la medida en que la actividad de la empresa económica abarque la construcción, mantenimiento y explotación de las vías férreas. La enajenación de participaciones de la Federación a las empresas según la segunda frase se efectuará en virtud de una ley; la mayoría de las par-

ticipaciones en estas empresas deberá quedar en manos de la Federación. La regulación se hará por ley federal.

4. La Federación garantizará que el interés de la comunidad, especialmente las necesidades de transporte, sean tenidas en cuenta en la ampliación y conservación de la red de vías férreas de la Federación, así como en sus ofertas de transporte sobre esta red, salvo aquéllas relacionadas con el transporte ferroviario de pasajeros de cercanías. La regulación se hará por ley federal.

5. Las leyes dictadas con base en los apartados 1 a 4 requieren la aprobación del Consejo Federal, se requiere también la aprobación de éste para las leyes que regulan la disolución, fusión y división de las empresas ferroviarias de la Federación, la transferencia a terceros de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación, así como la supresión de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación o que tengan efectos sobre el transporte ferroviario de pasajeros de cercanías.

Artículo 87f

1. Por lo que respecta al servicio de correos y a las telecomunicaciones, la Federación garantizará en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal que requiere la aprobación del Consejo Federal, servicios adecuados y suficientes.

2. Los servicios en el sentido del apartado 1 serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del Patrimonio Especial del Correo Federal alemán y por otras ofertas privadas. Las tareas de soberanía en el ámbito del servicio de correos y las telecomunicaciones serán realizadas por la administración propia de la Federación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 frase 2, la Federación llevará a cabo, bajo la forma jurídica de un organismo federal de derecho público, las tareas particulares relacionadas con las empresas surgidas del Patrimonio Especial del Correo Federal Alemán, de acuerdo con lo que disponga una ley federal.

Artículo 88

La Federación instituirá un Banco de Emisión y de cambios como Banco Federal. Dentro del marco de la Unión Europea, sus tareas y competencias podrán ser delegadas al Banco Central Europeo, que es independiente y está al servicio del objetivo prioritario de garantizar la estabilidad de los precios.

Artículo 89

1. La federación será propietaria de las vías navegables que pertenecían al Reich.

2. La Federación administrará las aguas navegables federales mediante autoridades propias y ejercerá en materia de navegación interior las funciones estatales que excedan del ámbito de competencia de un solo estado y las funciones que en punto a navegación marítima le sean encomendadas mediante ley. La Federación podrá encargar a un estado, a título de administración delegada, la gestión de vías navegables fede-

rales comprendidas en el territorio de dicho estado, si éste así lo solicita. Si una vía navegable afecta al territorio de varios estados, la Federación podrá encomendar la administración al Estado que ellos mismos indiquen.

3. En la administración, la ampliación y la construcción de vías navegables se dejarán a salvo, de acuerdo con los estados, las necesidades de los cultivos y del régimen hidráulico.

Artículo 90

1. La Federación será propietaria de las antiguas autopistas del Imperio y carreteras del Imperio.

2. Los estados o las entidades administrativas autónomas administrarán las autopistas federales y demás carreteras federales de tráfico de larga distancia por encargo de la Federación.

3. A instancias de un estado podrá la Federación asumir en régimen de administración federal directa la gestión de autopistas federales y otras carreteras federales de tráfico de distancia en tramos comprendidos en el territorio de dicho estado.

Artículo 91

1. Para prevenir cualquier peligro inminente para la existencia o el orden fundamental liberal y democrático de la Federación o de algún estado, podrá cualquier estado solicitar las fuerzas de policía de otros estados, así como fuerzas e instituciones de otras autoridades administrativas y de la Policía Federal de Fronteras.

2. Si el estado donde haya surgido el peligro no está dispuesto a combatirlo o no se halla en condiciones de hacerlo, podrá el gobierno federal someter a la policía en ese estado y a las fuerzas de policía de otros estados a sus instrucciones, así como emplear la Policía Federal de Fronteras. La orden se dejará sin efecto una vez eliminado el peligro, y en todo caso cuando así lo requiera el Consejo Federal. Si el peligro abarcase más del territorio de un estado, podrá el gobierno federal, en la medida en que sea necesario para combatirlo con eficacia, impartir directivas a los gobiernos regionales, sin que esto afecte a lo dispuesto en los incisos 1 y 2.

CAPÍTULO VIII a

De las tareas comunes

Artículo 91 a

1. La Federación cooperará en los campos que a continuación se enuncian para el cumplimiento de las tareas de los estados, cuando éstas revistan importancia para el conjunto y sea necesaria la colaboración de la Federación para la mejora de las condiciones de vida (misiones comunes):

- 1) Ampliación y construcción de escuelas técnicas superiores, incluyendo clínicas docentes;
- 2) Mejora de la estructura económica regional;
- 3) Mejora de las estructuras agrarias y de la protección de costas.

2. Se regularán mediante ley federal con el consentimiento del Consejo Federal las tareas comunitarias. La ley deberá contener principios generales para la ejecución de aquéllas.

3. La ley contendrá disposiciones sobre el procedimiento y sobre instancias para una planificación básica en común. La inclusión de un proyecto en la planificación básica requerirá el consentimiento del estado en cuyo territorio aquél haya de llevarse a cabo.

4. La Federación asumirá la mitad de los gastos en cada Estado en los casos del párrafo 1, apartados 1 y 2. En los supuestos del párrafo 1, apartado 3, la Federación costeará como mínimo la mitad; la participación de los estados se fijará de modo uniforme para todos ellos. Una ley regulará los pormenores de aplicación. La disponibilidad de los recursos quedará, en todo caso, supeditada a las previsiones presupuestarias de la Federación y de los Estados.

5. El gobierno federal y el Consejo Federal deberán ser informados, cuando lo soliciten, acerca de la ejecución de las misiones comunitarias.

Artículo 91 b

La Federación y los estados podrán cooperar en virtud de convenios en la planificación de la enseñanza y en el fomento de instituciones y proyectos de investigación científica de significación suprarregional. Se regulará en el convenio el reparto de los gastos.

CAPÍTULO XI

De la jurisdicción

Artículo 92

Se encomienda a los jueces el Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los tribunales federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los estados.

Artículo 93

1. El Tribunal Constitucional Federal decidirá:
 - 1) Sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal

- supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo;
- 2) En casos de controversia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un estado con otras normas de derecho federal, a instancias del gobierno federal, de un gobierno regional o de un tercio de los componentes del Parlamento Federal;
 - 2a) En caso de controversias sobre si una ley se adecua a los requisitos del Art. 72, apartado 2, a petición del Consejo Federal, del gobierno de un estado o de la Asamblea Legislativa de un Estado;
 - 3) En el caso de controversia sobre derechos y deberes de la Federación y de los estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los estados y en el ejercicio de la supervisión federal;
 - 4) En otros conflictos de derecho público entre la Federación y los estados, entre diversos estados o dentro de un mismo estado, cuando no se dé otro recurso;
 - 4a) Sobre reclamaciones de orden constitucional que podrán ser interpuestas por cualquiera mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos especificados en los Arts. 20, párrafo 4; 33, 38, 101, 103 y 104;
 - 4b) Sobre reclamaciones constitucionales de municipios y asociaciones de municipios por infracción del derecho de autonomía administrativa del Art. 28 en una ley, si bien, cuando se trate de leyes regionales sólo en el supuesto de que no quepa recurso ante el Tribunal Constitucional del Estado en cuestión;
 - 5) En los demás casos previstos en la presente Ley Fundamental.

2. El Tribunal Constitucional Federal actuará además en los demás supuestos que le incumban en virtud de lo previsto en alguna ley federal.

Artículo 94

1. El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto de jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Parlamento Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer al Parlamento Federal, al Consejo Federal, al gobierno federal ni a órganos equivalentes de estado alguno.

2. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos.

Artículo 95

1. Para los ramos de la jurisdicción ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social, la Federación instituirá como tribunales supremos el Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshof*), Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), Tribunal Federal de Cuentas (*Bundesfinanzhof*), Tribunal Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) y el Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*).

2. Sobre los nombramientos de jueces de estos tribunales resolverá en cada ramo el ministro federal competente junto con una Comisión de Selección Judicial compuesta por los ministros regionales del ramo y por igual número de vocales elegidos por el Parlamento Federal.

3. Para asegurar la uniformidad de la jurisdicción se instituirá una sala común de los tribunales citados en el párrafo 1. Una ley federal regulará los pormenores de aplicación.

Artículo 96

1. La Federación podrá crear un Tribunal Federal para materias de protección jurídica de la economía.

2. La Federación podrá crear tribunales disciplinarios con carácter de tribunales federales para las Fuerzas Armadas. Dichos tribunales sólo podrán ejercer jurisdicción en el caso de defensa, así como únicamente sobre individuos pertenecientes a las Fuerzas Armadas y enviados al extranjero o embarcados a bordo de navíos de guerra. Una ley federal regulará los pormenores de aplicación. Estos tribunales quedarán adscritos a la competencia del ministro federal de Justicia. Sus magistrados titulares deberán tener capacidad para la judicatura.

3. Será tribunal supremo para los tribunales a que se refieren los párrafos 1 y 2 el Tribunal Federal Supremo.

4. La Federación podrá crear unos tribunales federales encargados de resolver sobre expedientes disciplinarios y recursos de amparo acerca de las personas que estén sometidas a la Federación mediante una relación de servicio de derecho público.

5. Para los procedimientos penales del ámbito del Art. 26, párrafo 1, y de la defensa del Estado podrá una ley federal adoptada con el consentimiento del Consejo Federal prever que los tribunales de los estados ejerzan jurisdicción federal.

Artículo 97

1. Los jueces serán independientes y sólo estarán sometidos a la ley.

2. Los jueces destinados como titulares de modo regular y definitivo, sólo podrán ser trasladados contra su voluntad en virtud de una resolución judicial y únicamente por los motivos y con las formalidades que las leyes especifiquen, y la misma norma regirá para su separación antes de expirar su periodo de mandato o su separación permanente o temporal del cargo o su jubilación. El Poder Legislativo podrá fijar límites de edad, pasados los cuales se jubilarán los jueces nombrados con carácter vitalicio. Sin embar-

go, en caso de modificarse la organización de los tribunales o de sus demarcaciones podrán los jueces ser trasladados a otro tribunal o ser separados de su cargo, si bien seguirán disfrutando del sueldo íntegro.

Artículo 98

1. La situación jurídica de los magistrados federales deberá regularse mediante una ley federal especial.

2. Cuando un juez federal cometa, en su cargo o fuera del mismo, una infracción contra los principios de la Ley Fundamental o contra el orden constitucional de algún estado, podrá el Tribunal Constitucional Federal ordenar, por mayoría de dos tercios de sus miembros y a instancias del Parlamento Federal, que dicho juez sea trasladado a otro puesto o bien jubilado. En caso de infracción deliberada se podrá ordenar la destitución (*Emlassung*).

3. La situación jurídica de los jueces de los estados se regulará mediante leyes regionales especiales. La Federación podrá dictar normas básicas sobre esta materia, en la medida en que el Art. 74a), párrafo 4, no disponga otra cosa.

4. Los estados podrán disponer que el ministro regional de Justicia resuelva, conjuntamente con una Comisión de Selección Judicial, sobre la designación de los jueces en los estados.

5. Los estados podrán adoptar para los magistrados regionales un ordenamiento correlativo al previsto en el párrafo 2, sin que esto afecte al derecho constitucional vigente en los estados. Corresponderá al Tribunal Federal Constitucional pronunciarse sobre toda acusación contra un juez.

Artículo 99

Se podrá atribuir mediante ley regional al Tribunal Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales en el ámbito de un estado y a los tribunales supremos citados en el párrafo 1 del Art. 95 la resolución en última instancia en las materias en que se trate de la aplicación del derecho regional.

Artículo 100

1. Si un tribunal considera que una ley –de cuya validez depende el fallo– es inconstitucional, se suspenderá el procedimiento. En tal caso, se someterá la cuestión –cuando se trate de la violación de la Constitución de un Estado Federado– al tribunal competente en materia de litigios constitucionales; cuando se trate de violaciones a esta Ley Fundamental, el asunto se someterá a consideración del Tribunal Constitucional Federal. Lo anterior rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un estado Federado o de la incompatibilidad de una ley de un estado Federado con una ley federal.

2. Si en el curso de una controversia jurídica existieran dudas acerca de si una regla del derecho internacional forma parte integrante del derecho federal, así como si

constituye fuente directa de derechos y deberes para el individuo (Art. 25), el tribunal recabará la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

3. Si el Tribunal Constitucional de un estado federado –al interpretar la Ley Fundamental– quisiera apartarse de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro estado federado, deberá recabar la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

Artículo 101

1. Serán ilícitos cualesquiera tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legítimo.

2. Sólo por ley se podrán crear tribunales para materias determinadas.

Artículo 102

Queda abolida la pena de muerte.

Artículo 103

1. Todos tendrán derecho a ser oídos legalmente ante los tribunales.

2. Un acto sólo podrá ser castigado cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquél.

3. Nadie podrá ser condenado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Artículo 104

1. La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescritas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente.

2. Sólo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad. En todo supuesto de privación de libertad sin mandamiento judicial se deberá obtener sin demora un auto del juez. La policía no podrá por su propia autoridad mantener detenido a nadie más allá de la expiración del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley.

3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad.

4. De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma se deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de éste.

CAPÍTULO X

De la hacienda

Artículo 104 a

1. La Federación y los estados sufragarán por separado los gastos que resultan de la asunción de sus tareas, en la medida en que la presente Ley Fundamental no disponga otra cosa.

2. Cuando los estados actúen por encargo de la Federación, ésta sufragará los gastos resultantes.

3. Las leyes federales que otorguen prestaciones dinerarias y sean aplicadas por los estados, podrán disponer que dichas prestaciones sean sufragadas total o parcialmente por la Federación. Si la ley dispusiera que la Federación sufrague la mitad o más de los gastos, será ejecutada por encargo de la Federación. Si la ley establece que los estados sufraguen una cuarta parte o más de los gastos, requerirá el consentimiento del Consejo Federal.

4. La Federación podrá conceder a los estados ayuda financiera para inversiones especialmente importantes de los estados y municipios (o asociaciones de municipios), que sean necesarias para prevenir una alteración del equilibrio económico nacional o para compensar disparidades de capacidad económica en el territorio federal o para el fomento del crecimiento económico. Los detalles aplicativos, en particular las modalidades de las inversiones que se hayan de estimular, se regularán por ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, o por convenio administrativo concertado en virtud de la Ley de Presupuestos Federales.

5. La Federación y los estados soportarán los gastos administrativos que originen sus respectivas autoridades y responderán la una ante los otros y viceversa del desarrollo de una administración ordenada. Los pormenores aplicativos serán establecidos por una ley federal que requerirá el consentimiento del Consejo Federal.

Artículo 105

1. La Federación tendrá potestad legislativa exclusiva en materia de aduanas y de monopolios fiscales.

2. La Federación tendrá potestad legislativa concurrente sobre los demás impuestos cuando le corresponda total o parcialmente el producto de los mismos o se den los supuestos del párrafo 2 del Art. 72.

2a. Los estados tendrán facultades para legislar sobre los impuestos locales de consumo y de lujo, en la medida en que no sean de la misma naturaleza que impuestos regulados por ley federal.

3. Requerirán el consentimiento del Consejo Federal las leyes federales sobre impuestos cuyo producto afluya en todo o en parte a los estados o a los municipios (o asociaciones de municipios).

Artículo 106

1. Corresponderán a la Federación el rendimiento de los monopolios fiscales y el producto de los impuestos siguientes:

- 1) Los aranceles de aduanas;
- 2) Los impuestos de consumo, cuando no correspondan a los estados, en virtud del párrafo 2 o conjuntamente a Estados y municipios en virtud del párrafo 3 o a los municipios con arreglo al párrafo 6;
- 3) El impuesto de transporte de mercancías por carretera;
- 4) Los impuestos sobre transacciones de capital, el impuesto sobre seguros y el impuesto sobre letras de cambio;
- 5) Las exacciones por una sola vez sobre el patrimonio y las entregas compensatorias para realizar el equilibrio de cargas; 6) El recargo complementario de los impuestos sobre la Renta y sobre Sociedades 7) Las exacciones en el ámbito de las Comunidades Europeas.

2. Corresponderá a los estados el producto de los siguientes impuestos:

- 1) El Impuesto sobre el Patrimonio;
- 2) El Impuesto de Sucesiones;
- 3) El impuesto sobre vehículos automóviles;
- 4) Los impuestos de transacciones, cuando no correspondan a la Federación en virtud del párrafo 1 conjuntamente a la Federación y a los estados según el párrafo 3;
- 5) El impuesto sobre la cerveza;
- 6) El canon de las casas de juego.

3. Corresponderá conjuntamente a la Federación y a los estados el producto del Impuesto sobre la Renta, del Impuesto de Sociedades y del Impuesto sobre las Ventas (impuestos comunes), en tanto en cuanto el rendimiento del Impuesto sobre la Renta no esté atribuido a los municipios conforme a lo que se dispone en el párrafo 5. La Federación y los estados participarán por mitades en el producto del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto de Sociedades. Se fijarán por ley federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, las participaciones de la Federación y de los estados en el producto del Impuesto sobre las Ventas. En la determinación se deberá partir de los siguientes principios:

- 1) En el ámbito de los ingresos comunes la Federación y los estados tendrán el mismo derecho a la cobertura de sus gastos necesarios. En este punto se determinará la cuantía de los gastos tomando en consideración una planificación financiera de más de un año;

- 2) Las necesidades de cobertura de la Federación y de los estados deberán armonizarse entre sí de tal modo que se consiga una compensación poco onerosa, se evite una sobrecarga de los contribuyentes y se preserve la uniformidad de las condiciones de vida en el territorio federal.

4. Se deberán fijar de nuevo las participaciones de la Federación y de los estados en el Impuesto sobre las Ventas, cuando la relación entre los gastos y los ingresos de la Federación y de los estados evolucione de modo sustancialmente distinto. Si por ley federal se imponen a los estados gastos suplementarios o se les priva de ingresos, se podrá mediante ley federal que requerirá asentimiento del Consejo Federal compensar también la carga adicional así surgida por medio de asignaciones financieras de la Federación, cuando dicha carga se reduzca a un periodo limitado. En la ley se especificarán los principios para el cálculo de estas asignaciones financieras y par distribución entre los estados.

5. Los municipios recibirán una parte del rendimiento del Impuesto sobre la Renta de las personas físicas, que deberá ser puesta por los estados en manos de sus municipios respectivos sobre la base de las cuotas por Impuesto sobre la Renta pagadas por sus habitantes. La reglamentación se hará mediante una ley federal que requerirá aprobación del Consejo Federal, y que podrá disponer que los municipios fijen tipos impositivos para la participación municipal.

6. El producto de los impuestos reales corresponderá a los municipios; el de los impuestos locales al consumo y lujo a los propios municipios o, según lo que disponga cada Poder Legislativo regional, a las agrupaciones de municipios. Los municipios tendrán derecho a fijar tipos impositivos para los tributos reales en el marco de las leyes. Si en un estado no existiese ningún municipio, corresponderá al Estado mismo el rendimiento de los impuestos reales y de los tributos locales de consumo y de lujo. La Federación y los estados podrán participar mediante una fórmula de reparto en el producto del impuesto industrial. Los detalles del reparto serán regulados por una ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal. Con arreglo a lo que disponga el Poder Legislativo regional, podrán establecerse los impuestos reales y la participación municipal en el producto del Impuesto sobre la Renta como base de cómputo para los repartos.

7. De la participación de los estados en el producto total de los impuestos comunitarios se destinará a los municipios y agrupaciones de municipios en su totalidad, un porcentaje que deberá ser fijado por el Poder Legislativo de cada estado. En lo demás, la legislatura regional dispondrá si, y en caso afirmativo en qué medida, se destinará el producto de los impuestos regionales a los municipios (a las agrupaciones de éstos).

8. Si la Federación establece en estados o municipios determinados (o en agrupaciones de municipios) nuevos órganos que irroguen de modo directo a esos estados o municipios (o agrupaciones de municipios) gastos suplementarios o minoraciones de ingresos (cargas especiales), la Federación concederá la compensación necesaria,

cuando y en la medida en que no quepa exigir que los estados o municipios en cuestión (o, en su caso, las agrupaciones de municipios) soporten esas cargas especiales. Al otorgarse la compensación se tendrán en cuenta los pagos compensatorios hechos por terceros y las ventajas financieras que reporten dichos órganos a los estados o municipios (o agrupaciones de municipios) afectados.

9. Se consideran también como ingresos y gastos de los estados en el sentido del presente artículo los ingresos y los gastos de los municipios (o de las agrupaciones de municipios).

Artículo 106a

A partir del 1 de enero de 1996 corresponderá a los estados una suma proveniente del ingreso impositivo de la Federación por el transporte público de pasajeros de cercanías. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Consejo Federal. La suma prevista en la frase 1 no será tomada en consideración en el cálculo de la capacidad financiera de acuerdo con el Art. 107, apartado 2.

Artículo 107

1. Corresponderán a cada uno de los estados el rendimiento de los impuestos regionales y la participación de los estados en el producto del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto de Sociedades, en la medida en que los impuestos sean recaudados por las autoridades financieras en su respectivo ámbito de competencia (producto local). Mediante ley federal que necesitará el asentimiento del Consejo Federal se deberán adoptar disposiciones pormenorizadas para el Impuesto de Sociedades y el Impuesto sobre los Ingresos, sobre la delimitación, así como sobre la modalidad y la cuantía de la repartición del producto local. La ley podrá, asimismo, contener preceptos sobre la delimitación y el reparto del rendimiento local de otros tributos. La participación regional en el producto del Impuesto sobre las Ventas será para cada estado la que resulte del número de sus habitantes, si bien se podrán prever mediante ley federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, unas participaciones complementarias para una porción determinada, en ningún caso más de la cuarta parte, de dicha participación estatal, si se trata de estados cuyos ingresos por habitante en concepto de impuestos regionales, del Impuesto sobre la Renta y del de Sociedades estén por debajo de la media del conjunto de los estados.

2. Se deberá garantizar a través de la ley que la capacidad financiera variable de los distintos estados quede adecuadamente compensada, debiéndose en este punto tomar en consideración la capacidad hacendística y las necesidades financieras de los municipios (o de las agrupaciones de municipios). Se especificarán en la ley los supuestos para el derecho a compensación de los estados legitimados para ello y para las obligaciones compensatorias de los estados sometidos al deber de compensar, así como los criterios para la cuantía de los pagos de compensación. La ley podrá asimismo disponer que la Federación conceda de sus propios recursos a estados de poca capacidad produc-

tiva asignaciones para complementar la cobertura de sus necesidades generales de financiación (asignaciones complementarias).

Artículo 108

1. Las aduanas, los monopolios fiscales, los impuestos sobre el consumo regulados por ley federal, incluyendo el Impuesto de Ventas de Bienes Importados, y las exacciones en el marco de las Comunidades Europeas, serán administrados por autoridades hacendísticas federales, cuya organización será regulada por una ley federal. Los directores de los órganos intermedios serán nombrados de acuerdo con los gobiernos regionales.

2. Los demás impuestos serán administrados por autoridades financieras regionales, cuya organización, así como la formación uniforme de los respectivos funcionarios, podrán ser regulados por ley federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal. Los directores de los órganos intermedios serán designados de acuerdo con el gobierno federal.

3. En el caso de que las autoridades financieras regionales administren impuestos que se destinen total o parcialmente a la Federación, se considerará que actúan por encargo de la Federación. Serán aplicables los párrafos 3 y 4 del Art. 85, con la salvedad de que en lugar del gobierno federal actuará el ministro federal de Hacienda.

4. Se podrá mediante ley federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, prever para la administración de impuestos una colaboración entre las autoridades financieras de la Federación y las de los estados, así como para los impuestos incluidos en el párrafo 1 un régimen de administración a cargo de los órganos de las haciendas regionales y para otros impuestos su administración por órganos de la Hacienda Federal, cuando y en la medida en que, de este modo, se mejore o se facilite sustancialmente la aplicación de las leyes tributarias. Para los impuestos que se destinen únicamente a los municipios (o agrupaciones de municipios) se podrá encomendar total o parcialmente a los propios municipios (o agrupaciones de municipios) la administración que compete a las autoridades financieras de los estados.

5. Se regulará por ley federal el procedimiento que hayan de aplicar las autoridades de la Hacienda Federal. El procedimiento que deba ser aplicado por las autoridades financieras regionales, en los casos del párrafo 4, inc. 2, por los municipios (o agrupaciones de municipios), podrá ser regulado por medio de ley federal que requerirá la aprobación del Consejo Federal. La jurisdicción en materia hacendística se regulará uniformemente mediante una ley federal.

7. El gobierno federal podrá dictar preceptos administrativos de índole general, si bien a condición de que el Consejo Federal preste su conformidad, en tanto en cuanto la administración incumba a las autoridades financieras de los estados o a los municipios (o agrupaciones de municipios).

Artículo 109

1. La Federación y los estados serán autónomos y recíprocamente independientes en su economía presupuestaria.

2. La Federación y los estados deberán tomar en consideración al formular sus presupuestos las exigencias del equilibrio económico general.

3. Se podrán establecer mediante ley federal, que requerirá la aprobación del Consejo Federal, unos principios de validez común para el derecho presupuestario de la Federación y de los estados, con vistas a una economía presupuestaria adecuada a la coyuntura y a una planificación de varios años.

4. Para prevenir toda perturbación del equilibrio económico general se podrán establecer, mediante ley federal que requerirá conformidad del Consejo Federal, normas sobre: 1) Importe máximo, condiciones y orden cronológico del concierto de préstamos por las corporaciones territoriales y las mancomunidades administrativas y sobre

2) Un compromiso de la Federación y de los estados para mantener en el Banco Federal Alemán depósitos sin interés, a título de reservas de compensación coyuntural. Sólo el gobierno federal podrá otorgar autorización para que dicte ordenanzas en estas materias. Dichas ordenanzas requerirán la conformidad del Consejo Federal y deberán dejarse sin efecto en cuanto lo solicite el Parlamento Federal. Se determinarán por la ley federal los pormenores de aplicación.

Artículo 110

1. Todos los ingresos y gastos de la Federación deberán consignarse en los Presupuestos, si bien en el caso de empresas federales y de patrimonios especiales será suficiente que figuren las entradas o las entregas. Los Presupuestos deberán estar equilibrados en gastos e ingresos.

2. Los Presupuestos se establecerán para uno o más ejercicios económicos divididos en anualidades, antes del comienzo del primer ejercicio. Se podrá prever para determinadas partes de los Presupuestos que rijan para periodos distintos, divididos en ejercicios económicos.

3. El proyecto de ley a que se refiere el párrafo 2 en su inc. 1 y las propuestas de modificación de la Ley de Presupuestos y de los Presupuestos mismos se presentarán al Parlamento Federal al mismo tiempo que sean remitidos al Consejo Federal. El Consejo Federal estará facultado, en un plazo de seis semanas, y tratándose de propuestas de modificación en un lapso de tres semanas, para adoptar posición sobre la propuesta.

4. Sólo se podrán incluir en la Ley de Presupuestos disposiciones que se refieran a los ingresos y a los gastos de la Federación y al lapso temporal para el cual se haya aprobado la Ley. La Ley de Presupuestos podrá disponer que esos preceptos no entren en vigor hasta que se promulgue la siguiente Ley de Presupuestos o hasta un determinado momento en el caso de haberse otorgado una autorización al amparo del Art. 115.

Artículo 111

1. Si antes del cierre del ejercicio económico no estuviesen establecidos por ley los Presupuestos para el año siguiente, el gobierno federal estará autorizado para efectuar, antes de su entrada en vigor, los gastos que sean necesarios:

- a) Para mantener organismos legalmente existentes y llevar a cabo medidas legalmente acordadas;
- b) Para cumplir los compromisos de la Federación jurídicamente fundamentados;
- c) Para proseguir construcciones, adquisiciones y otros servicios o allegar subvenciones para estos fines, en tanto en cuanto se otorguen ya cantidades determinadas por los Presupuestos de una anualidad anterior.

2. En la medida en que los gastos hechos en virtud del párrafo 1 no resulten cubiertos por ingresos basados en leyes especiales y procedentes de impuestos, entregas y otras fuentes o por el fondo de reserva de la empresa, podrá el gobierno federal movilizar por vía de crédito los medios necesarios para mantener la gestión económica hasta una cifra de la cuarta parte del importe final del Presupuesto expirado.

Artículo 112

Los suplementos de crédito y créditos extraordinarios requerirán la conformidad del ministro federal de Hacienda, la cual sólo se podrá otorgar en el caso de una necesidad imprevista e ineludible. Se podrán establecer pormenores de reglamentación por una ley federal.

Artículo 113

1. Requerirán la conformidad del gobierno federal las leyes que aumenten los gastos presupuestarios propuestos por el propio gobierno federal o que contengan nuevos gastos o los lleven aparejados para el futuro, y la misma norma regirá para las leyes que contengan minoraciones de ingresos o las lleven aparejadas para el futuro. El gobierno federal podrá pedir que el Parlamento Federal aplaze toda decisión sobre dichas leyes, si bien deberá en este supuesto remitir dentro de un plazo de seis semanas una toma de posición al Parlamento Federal.

2. El gobierno federal podrá, dentro de las cuatro semanas siguientes a la aprobación de la ley por el Parlamento Federal, pedir que ésta adopte nuevamente una resolución.

3. Una vez que la ley haya quedado aprobada en firme según lo dispuesto en el Art. 78, el gobierno federal sólo podrá negar su aprobación dentro de un lapso de seis semanas y únicamente en el supuesto de que previamente haya entablado los trámites previstos en el párrafo 1, incs. 3 y 4, o en el párrafo 2. Transcurrido dicho plazo se entenderá otorgada la conformidad.

Artículo 114

1. El ministro federal de Hacienda deberá rendir cuentas al Parlamento Federal y al Consejo Federal sobre cualesquiera ingresos y gastos, así como sobre el patrimonio y las deudas en el transcurso del ejercicio económico siguiente, a efectos de descargo del gobierno federal.

2. El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos vocales poseerán la cualidad de independencia jurisdiccional, examinará las cuentas, así como la economicidad y la legalidad de la gestión presupuestaria y económica. Deberá, además, informar al Parlamento Federal y al Consejo Federal, sin demora, además al gobierno federal. En lo demás se regularán por ley federal las competencias del Tribunal Federal de Cuentas.

Artículo 115

1. La asunción de empréstitos, así como la prestación de fianzas, garantías u otras seguridades susceptibles de originar gastos en ejercicios económicos venideros, requerirán, según su importe, una habilitación determinada o determinable mediante ley federal. Los ingresos procedentes de créditos no podrán sobrepasar el importe de los gastos consignados para inversiones en los Presupuestos, y sólo procederán excepciones a esta regla cuando sea para evitar una perturbación del equilibrio económico general. Se regularán por ley federal los pormenores de aplicación.

2. Respecto a los patrimonios especiales de la Federación se podrán autorizar mediante ley federal excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1.

CAPÍTULO XA

Del caso de defensa

Artículo 115 a

1. Corresponde al Parlamento Federal, con la conformidad del Consejo Federal, declarar que el territorio federal ha sido atacado por la fuerza de las armas o que existe peligro inminente de esta clase de ataque (caso de defensa). La declaración se hará a instancias del gobierno federal y requerirá mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que supongan, por lo menos, los de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal.

2. Cuando la situación exija inexcusablemente una acción inmediata y existan obstáculos insalvables para que el Parlamento Federal pueda reunirse a tiempo o ésta se encuentre incapacitada para adoptar acuerdos, incumbirá a la Comisión Conjunta adoptar la declaración por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que represente, al menos, la mayoría de sus componentes.

3. La declaración será hecha pública por el presidente federal, con arreglo al Art. 82, en el Boletín de Legislación Federal. De no ser posible hacerlo a tiempo, la publicación se efectuará de otro modo, sin perjuicio de que sea recogida en el Boletín de Legislación Federal tan pronto como las circunstancias lo permitan.

4. Si el territorio federal es atacado por las armas, y los órganos federales competentes no estuvieren en situación de adoptar inmediatamente la declaración prevista en el inc. 1 del párrafo 1, se tendrá por efectuada la declaración y como hecha pública en el mismo momento en que haya empezado el ataque. El presidente federal dará a conocer el momento en cuestión tan pronto como lo permitan las circunstancias.

5. Si ya está declarado el caso de defensa y es atacado el territorio federal por fuerzas armadas, podrá el presidente de la República emitir declaraciones de derecho internacional, con el asentimiento del Parlamento Federal, sobre la existencia del caso de defensa. En los supuestos previstos en el párrafo 2 actuará la Comisión Conjunta en lugar del Parlamento Federal.

Artículo 115 b

Proclamado el caso de defensa se transferirá al canciller federal el mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Artículo 115 c

1. Para el caso de defensa, tendrá la Federación el derecho de legislación concurrente también en las materias que pertenecen a la competencia legislativa de los estados. Las leyes que se dicten en este supuesto requerirán la conformidad del Consejo Federal.

2. En la medida en que lo exijan las circunstancias reinantes durante el caso de defensa, se podrá mediante ley federal adoptada para la situación de defensa: 1) Regular provisionalmente la indemnización que proceda por expropiaciones que se aparten de lo previsto en el párrafo 3, inc. 2, del art. 14;

2) Fjar en el supuesto de privaciones de libertad un plazo diferente del establecido en el párrafo 2, incs. 2 y 3, del Art. 104, con el límite máximo de cuatro días, para el caso de que dentro del plazo vigente en época normal no pueda actuar un juez.

3. Cuando sea necesario para evitar un ataque actual o inminente, se podrán regular, para el caso de defensa y mediante ley federal que requerirá la conformidad del Consejo Federal, la administración y la hacienda de la Federación y de los estados prescindiendo de lo dispuesto en las secciones VIII, VIII a) y IX, si bien deberá preservarse en todo caso la viabilidad de los Estados, de los municipios y de las agrupaciones de municipios, especialmente desde el punto de vista hacendístico.

4. Las leyes federales que se dicten con arreglo a los párrafos 1 y 2 podrán ser aplicadas para preparar su ejecución antes de que se presente la situación de defensa.

Artículo 115 d

1. En materia de potestad legislativa de la Federación se aplicará en el caso de defensa el régimen de los párrafos 2 y 3, prescindiéndose de lo dispuesto en los Arts. 76, párrafo 2; 77, párrafo 1, inc. 2, y 2 al 4; 78 y 82, párrafo 1.

2. Las propuestas legislativas del gobierno federal que éste designe como urgentes se deberán transmitir al Consejo Federal al tiempo de su prestación al Parlamento Federal. El Parlamento Federal y el Consejo Federal deliberarán conjuntamente y sin demora sobre dichas propuestas. Cuando sea necesaria la conformidad del Consejo Federal para una ley determinada, la aprobación de ésta requerirá el asentimiento de la mayoría de los votos del Consejo. Los pormenores de aplicación serán regulados por un Reglamento que será aprobado por el Parlamento Federal y necesitará asentimiento del Consejo Federal.

3. Se aplicará por analogía el párrafo 3, inc. 2, del Art. 115 a, a la promulgación de las leyes así elaboradas.

Artículo 115 e

1. Si la Comisión Conjunta declara, en el caso de defensa por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, que suponga, por lo menos, la mayoría de sus componentes, que se oponen obstáculos insuperables a la reunión del Parlamento Federal a su debido tiempo o que el Parlamento es incapaz en ese momento de adoptar decisiones, la Comisión Conjunta asumirá la posición de Dieta Federal y Consejo Federal a la vez y ejercerá las facultades de una y otro.

2. La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada, derogada o suspendida en su aplicación total o parcialmente por ley alguna de la Comisión Conjunta. No estará facultada esta Comisión para dictar leyes del tipo especificado en el Art. 24, párrafo 1, y en el Art. 29.

Artículo 115 f

1. El gobierno federal podrá en el caso de defensa, cuando lo exijan las circunstancias: 1) Emplear a la Policía de Protección de Fronteras en el conjunto del territorio federal; 2) Además de a la Administración federal, dictar instrucciones, asimismo, a los gobiernos regionales y, cuando lo considere urgente, a las autoridades regionales y transferir esta facultad a miembros de los gobiernos regionales que el propio gobierno federal determinará;

2. Se dará cuenta sin demora al Parlamento Federal, al Consejo Federal y a la Comisión Conjunta de las medidas adoptadas al amparo del párrafo 1.

Artículo 115 g

No se podrá menoscabar la posición constitucional ni el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del Tribunal Constitucional Federal y de sus magistrados. La ley sobre dicho tribunal sólo podrá ser modificada por una ley de la Comisión Conjunta cuando esto resulte indispensable, en opinión también del tribunal mismo, para mantener la capacidad operativa del tribunal. Mientras no se dicte dicha ley, podrá el Tribunal Constitucional Federal adoptar las medidas indispensables para preservar su capacidad de funcionamiento. Las decisiones del tribunal que

se adopten al amparo de los incs. 2 y 3 se tomarán por la mayoría de los magistrados presentes.

Artículo 115 h

1. Las legislaturas del Parlamento Federal y de las Asambleas representativas regionales que expiren durante la vigencia del caso de defensa finalizarán seis meses después de la terminación de éste. El periodo de mandato del presidente federal que deba expirar durante el caso de defensa, así como, en el supuesto de terminación prematura del mandato, el ejercicio de las facultades presidenciales por el presidente del Parlamento Federal, finalizarán a los nueve meses de la terminación del estado de defensa. El mandato de un vocal del Tribunal Constitucional Federal que haya de expirar estando implantado el caso de defensa finalizará a los seis meses de la terminación de éste.

2. Si resultase necesaria una nueva elección de canciller federal por la Comisión Conjunta, ésta elegirá un nuevo canciller por mayoría de sus componentes, para lo cual el Presidente Federal formulará la correspondiente propuesta a la Comisión. Ésta no podrá manifestar su desconfianza al canciller federal sino eligiendo un sucesor por mayoría de dos tercios de sus miembros.

3. No podrá ser disuelta el Parlamento Federal mientras dure el estado de defensa.

Artículo 115 i

1. Si los órganos federales competentes no estuvieren en condiciones de adoptar las medidas necesarias para prevenir el peligro y la situación exigiese inexcusablemente una acción inmediata en partes determinadas del territorio federal, los gobiernos regionales o las autoridades o mandatarios que ellos mismos designen estarán facultados para adoptar en el ámbito de su respectiva competencia las medidas del tipo previsto en el Art. 115 f, párrafo 1.

2. En cualquier momento podrán ser levantadas las medidas adoptadas al amparo del párrafo 1 por el gobierno federal, y en relación con autoridades regionales y autoridades federales subalternas, también por los presidentes de gobierno de los estados.

Artículo 115 j

1. Las leyes que se promulguen en virtud de los Arts. 115c, 115e y 115g, como las ordenanzas que se elaboren al amparo de aquéllas, declararán inaplicable por toda la duración prevista para su vigencia el derecho que se les oponga. No será, sin embargo, aplicable el inciso anterior frente a preceptos dictados con anterioridad en virtud de los Arts. 115c, 115e y 115g.

2. Las leyes aprobadas por la Comisión Conjunta y las ordenanzas que se hayan dictado en virtud de esas leyes perderán su vigencia a los seis meses, como máximo, de la terminación del estado de defensa.

3. Las leyes que contengan preceptos que se aparten de lo dispuesto en los Arts. 91a, 91b, 104a, 106 y 107 regirán, como máximo, hasta el final del segundo ejercicio económico siguiente a la terminación del estado de defensa. Finalizado éste, podrán ser modificadas mediante ley federal con el asentimiento del Consejo Federal, como transición al régimen de las secciones VIII a y X.

Artículo 115 k

1. El Parlamento Federal podrá en cualquier momento derogar, con la conformidad del Consejo Federal, leyes aprobadas por la Comisión Conjunta. El Consejo Federal podrá, por su parte, pedir que el Parlamento Federal adopte resolución sobre el particular. Se deberán anular las demás medidas adoptadas para la eliminación del peligro por la Comisión Conjunta o por el gobierno federal, cuando así lo decidan el Consejo Federal y el Parlamento Federal.

2. El Parlamento Federal podrá, con la conformidad del Consejo Federal, declarar finalizado en cualquier momento el estado de defensa, mediante una resolución que deberá ser promulgada por el presidente de la República. El Consejo Federal podrá solicitar que el Parlamento resuelva sobre la materia. Se dará sin demora por finalizado el estado de defensa cuando ya no existan los supuestos de su proclamación.

3. El concierto de la paz se decidirá mediante ley federal.

CAPÍTULO XI

Disposiciones transitorias y finales

Artículo 116

1. Son alemanes en el sentido de la presente Ley Fundamental, salvo los preceptos legales que dispongan otra cosa, quienes posean la nacionalidad alemana o hayan obtenido acogida como refugiados o expulsados de pertenencia étnica alemana o como cónyuges o descendientes de aquéllos en el territorio del Imperio alemán tal como existía el 31 de diciembre de 1937.

2. Los antiguos súbditos alemanes a quienes se haya privado de su ciudadanía entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 por motivos políticos, raciales o religiosos, y sus descendientes recuperarán la nacionalidad alemana si así lo solicitan. No se considerará que hayan perdido dicha nacionalidad si con posterioridad al 8 de mayo de 1945 hubiesen establecido su residencia en Alemania y no hubiesen manifestado su voluntad en contrario.

Artículo 117

1. Las disposiciones que se opongan al párrafo 2 del Art. 3 permanecerán en vigor hasta su adaptación a dicho precepto de esta Ley Fundamental, pero en ningún caso más allá del 31 de marzo de 1953.

2. Las leyes que limiten el derecho de circulación en consideración a la actual escasez de viviendas, permanecerán en vigor mientras no sean derogadas por ley federal.

Artículo 118

Podrá efectuarse la reestructuración de los territorios comprendidos en los estados de Baden, Wurttemberg-Baden y Wurttemberg-Hohenzollern, prescindiendo de lo dispuesto en el Art. 29, mediante convenio de los estados interesados. En el supuesto de que no llegue a concertarse dicho convenio, la reestructuración se regulará mediante una ley federal que deberá prever una consulta popular.

Artículo 118 a

La reorganización territorial en los territorios que abarcan los estados de Berlín y Brandeburgo puede realizarse, a diferencia de lo prescrito en el Art. 29, con participación de sus habitantes con derecho a voto, a través de un convenio entre ambos estados.

Artículo 119

En materia de refugiados y expulsados, en especial por lo que se refiere a su distribución entre los estados, podrá el gobierno federal, con la conformidad del Consejo Federal, dictar ordenanzas con fuerza de ley. Para casos especiales podrá el gobierno federal ser autorizado en este punto a impartir instrucciones singulares. Estas instrucciones irán dirigidas a las autoridades regionales supremas, salvo cuando la demora implique un peligro.

Artículo 120

1. La Federación se hará cargo de los desembolsos por gastos de ocupación y demás cargas interiores y exteriores resultantes de la guerra con arreglo a las normas de aplicación que se establezcan mediante leyes federales. En la medida en que dichas cargas sean reguladas por leyes federales dictadas antes del 1 de octubre de 1969 (mil novecientos sesenta y nueve), tanto la Federación como los estados asumirán proporcionalmente los desembolsos de acuerdo con lo dispuesto en las leyes de referencia. En caso de que los estados, los municipios (o agrupaciones de municipios) u otras entidades que asuman tareas de determinados estados o municipios hayan sufragado con anterioridad al 1 de octubre de 1965 (mil novecientos sesenta y cinco) cantidades en concepto de cargas derivadas de la guerra no reguladas ni regulables por medio de leyes federales, no estará la Federación obligada, ni siquiera con posterioridad a la fecha indicada, a tomar a su cargo los pagos de esta naturaleza. La Federación sufragará las subvenciones a las cargas de la Seguridad Social, incluyendo el seguro de paro y el subsidio de desempleo. La distribución de las cargas de guerra entre Federación y estados regulada por el presente párrafo no afectará a la regulación legal de las acciones de indemnización por hechos resultantes de la guerra.

2. Los ingresos pasarán a la Federación en el mismo momento en que la misma asuma los gastos.

Artículo 120 a

1. Las leyes destinadas a realizar la compensación de cargas podrán disponer, con la conformidad del Consejo Federal, su ejecución en parte por la Federación y en parte por los estados por encargo de la Federación, en el campo de las prestaciones compensatorias y que las facultades correspondientes en esta materia al gobierno federal y a los órganos federales supremos en virtud del Art. 85 se transfieran total o parcialmente a la Oficina Federal de Compensación. Al hacer uso de estas facultades no necesitará dicha Oficina la conformidad del Consejo Federal y sus instrucciones se dirigirán, fuera de los casos de urgencia, a las supremas autoridades regionales (Oficinas Regionales de Compensación).

2. No queda afectado por el anterior el párrafo 3, inc. 2, del Art. 87.

Artículo 121

Constituirán mayoría de los miembros del Parlamento Federal y de la Asamblea Federal en el sentido de la presente Ley Fundamental la mayoría del número legal de sus respectivos miembros.

Artículo 122

1. A partir de la reunión del Parlamento Federal, las leyes serán aprobadas exclusivamente por las autoridades legislativas reconocidas en esta Ley Fundamental.

2. En el mismo momento quedarán disueltas cualesquiera entidades legisladoras y las que a título consultivo cooperen a la legislación y cuya competencia expire en virtud de lo previsto en el párrafo 1.

Artículo 123

1. Seguirá en vigor el ordenamiento anterior a la reunión del Parlamento Federal en lo que no se oponga a la presente Ley Fundamental.

2. Los tratados internacionales concertados por el Imperio alemán, y referentes a materias para las cuales son competentes según la presente Ley Fundamental los órganos legislativos de los estados regionales, permanecerán en vigor, cuando sean válidos y continúen rigiendo en virtud de los principios generales del derecho, a reserva de cualesquiera derechos y objeciones de los interesados, mientras no se concierten nuevos tratados internacionales por los órganos competentes según la presente Ley Fundamental o no se produzca la expiración de los mismos por otro motivo en virtud de los preceptos contenidos en el presente texto.

Artículo 124

El derecho que se refiera a materias de facultad legislativa exclusiva de la Federación, se convertirá en derecho federal dentro de su ámbito de vigencia.

Artículo 125

El derecho que se refiera a materias de facultad legislativa concurrente de la Federación, se convertirá en derecho federal dentro de su ámbito de vigencia:

- 1) Cuando tenga vigencia uniforme dentro de una o varias zonas de ocupación;
- 2) Cuando se trate de un ordenamiento que haya modificado derecho del Imperio anterior al 8 de mayo de 1945 (mil novecientos cuarenta y cinco).

Artículo 125 a

1. El derecho que haya sido sancionado como derecho federal, pero que debido a la reforma del Art. 74, apartado 1 o del Art. 75, apartado 1, no pudiera ser sancionado como derecho federal, sigue vigente como derecho federal. Puede ser reemplazado por el derecho de un estado.

2. El derecho que hubiere sido sancionado sobre la base del Art. 72, apartado 2, en la versión vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, sigue vigente como derecho federal. Por ley federal podrá establecerse que puede ser reemplazado por el derecho de un estado. Esto se aplicará por analogía al derecho federal que haya sido sancionado antes de esa fecha y que de acuerdo con el Art. 75, apartado 2, ya no podrá ser sancionado.

Artículo 126

Serán resueltas por el Tribunal Constitucional Federal todas las controversias de criterios sobre la subsistencia de cualesquiera preceptos como derecho federal.

Artículo 127

El gobierno federal podrá, con la conformidad de los gobiernos de los estados afectados, poner en vigor en los estados de Baden, Gran Berlín, Renania-Palatinado y Wurttemberg-Hohenzollern el régimen jurídico de la administración de la Zona Económica Unida dentro del lapso de un año tras la promulgación de esta Ley Fundamental, en la medida en que dicho régimen siga vigente en virtud del Art. 124 o del Art. 125 en calidad de derecho federal.

Artículo 128

En la medida en que el ordenamiento subsistente prevea la facultad de dictar instrucciones en el sentido del párrafo 5 del Art. 84, dicha facultad continuará mientras no se adopte regulación legal en sentido contrario.

Artículo 129

1. Cuando en normas legales que subsistan como derecho federal esté contenida una autorización para dictar ordenanzas o preceptos administrativos generales, así como la adopción de actos administrativos, dicha autorización se transmitirá al órgano que

en lo sucesivo sea competente. En casos de duda decidirá el gobierno federal de acuerdo con el Consejo Federal, y la resolución deberá hacerse pública.

2. Cuando aparezca una autorización de la naturaleza indicada en normas jurídicas que permanezcan en vigor como derecho regional, dicha autorización será ejercida por el órgano competente según el ordenamiento regional.

3. Quedan sin efecto cualesquiera autorizaciones contenidas en normas jurídicas en el sentido de los párrafos 1 y 2 a efectos de completar o modificar dichas normas o de dictar disposiciones reglamentarias en lugar de leyes.

4. Se aplicarán por analogía las normas de los párrafos 1 y 2 cuando se haga remisión en normas reglamentarias a preceptos que ya no estén vigentes o a órganos que ya no existan.

Artículo 130

1. Los órganos administrativos y demás instituciones destinadas a la Administración pública o a la aplicación del derecho y que no se basen en el derecho regional o en convenios entre estados regionales, así como la agrupación empresarial de los Ferrocarriles del Suroeste de Alemania y el Consejo de Administración de los Correos y Telecomunicaciones para la zona francesa de ocupación, dependerán del gobierno federal, el cual acordará, con la conformidad del Consejo Federal, su respectiva transferencia, disolución o liquidación.

2. El ministro federal competente será la suprema autoridad disciplinaria del personal de estas administraciones y entidades.

3. Estarán sometidas a la supervisión de la suprema autoridad federal competente las entidades e instituciones de derecho público no directamente regionales y no basadas en convenios entre los Estados miembros.

Artículo 131

Se regulará por ley federal la situación jurídica de cualesquiera personas, incluyendo refugiados y deportados que, al 8 de mayo de 1945 formaban parte de la función pública, hayan abandonado el servicio por razones distintas de las del estatuto burocrático o del régimen de remuneraciones y que hasta el momento presente no hayan sido empleadas o no lo hayan sido con arreglo a su categoría anterior. Se aplicará un régimen análogo para las personas, incluyendo los refugiados y deportados que, teniendo al 8 de mayo de 1945 derecho a pensión, no reciban ya ninguna pensión por razones diferentes de las de tipo estatutario o basadas en régimen retributivo o no la reciban en la cuantía que les corresponda. Mientras no entre en vigor la ley federal de referencia no se podrá hacer valer derecho alguno, salvo disposiciones adoptadas en otro sentido por los estados regionales.

Artículo 132

1. Los funcionarios y los magistrados que en el momento de entrada en vigor de la presente Ley Fundamental estén en una relación de servicios de carácter vitalicio podrán,

dentro de los seis meses siguientes a la primera reunión del Parlamento Federal, ser jubilados o pasados a situación de disponibilidad o ser trasladados a un cargo con menor retribución, cuando carezcan de la idoneidad personal o técnica para su puesto respectivo. Este precepto se aplicará de modo analógico a los empleados cuya relación de servicio no sea rescindible. En cuanto a los empleados cuya relación sea rescindible, podrán derogarse dentro del lapso indicado los plazos de rescisión que excedan de los fijados en el régimen de retribuciones 2. No se aplicará la presente disposición a los individuos de la función pública que no hayan sido afectados por las normas sobre “liberación del nacionalsocialismo y del militarismo” o que figuren entre los reconocidamente perseguidos por el nacionalismo, siempre que no exista una causa importante en su respectiva persona.

2. Los afectados tendrán derecho a recurrir al amparo del Art. 19, párrafo 4.

3. Los pormenores de aplicación serán regulados por una ordenanza del gobierno federal que requerirá el asentimiento del Consejo Federal.

Artículo 133

La Federación se subrogará en los derechos y obligaciones de la administración de la Zona Económica Unida.

Artículo 134

1. El patrimonio del Imperio pasará a ser, por regla general, patrimonio federal.

2. En la medida en que dicho patrimonio estaba destinado principalmente, según su finalidad originaria, a tareas administrativas que con arreglo a esta Ley Fundamental no constituyen misión administrativa de la Federación, deberá ser transmitido a título gratuito a los titulares de dichas tareas para lo sucesivo, y en tanto en cuanto se destine, según su utilización actual y no sólo de modo transitorio, a finalidades administrativas que según la presente Ley Fundamental deben ser asumidas por los estados, será transferido a estos últimos. La Federación podrá asimismo transmitir bienes de otra naturaleza a los estados.

3. El patrimonio que haya sido puesto gratuitamente a disposición del Imperio por los estados regionales y los municipios (o agrupaciones de municipios) pasará a ser nuevamente patrimonio de los estados y de los municipios (o de las agrupaciones de municipios) en la medida en que no le sea necesario a la Federación para sus propias tareas de administración.

4. Los pormenores aplicativos serán regulados por una ley federal que requerirá conformidad del Consejo Federal.

Artículo 135

1. Cuando la pertenencia regional de un determinado territorio se haya alterado entre el 8 de mayo de 1945 y la entrada en vigor de la presente Ley Fundamental, corresponderá al estado al cual pertenezca actualmente dicho territorio el patrimonio del estado del cual formaba parte con anterioridad.

2. Los bienes de estados que ya no existan y de otras entidades e instituciones de derecho público desaparecidas se transmitirán, en tanto en cuanto según su finalidad originaria estuviesen destinados principalmente a tareas administrativas o en la medida en que sirvan de modo predominante finalidades de esta naturaleza con arreglo a su empleo actual y no simplemente provisional, a la entidad o institución de derecho público que asuma para lo sucesivo las tareas de referencia.

3. El patrimonio inmobiliario de estados que ya no existan se transmitirá, incluyendo sus dependencias, en la medida en que no pertenezca a los bienes de que habla el párrafo 1, al estado en cuya demarcación está situado.

4. En la medida en que lo exija un interés preponderante de la Federación o el interés particular de un territorio, cabrá adoptar mediante ley federal disposiciones que se aparten de lo dispuesto en los párrafos 1 al 3.

5. En lo demás se regularán mediante ley federal, que requerirá el asentimiento del Consejo Federal, la subrogación legal y la liquidación en la medida en que no se hayan producido con anterioridad al 1 de enero de 1952 mediante pacto entre los estados o entidades o instituciones interesadas de derecho público.

6. Se transmitirán a la Federación las participaciones del antiguo Estado de Prusia en empresas de derecho privado. Se regularán los pormenores de aplicación por una ley federal que, por lo demás, podrá adoptar disposiciones en sentido distinto.

7. En caso de que, al entrar en vigor la presente Ley Fundamental, un estado o una corporación o institución de derecho público haya dispuesto mediante ley regional o en virtud de lo establecido en una ley de esta clase o en cualquier otra forma, de bienes que le corresponderían con arreglo a los párrafos 1 al 3, se entenderá que la transmisión patrimonial se ha consumado antes de dicho acto de disposición.

Artículo 135 a

Se podrá decidir también, en virtud de la potestad legislativa de la Federación reservada por los Arts. 134 párrafo 4, y 135, párrafo 5, que no se cumplan o que no se cumplan en su totalidad:

- 1) Las obligaciones del Imperio, así como las obligaciones del antiguo Estado de Prusia y demás corporaciones e instituciones de derecho público ya no existentes;
- 2) Las obligaciones de la Federación o de otras corporaciones y entidades de derecho público que estén en conexión con la transferencia de valores patrimoniales prevista en los Arts. 89, 90, 134 y 135, y las obligaciones de esos titulares de derechos que descansen en medidas adoptadas por los titulares jurídicos a que se refiere el apartado 1);
- 3) Obligaciones de los estados y de los municipios (o agrupaciones de municipios) surgidas de medidas que estos titulares de derechos hayan adoptado antes del 1 de agosto de 1945 (mil novecientos cuarenta y cinco) para la ejecución de

órdenes de las autoridades de ocupación o para poner remedio a una situación de necesidad originada por la guerra, en el marco de las tareas administrativas que incumbían al Imperio o transmitidas por el Imperio.

Artículo 136

1. El Consejo Federal se reunirá por primera vez el día de la primera reunión del Parlamento Federal.

2. Hasta la elección del primer presidente federal las facultades de éste serán ejercidas por el presidente del Consejo Federal, quien no tendrá, sin embargo, derecho de disolución del Parlamento Federal.

Artículo 137

1. Se podrá limitar por vía de ley la elegibilidad de funcionarios, empleados de la Administración pública, militares de carrera, militares voluntarios por tiempo limitado y magistrados en la Federación, en los estados y en los municipios.

2. Para la elección de la primera Dieta Federal, de la primera Asamblea Federal y del primer presidente federal de la República Federal Alemana regirá la ley electoral que el Consejo Parlamentario apruebe.

3. La facultad que corresponde, conforme al párrafo 2 del Art. 41, al Tribunal Constitucional Federal será ejercitada, mientras dicho tribunal no quede instituido, por el Tribunal Supremo de Alemania para la Zona Económica Unificada. Este tribunal resolverá conforme a su reglamento procesal.

Artículo 138

Para cualesquiera modificaciones de la organización actual del notariado en los estados de Baden, Baviera, Wurttemberg-Baden y Wurttemberg-Hohenzollen 114 se requerirá el asentimiento de los gobiernos de dichos estados.

Artículo 139

No afectarán las disposiciones de esta Ley Fundamental a las normas dictadas para la “liberación del pueblo alemán del nacionalsocialismo y del militarismo”.

Artículo 140

Forman parte de esta Ley Fundamental las disposiciones de los Arts. 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución alemana del 11 de agosto de 1919 (mil novecientos diecinueve).

Artículo 141

No será aplicable el inciso 1 del párrafo 3 del Art. 70 en los estados donde al 1 de enero de 1949 (mil novecientos cuarenta y nueve) existiese otra regulación de derecho regional.

Artículo 142

Con independencia de lo dispuesto en el Art. 31 permanecerán también en vigor los preceptos de las constituciones regionales en la medida en que garanticen derechos fundamentales en concordancia con los Arts. 1 al 18 de la presente Ley Fundamental.

Artículo 142 a

(Añadido por ley del 26 de marzo de 1954 (Bol. Leg. Fed. 1, p. 45) y derogado por ley del 24 de junio de 1968 (Bol. Leg. Fed. 1, p. 709).

Artículo 143

1. El derecho en el territorio mencionado en el art. 3 del Tratado de Unificación podrá apartarse de las disposiciones de la presente Ley Fundamental a más tardar hasta el 31 de diciembre de 1992 en la medida y mientras, como consecuencia de las diferentes situaciones, no pueda alcanzarse la entera adecuación al orden establecido por la Ley Fundamental. Los desvíos no podrán violar el Art. 19, apartado 2, y tienen que ser compatibles con los principios mencionados en el Art. 79, apartado 3.

2. Los desvíos de las secciones II, VIII a, IX, X y XI estarán permitidos a más tardar hasta el 31 de diciembre de 1995.

3. Con independencia de los apartados 1 y 2, el Art. 41 del Tratado de Unificación, y las regulaciones para su realización subsistirán también en tanto prevén que no podrán dejarse sin efecto las intervenciones en la propiedad en el territorio mencionado en el Art. 3 del este Tratado.

Artículo 143 a

1. La Federación tiene la competencia legislativa exclusiva para todos los asuntos que resulten de la transformación en empresas privadas de los Ferrocarriles Federales que se gestionan bajo administración federal. El Art. 87 e, apartado 5, se aplican por analogía. Por ley, los funcionarios de los Ferrocarriles Federales pueden ser puestos a disposición de un ferrocarril de la Federación organizado bajo la forma de derecho privado, salvaguardando su posición jurídica y la responsabilidad de la autoridad pública competente.

2. La Federación ejecuta las leyes previstas en el apartado 1.

3. La realización de las tareas en el ámbito del transporte ferroviario de cercanías de los hasta ahora Ferrocarriles Federales incumbe a la Federación hasta el 31 de diciembre de 1995. Esto es válido también para las correspondientes tareas de la administración de transportes ferroviarios. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Consejo Federal.

Artículo 143 b

1. El patrimonio especial del Consejo Federal Alemán será transformado en empresas de derecho privado, según los criterios establecidos en una ley federal. La Federación tendrá competencia exclusiva para todos los asuntos que de ello se deriven.

2. Los derechos exclusivos de la Federación existentes con anterioridad a la transformación pueden ser otorgados por ley federal para un periodo transitorio, a las empresas surgidas del Correo Federal POSTDIENST y del Correo Federal TELEKOM, la Federación no podrá ceder la mayoría del capital de las empresas surgidas del Correo Federal POSTDIENST antes de que hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la ley. Para ello se requiere una ley federal con aprobación del Consejo Federal.

3. Los funcionarios federales que presten servicio en el Correo Federal Alemán serán empleados por las empresas privadas manteniéndose su posición jurídica y la responsabilidad del empleador pública. La regulación se hará por una ley federal.

Artículo 144

1. La presente ley federal deberá ser aprobada por las Asambleas representativas de dos tercios de los estados alemanes en que haya de regir por el momento.

2. Cuando la aplicación de esta Ley Fundamental en uno de los estados especificados en el Art. 23 o en parte de uno de dichos estados esté sometida a limitaciones, el estado o la parte del estado en cuestión tendrá derecho, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 38, a enviar representantes al Parlamento Federal y, conforme al Art. 50, a enviar representantes al Consejo Federal.

Artículo 145

1. El Consejo Parlamentario comprobará en sesión pública la aprobación de la presente Ley Fundamental, con intervención de los diputados del Gran Berlín, la sancionará y la promulgará.

2. Esta Ley Fundamental entrará en vigor al finalizar el día de su promulgación.

3. Esta Ley Fundamental se hará pública en el Boletín de Legislación Federal.

Artículo 146

Esta Ley Fundamental perderá su vigencia el día en que entre en vigor una constitución que haya sido aprobada por libre decisión del pueblo alemán.

Anexo II

Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG*)

Fecha: 12 de marzo de 1951
BGBl, I, 1951, 243

PARTE I. CONSTITUCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

§ 1

- (1) El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal federal autónomo e independiente respecto de los restantes órganos constitucionales.
- (2) La sede del Tribunal Constitucional Federal es Karlsruhe.
- (3) El Tribunal Constitucional Federal dictará su reglamento interno de negocios, que aprobará la Sala Plena.

§ 2

- (1) El Tribunal Constitucional Federal está compuesto por dos salas.
- (2) En cada sala se eligen ocho jueces.
- (3) Tres de los jueces de cada sala serán elegidos de entre los jueces de los altos tribunales de la Federación. Serán elegibles aquellos jueces que hayan ocupado el cargo por lo menos durante tres años en uno de los altos tribunales de la Federación.

§ 3

- (1) Para ser juez se requiere ser mayor de 40 años de edad, cumplir con los requisitos para ser elegido por el Parlamento Federal, y declarar por escrito el deseo de ser miembro del Tribunal Constitucional Federal.
- (2) Se deben poseer las condiciones para ocupar el cargo de juez de conformidad con la ley alemana sobre los requisitos para ser juez.

(3) No podrán ser miembros del Parlamento Federal (*Bundestag*), del Consejo Federal, del gobierno federal, ni de los correspondientes órganos en uno de los estados. Con el respectivo nombramiento se considerarán separados de su respectivo cargo.

(4) Es incompatible con la actividad jurisdiccional el desempeño de cualquier otra actividad profesional como la enseñanza del derecho en una escuela superior. La actividad como juez del Tribunal Constitucional Federal prevalece sobre la actividad como profesor universitario.

§ 4

(1) El periodo de los jueces es de doce años, a menos que se cumpla la edad de retiro forzoso.

(2) Se encuentra excluida la reelección inmediata o posterior del juez.

(3) La edad de retiro forzoso se cumplirá al final del mes en el que el juez hubiere cumplido los 68 años de edad.

(4) Una vez cumplido el periodo para el cual fue nombrado, el juez continuará con su cargo hasta el nombramiento de su sucesor.

§ 5

(1) Los jueces de cada sala serán elegidos con una mayoría del cincuenta por ciento del Parlamento Federal y el Consejo Federal. De los jueces elegidos entre los jueces de los más altos tribunales de la Federación, un juez será elegido por uno de los órganos electorales, los otros dos por el otro órgano electoral, de los restantes jueces tres serán elegidos por uno de los órganos electorales, y dos por el otro órgano electoral.

(2) Los jueces serán elegidos por lo menos con tres meses de anticipación al cumplimiento del periodo de su antecesor o, si el Parlamento Federal no se encuentra en funcionamiento, dentro del mes siguiente a la primera sesión del Parlamento Federal.

(3) Si un juez se retira anticipadamente, entonces su sucesor se elegirá dentro del mes siguiente, dentro del mismo órgano del que fue elegido su antecesor.

§ 6

(1) Los jueces serán elegidos en forma indirecta por el Parlamento Federal.

(2) El Parlamento Federal elegirá, de acuerdo con las reglas para la elección, una comisión para la elección de los jueces del Tribunal Constitucional Federal, que estará compuesta por doce miembros del Parlamento Federal. Cada fracción podrá hacer una propuesta. De la suma de los votos obtenidos por cada propuesta se contabilizarán, de acuerdo con el procedimiento de la mayoría absoluta (*d'Hondt*), el número de los miembros elegidos por cada propuesta. Los miembros serán elegidos en el orden en el que aparezca su nombre en la propuesta. Si un miembro se separa de la comisión, o se encuentra impedido, será reemplazado por el siguiente en la lista de la cual fue elegido.

(3) El miembro de la comisión que tenga mayor edad, le solicitará a los miembros de la comisión de inmediato para que, dentro de un plazo de una semana, lleven a cabo la elección y dirigirá la reunión, que durará hasta que todos los jueces hayan sido elegidos.

(4) Los miembros de la Comisión se encuentran obligados a mantener en secreto los aspectos personales relacionados con los aspirantes, de los cuales se tuvo conocimiento por razón de la elección, así como sobre las consideraciones y la votación en la comisión.

(5) Será elegido como juez quien haya obtenido por lo menos ocho votos a favor.

§ 7

Los jueces elegidos por el Consejo Federal serán elegidos con una mayoría de las dos terceras partes del Consejo Federal.

§ 7 a

(1) Si dentro de los dos meses siguientes a la culminación del periodo o del retiro anticipado de un juez, no se lleva a cabo siguiendo las disposiciones del §6, la elección del sucesor, entonces el miembro de mayor edad en la comisión le exigirá de inmediato al Tribunal Constitucional Federal, presentar una propuesta para la elección.

(2) La Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal decidirá por mayoría simple, quién será propuesto para ser elegido como juez. Si sólo se tiene que elegir un juez, entonces el Tribunal Constitucional propondrá tres personas; si se tienen que elegir al mismo tiempo varios jueces, entonces el Tribunal Constitucional propondrá el doble del número de personas, de las que tienen que ser elegidas como jueces. Para tal efecto se aplicará el §16, num. 2.

(3) Si el juez debe ser elegido por el Consejo Federal, entonces se aplicarán los num. 1 y 2 con la condición que el lugar del miembro de mayor edad de la comisión lo ocupará el presidente del Consejo Federal o su suplente.

(4) El derecho del órgano de elección, de no elegir a uno de los propuestos por el Tribunal Constitucional Federal, permanece incólume.

§ 8

(1) El Ministerio Federal de Justicia presentará una lista de los jueces federales que llenan los requisitos del §3, num. 1 y 2.

(2) El Ministerio Federal de Justicia elaborará una lista adicional, en la que se incluirán todas las personas que hubieren sido propuestas por una fracción del Parlamento Federal, del gobierno federal o por un gobierno federal, y que llenen los requisitos del §3, num. 1 y 2.

(3) Las listas se complementarán continuamente y a más tardar una semana antes de una elección se enviarán al presidente del Parlamento Federal y del Consejo Federal.

§ 9

(1) El Parlamento Federal y el Consejo Federal eligen respectivamente al presidente del Tribunal Constitucional Federal y al vicepresidente. El vicepresidente será elegido de una sala diferente a la que pertenece el presidente.

(2) Para la primera elección el Parlamento Federal elegirá al presidente, y el Consejo Federal al vicepresidente.

(3) Se aplicarán para tal efecto las disposiciones de los §§ 6 y 7.

§ 10

El presidente federal nombrará a los elegidos.

§ 11

(1) Los jueces del Tribunal Constitucional Federal prestarán ante el presidente federal, al momento de entrar a ejercer su cargo, el siguiente juramento: “Juro que como juez, respetaré en todo tiempo la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y que cumpliré con mis deberes como juez frente a cualquier persona. Para lo que Dios me ayudará”.

Si el juramento es prestado por una jueza, entonces las palabras “como juez” serán sustituidas por las palabras “como jueza”.

(2) Si el juez pertenece a una comunidad religiosa, en la cual sus miembros deban utilizar otra forma de comprometerse, podrá hacer uso de ella.

(3) El juramento podrá llevarse a cabo también sin hacer uso del compromiso religioso.

§ 12

Los jueces del Tribunal Constitucional Federal pueden presentar su renuncia en todo momento. El presidente federal aceptará la renuncia.

§ 13

El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea:

1. Sobre el cumplimiento de los derechos fundamentales (Art. 18 de la Ley Fundamental);
2. Sobre la inconstitucionalidad de los partidos (Art. 21, párrafo 2 de la Ley Fundamental);
3. Sobre quejas en contra de las decisiones del Parlamento Federal, que se relacionen con la validez de una elección o la adquisición o pérdida de la investidura de un parlamentario (Art. 41, párrafo 2 de la Ley Fundamental);
4. Sobre las demandas del Parlamento Federal o del Consejo Federal en contra del presidente federal (Art. 61 de la Ley Fundamental);
5. Sobre la interpretación de la Ley Fundamental con ocasión de las controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de uno de los órganos federales superiores u otras partes, que por virtud de la Ley Fundamental o del ordena-

- miento de funciones de uno de los órganos federales superiores haya sido dotado de derechos propios (Art. 93, párrafo 1 de la Ley Fundamental);
6. En caso de diferencias de opinión o dudas sobre la compatibilidad formal o material del derecho federal o de los estados con la Ley Fundamental, o de la compatibilidad del derecho de un estado con el derecho federal a solicitud del gobierno federal, el gobierno de un estado o una tercera parte de los miembros del Parlamento Federal (Art. 93, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental);
 - 6a. En caso de diferencias de opinión, sobre si una ley cumple con los presupuestos del Art. 72, párrafo 2 de la Ley Fundamental, a solicitud del Consejo Federal, un gobierno federal o el representante popular de un estado (Art. 93, párrafo 1 de la Ley Fundamental);
 7. En caso de diferencias de opinión sobre derecho y deberes de la Federación y de los estados, especialmente en la aplicación del derecho federal por parte de los estados y para el ejercicio de la supervisión federal (Art. 93, párrafo 1 y Art. 84, párrafo 4, frase 2 de la Ley Fundamental);
 8. En otras controversias legales entre la Federación y los estados, entre los diferentes estados o dentro de un estado en la medida que no exista otra vía legal (Art. 93, párrafo 1 de la Ley Fundamental);
 - 8a. Sobre los recursos de amparo (Art. 93, párrafo 1 de la Ley Fundamental);
 9. Sobre las acusaciones en contra de los jueces federales o los jueces estatales (Art. 98 párrafos 2 y 5 de la Ley Fundamental);
 10. Sobre las controversias constitucionales en el interior de un estado, cuando la decisión le ha sido atribuida al Tribunal Constitucional Federal (Art. 99 de la Ley Fundamental);
 11. Sobre la compatibilidad de una ley federal o de una ley de un estado con la Ley Fundamental, o la compatibilidad de una ley de un estado u otro tipo de norma de un estado con una ley federal a solicitud de un tribunal (Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental);
 12. En el caso de dudas sobre si una regla del derecho internacional hace parte del derecho interno y si ella genera directamente derechos y deberes para los particulares, a solicitud de un tribunal (Art. 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental);
 13. Cuando un tribunal constitucional de un estado se quiere separar en la interpretación de la Ley Fundamental de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o de un tribunal constitucional de otro estado, a solicitud de ese tribunal constitucional (Art. 100, párrafo 3 de la Ley Fundamental);
 14. En caso de diferencias de opinión sobre la vigencia de un derecho como derecho federal (Art. 126 de la Ley Fundamental);
 15. En los casos que le hubieren sido atribuidos mediante ley federal (Art. 93, párrafo 2 de la Ley Fundamental).

§ 14

(1) La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal es competente para conocer de los procesos sobre control de las normas (§13, num. 6 y 11), en los que se quiera hacer valer la incompatibilidad de una disposición con los derechos fundamentales o uno de los derechos consagrados en los Arts. 33, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, así como para conocer de los recursos de amparo con excepción de los recursos de amparo de conformidad con el §91 y de los recursos de amparo en el ámbito del derecho electoral.

(2) La Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal es competente en los casos del §13, num. 1 a 5, 6-a, 9, 12 y 14, además de los procesos para el control de las normas y los recursos de amparo, que no se encuentran atribuidos a la Sala Primera.

(3) En los casos del §13, num. 10 y 13 se determina la competencia de la sala de acuerdo con las reglas de los num. 1 y 2.

(4) La Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal puede reglamentar, al comienzo de su año de negocios, las competencias de las salas separándose de los numerales 1 a 3, cuando esto se lleve a cabo a consecuencia no sólo de una sobrecarga permanente de una sala. La reglamentación se aplica también a los procesos pendientes, en los cuales no se ha llevado a cabo una audiencia pública o se ha presentado proyecto de decisión. La decisión se dará a conocer en la Gaceta Legislativa Federal.

(5) Cuando existen dudas sobre qué sala es competente, entonces decidirá una comisión compuesta por el presidente, el vicepresidente y cuatro jueces, para lo cual se designará a dos de cada sala para cada año de negocios. En caso de empate la decisión la tomará quien presida la comisión.

§ 15

(1) El presidente del Tribunal Constitucional Federal y el vicepresidente presiden cada uno su sala. Ellos serán representados por el juez de la sala que tenga mayor tiempo de servicio, y en caso de igual tiempo de servicio, por el juez que tenga mayor edad.

(2) Cada sala podrá decidir cuando cuente con un mínimo de seis jueces presentes. Si en un proceso de especial urgencia, una sala no está en capacidad de decidir, el presidente ordenará un proceso de urgencia, mediante el cual se designarán tantos jueces de la otra sala, hasta alcanzar el número mínimo requerido. El presidente de la sala no podrá ser designado. Lo restante lo reglamentará el orden de negocios.

(3) Una vez que comience el análisis de un asunto no podrán entrar a actuar más jueces. Si la sala queda incapacitada para decidir, el análisis del caso deberá iniciarse de nuevo una vez se haya completado el número de jueces.

(4) En un proceso de conformidad con el §13, num. 1, 2, 4 y 9, la decisión negativa en contra del peticionario requiere en todo caso de una mayoría de dos tercios de los miembros de la sala. En lo restante decide la mayoría de los miembros de la sala que toman la decisión, siempre y cuando la ley no determine otra cosa. En caso de empate

no se podrá declarar una violación en contra de la Ley Fundamental o de otra norma del derecho federal.

§ 15 a

(1) Las salas podrán organizar varias secciones para el año de negocios. Cada sección estará compuesta de tres jueces. La composición de una sección no podrá permanecer por más de tres años sin modificación alguna.

(2) La sala informará al relator antes de comenzar el año de negocios la distribución de las funciones de conformidad con el §80 y de los recursos de amparo de conformidad con los §§ 90 y 91, el número y composición de las secciones, así como los suplentes de sus miembros.

§ 16

(1) Si una sala quiere apartarse en un asunto legal de la opinión de otra sala consignada en una decisión, entonces decidirá al respecto la Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal.

(2) La Sala Plena estará en capacidad de decidir si los dos tercios de los jueces de cada sala están presentes.

PARTE II. PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES
Sección Primera. Procedimientos generales

§ 17

Siempre y cuando no se determine otra cosa en esta ley, se aplicarán respecto de la publicidad, la policía, los idiomas del tribunal, la asesoría y la votación las disposiciones de los títulos 14 a 16 de la Ley de los Tribunales Constitucionales.

§ 17 a

(1) Partiendo del §169, frase 2 de la Ley de Tribunales Constitucionales, son admisibles las grabaciones y las reproducciones para la radio y televisión, así como las grabaciones y los filmes, que tienen la finalidad de presentar públicamente o de publicar su contenido:

1. En la audiencia pública, siempre y cuando el tribunal haya establecido la presencia de las partes,
2. En caso de la sanción pública de las decisiones.

(2) Para asegurar los intereses susceptibles de protección de las partes o de terceros, así como para un desarrollo acorde con la ley del proceso, el Tribunal Constitucional Federal podrá prohibir la toma de fotografías de conformidad con el numeral 1, o las grabaciones, en forma total o parcial, o la recopilación de anexos.

§ 18

(1) Un juez del Tribunal Constitucional Federal será retirado del ejercicio de su cargo cuando él:

1. Hubiere participado en el asunto o se encuentra casado, está emparentado por consanguinidad en línea directa, o por afinidad o colateralmente hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad con una persona que hubiere participado o,
2. Ha conocido del mismo asunto por razón del cargo o profesionalmente.

(2) No será participante quien por razones de carácter familiar, profesionales, origen, pertenencia a un partido político, o por motivos de carácter general se encuentra interesado en el resultado del proceso.

(3) Como actividad en el sentido del numeral 1 (2) no se aplica:

1. La participación en procesos legislativos,
2. La expresión de una opinión científica sobre un problema jurídico, que pueda ser significativo para el proceso.

§ 19

(1) Si un juez del Tribunal Constitucional Federal es recusado cuando existan dudas sobre su imparcialidad, el tribunal decidirá sobre la exclusión del recusado; en caso de empate decidirá el voto del presidente.

(2) La recusación debe estar fundamentada. El recusado podrá pronunciarse al respecto. No se atenderá, si no se hubiere declarado a más tardar, antes de que comience la audiencia pública.

(3) Si un juez, que no ha sido recusado, se declara impedido, se aplicará lo dispuesto en el numeral 1.

(4) Si el Tribunal Constitucional Federal declara fundada la recusación o el impedimento de un juez, será designado por sorteo, como reemplazo, un juez de la otra sala. Los presidentes de las salas no podrán ser designados como reemplazo. Lo restante lo establecerá el reglamento interior.

§ 20

Las partes tienen el derecho de consultar las actas.

§ 21

Si el proceso ha sido iniciado por un grupo de personas o contra un grupo de personas, el Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar que éste grupo pueda ejercer sus derechos, especialmente su derecho a estar presente en la audiencia, mediante uno o más representantes.

§ 22

(1) Las partes pueden hacerse representar en el proceso mediante un abogado, admitido en los tribunales alemanes, o por un profesor de derecho en una institución universitaria alemana; ellos deberán hacerse representar de esta manera en la audiencia pública ante el Tribunal Constitucional Federal. Las colectividades legislativas o partes de ellas dotadas por la Constitución o el reglamento interno de derechos propios, pueden igualmente hacerse representar por sus miembros. La Federación, los estados y sus órganos constitucionales pueden, además, hacerse representar por los funcionarios que satisfagan las condiciones para el ejercicio de las funciones de juez, o que se encuentren habilitados para desempeñar altas funciones administrativas mediante los exámenes del Estado, prescritos para tal efecto. El Tribunal Constitucional Federal puede, igualmente, admitir a otra persona a título de mandatario, como asistente judicial de una parte interesada.

(2) El poder debe presentarse por escrito. Éste debe referirse de manera expresa al proceso.

(3) Si se constituye un apoderado, entonces todas las comunicaciones del tribunal le serán dirigidas a él.

§ 23

(1) Las solicitudes que se dirijan al proceso se deben presentar por escrito ante el Tribunal Constitucional Federal. Éstas deben ser motivadas y estar acompañadas de los medios de prueba que se requieran.

(2) El presidente o, cuando venga a consideración una decisión de conformidad con el §93 c, el relator comunicarán sin demora la solicitud a la contraparte, las demás partes, así como a los terceros, a quienes se les dará oportunidad para sentar su posición de conformidad con el §27 a, dentro del plazo que se determine.

(3) El presidente o el relator podrán imponer a cada parte interesada, dentro de un plazo determinado, el envío del número de copias que se requieran de sus alegatos y de las sentencias atacadas, al tribunal y a las demás partes.

§ 24

Las solicitudes inadmisibles u ostensiblemente infundadas, pueden ser rechazadas por decisión unánime del tribunal. La decisión no requiere motivación alguna, cuando el solicitante ha sido informado previamente de las dudas sobre la admisibilidad o motivación de su solicitud.

§ 25

(1) El Tribunal Constitucional decidirá en tanto que no se determine otra cosa, con base en la audiencia pública, a menos que todas las partes renuncien expresamente a ella.

(2) Las decisiones con base en la audiencia pública tendrán el carácter de una sentencia formal, la decisión sin audiencia pública será rendida en forma de decisión judicial.

(3) Las decisiones parciales o intermedias son admisibles.

(4) Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal se dictarán en “nombre del pueblo”.

§ 25 a

El contenido de la audiencia pública se consignará en un protocolo. Adicionalmente se grabará; lo restante lo reglamentará el ordenamiento interno.

§ 26

(1) El Tribunal Constitucional Federal se proveerá de los medios de prueba necesarios a efectos de establecer la verdad. Podrá encargar de ello, por fuera de la audiencia, a un miembro del tribunal o solicitarlo a otro tribunal, con limitación a ciertos hechos o personas.

(2) Con base en una decisión judicial, con una mayoría de dos tercios del número de miembros del tribunal, podrá renunciar a firmar documentos de carácter individual, cuando su utilización sea incompatible con la seguridad del Estado.

§ 27

Todos los tribunales y las autoridades administrativas se encuentran obligados a brindar ayuda al Tribunal Constitucional Federal. Si el Tribunal Constitucional Federal exige actas de un proceso, éstos deberán enviársele directamente.

§ 27 a

El Tribunal Constitucional Federal podrá darles la oportunidad a expertos para que se pronuncien sobre el tema.

§ 28

(1) Para la adición de los testigos y expertos se aplican en los casos de los § 13, num. 1, 2, 4 y 9, las disposiciones del ordenamiento procesal penal, en los restantes casos, las disposiciones correspondientes del ordenamiento procesal civil.

(2) Si un testigo o un experto puede declarar sólo con autorización de su superior, esa autorización sólo se podrá denegar, en interés de la Federación o de un estado. El testigo o el experto no podrán invocar el deber de guardar secreto, cuando el Tribunal Constitucional, por una mayoría de dos tercios de los votos, declara infundada la denegación de la autorización para declarar.

§ 29

Las partes serán informadas de todas las audiencias de pruebas, y podrán participar en la administración de las pruebas. Éstas podrán elevar preguntas a los testigos y a los expertos. Si una pregunta es objetada, entonces decidirá el tribunal.

§ 30

(1) El Tribunal Constitucional Federal decide en deliberación secreta, sobre la base de su libre convicción, sobre el contenido de la audiencia pública y de los resultados de las pruebas. La decisión deberá adoptarse por escrito, estar motivada y firmada por los jueces que hubieren intervenido en ella. Cuando se haya llevado a cabo una audiencia pública, ésta se publicará informando sobre los motivos esenciales de la decisión. La fecha para expedir la decisión se podrá dar a conocer en la audiencia pública, o una vez se hayan concluido las deliberaciones; en estos casos se deberá informar de inmediato a las partes. Entre la conclusión de la audiencia pública y la expedición de la decisión no deben transcurrir más de tres meses. El plazo se podrá prolongar por medio de una decisión del Tribunal Constitucional Federal.

(2) Un juez podrá consignar, en un voto particular, la opinión divergente que hubiere sostenido en el curso de las deliberaciones, respecto de la sentencia o de su motivación; el voto particular se anexará a la sentencia. La sala puede comunicar en sus decisiones la relación de votos. Lo restante lo establecerá el reglamento interno.

(3) Todas las decisiones se darán a conocer a los participantes.

§ 31

(1) Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan los órganos constitucionales de la Federación y de los estados, así como los tribunales y autoridades.

(2) En los casos del § 13, nums. 6, 11, 12 y 14 la decisión del Tribunal Constitucional Federal tiene fuerza de ley. Esto se aplica también en los casos del § 13, num. 8 a, cuando el Tribunal Constitucional Federal declara la compatibilidad o la incompatibilidad, y la nulidad de una ley. En tanto que una ley sea declarada compatible o incompatible con la Ley Fundamental o con el derecho federal, o sea declarada nula, la decisión deberá ser publicada por el Ministerio Federal de Justicia en el Boletín Oficial Federal. Lo mismo se aplica para las decisiones dictadas en los casos del § 13, nums. 12 y 14.

§ 32

(1) El Tribunal Constitucional Federal, en caso de controversia, puede regular una situación mediante una orden de urgencia de carácter provisional, cuando éste se requiere para evitar perjuicios graves, para enfrentar una amenaza de peligro o para garantizar el bienestar general.

(2) La orden provisional puede ser expedida sin que se requiera audiencia previa. En caso de urgencia especial el Tribunal Constitucional Federal puede renunciar a que las partes interesadas en la acción principal, tengan derecho a intervenir o a la posibilidad de expresar su opinión.

(3) Si la orden provisional es expedida o rechazada por vía de decisión judicial, podrá ser objeto de oposición. Esto se aplica sólo al recurrente en un proceso donde se decide un recurso de amparo. Sobre la oposición decide el Tribunal Constitucional

Federal en audiencia pública. Ésta se debe llevar a cabo dentro de las dos semanas siguientes a la recepción de los fundamentos de la oposición.

(4) La oposición en contra de la orden provisional no tiene efectos suspensivos. El Tribunal Constitucional Federal podrá suspender la ejecución de la orden provisional.

(5) El Tribunal Constitucional Federal podrá publicar la decisión sobre la orden provisional o sobre la oposición sin motivación. En estos casos se deberán comunicar a las partes por separado los motivos.

(6) La orden provisional perderá su vigencia dentro de los seis meses siguientes. Éste podrá repetirse con una mayoría de dos tercios de los votos.

(7) Si una sala no está en capacidad de decidir, en caso de emergencia, la orden provisional podrá ser expedida, cuando por lo menos tres jueces se encuentren presentes y la decisión judicial se tome por unanimidad. Ésta quedará sin vigencia luego de un mes. Si es confirmada por la sala, entonces quedará sin vigencia pasados seis meses desde su expedición.

§ 33

(1) El Tribunal Constitucional Federal podrá suspender su proceso hasta que no se culmine un proceso pendiente en otro tribunal, cuando las determinaciones o la decisión que se adopte en ese tribunal sea significativa para su decisión.

(2) El Tribunal Constitucional Federal podrá fundamentar su decisión en las determinaciones adoptadas en una sentencia vigente que se hubiere dictado en otro proceso, en las que se hubieren investigado de oficio la veracidad de los hechos.

§ 34

(1) El proceso ante el Tribunal Constitucional Federal es gratuito.

(2) El Tribunal Constitucional Federal podrá imponer una multa de hasta 2 600 euros, cuando la iniciación del recurso de amparo o del recurso de conformidad con el Art. 41, párrafo 2 de la Ley Fundamental se llevó a cabo de manera abusiva, o cuando la solicitud para que se expidiera una orden provisional (§32) se ha hecho en forma abusiva.

(3) Para el recaudo de la multa se aplica *mutatis mutandis* el §59 num. 1 del Ordenamiento Fiscal Federal.

§ 34 a

(1) Si la solicitud para la realización de los derechos fundamentales (§13, num. 1), la acusación en contra del presidente federal (§13, num. 4) o de un juez (§13, num. 9), se declaran infundadas, entonces se deberá reembolsar a la contraparte o al demandado, los costos necesarios para su defensa.

(2) Si un recurso de amparo se considera fundado, se le reembolsarán, total o parcialmente, al recurrente los gastos necesarios en que hubiere incurrido.

(3) En los casos restantes, el Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar el reembolso total o parcial.

§ 35

El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar en su decisión, quién la ejecutará; en algunos casos en particular podrá establecer el modo y la forma de la ejecución.

Sección Segunda. Examen de actas por fuera del proceso

§ 35 a

Respecto a las solicitudes elevadas por fuera del proceso, de informaciones o de la inspección de actas del Tribunal Constitucional Federal relacionadas con datos sobre personas, se aplicarán las disposiciones de la Ley Federal para la Protección de Datos, en la medida que las siguientes disposiciones no lo reglamenten de manera diversa.

§ 35 b

(1) La información o la inspección de las actas del Tribunal Constitucional Federal se pueden garantizar a:

1. Las oficinas públicas, en la medida que éstas sean indispensables para cumplir con la finalidad de la administración de justicia o si existen los presupuestos citados en el §14 num. 2–4, 6 a 9– de la Ley Federal para la Protección de Datos,

2. Las personas privadas y otras oficinas no públicas, en la medida que demuestren un interés legítimo. Las informaciones y la inspección de actas se denegarán, cuando la persona afectada tenga un interés digno de ser protegido, en su denegación. El §16, num. 3 de la Ley Federal para la Protección de Datos no se aplicará. La expedición de informes y la garantía de la inspección de las actas, deberán señalarse en las actas. Las informaciones y la inspección de actas podrán garantizarse también, en tanto que la persona afectada lo hubiere autorizado.

(2) La inspección de actas sólo podrá garantizarse, cuando expuestos los motivos se evidencia que la expedición de la información para el cumplimiento de las funciones de la oficina pública que solicita la inspección de actas (num. 1-1) o para la garantía de los intereses legítimos de la persona o de la oficina privada que solicitan la inspección de las actas (num. 2-2), no serán suficientes, o que la expedición de la información podría requerir de un gasto desproporcionado.

(3) De las actas anexas, que no hacen parte de las actas, se podrán expedir informaciones sólo cuando el solicitante prueba la aceptación de la oficina, a la cual pertenecen las actas; lo mismo se aplica para la inspección de las actas.

(4) Las actas del Tribunal Constitucional Federal no podrán ser retransmitidas. No obstante, éstas podrán ser reenviadas a las oficinas públicas cuando éstas, de conformidad con el num. 2, pueden garantizar su protección, o cuando una persona privada con fundamento en circunstancias especiales, puede garantizar su protección.

§ 35 c

El Tribunal Constitucional Federal podrá utilizar las actas de un proceso constitucional donde se hubieren consignado datos personales, en otro proceso constitucional.

PARTE III. TIPOS DE PROCESOS EN PARTICULAR

Sección Primera. Proceso en los casos del §13, num. 1

§ 36

La solicitud de decisión de conformidad con el Art. 18, frase 2 de la Ley Fundamental, puede ser elevada por el Parlamento, el gobierno o por un gobierno federal.

§ 37

El Tribunal Constitucional Federal le dará a la contraparte oportunidad para que se pronuncie dentro de un plazo determinado, y decidirá sobre el rechazo de la solicitud cuando ésta es inadmisibile o no se encuentra suficientemente fundada, o si es conveniente proceder a una audiencia.

§ 38

(1) Luego de presentada una solicitud el Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar una confiscación y una inspección de conformidad con las disposiciones del ordenamiento procesal penal.

(2) El Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar un estudio preparatorio para la preparación de la audiencia pública. La realización del estudio previo se le asignará a un juez que no pertenezca a la sala competente para decidir del asunto principal.

§ 39

(1) Si se encuentra que la solicitud es fundada, entonces el Tribunal Constitucional Federal establecerá qué derechos fundamentales le serán suspendidos a la contraparte. Podrá limitar la privación de los derechos a un determinado plazo, de por lo menos un año. Podrá, igualmente, imponerle a la contraparte, restricciones descritas de manera precisa en lo que concierne a la manera y la duración de la medida, siempre y cuando que éstas no afecten otros derechos fundamentales, diferentes a los que se perdieron. Las autoridades administrativas no requerirán de fundamentos legales adicionales para proceder en contra de la contraparte.

(2) El Tribunal Constitucional Federal podrá despojar a la contraparte mientras dura la suspensión de los derechos fundamentales, el derecho al voto, la elegibilidad y la habilitación para desempeñar cargos públicos, y para el caso de las personas jurídicas, podrá ordenar su disolución.

§ 40

Si a la suspensión temporal no se le ha señalado un plazo o si se ha impuesto por más de un año, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá revocarla parcial o totalmente, o limitar su duración, si desde que se pronunció la orden de suspensión han transcurrido más de dos años, a petición del solicitante o de la contraparte. La solicitud podrá repetirse cuando desde la última decisión del Tribunal Constitucional Federal, ha transcurrido un año.

§ 41

Si el Tribunal Constitucional Federal decide de fondo sobre una solicitud, entonces sólo se podrá repetir una solicitud en contra de la misma contraparte, cuando ésta se basa en hechos nuevos.

§ 42

(Derogado).

Sección Segunda. Proceso en los casos del § 13, num. 2

§ 43

(1) La solicitud para que se decida si un partido es inconstitucional (Art. 21, párrafo 2 de la Ley Fundamental), puede ser elevada por el Parlamento Federal (*Bundestag*), el Consejo Federal o por el gobierno federal.

(2) Un gobierno federal podrá elevar la solicitud sólo en contra de un partido, cuya organización se limite al territorio de su estado.

§ 44

La representación del partido se determina de conformidad con las disposiciones legales y con ayuda de sus estatutos. Si la representación no es determinable o no existe, o ha cambiado después de que se hubiere interpuesto la solicitud ante el Tribunal Constitucional Federal, entonces valdrán como representantes aquellas personas que han conducido efectivamente los asuntos del partido durante el desarrollo de la actividad, que dio ocasión a la solicitud.

§ 45

El Tribunal Constitucional Federal le dará oportunidad al legítimo representante (§44) para que se pronuncie dentro de un determinado plazo, y decidirá si rechaza la solicitud por ser inadmisibles o por no encontrarse suficientemente fundada, o si continúa con la audiencia.

§ 46

(1) Si la solicitud se considera fundada, entonces el Tribunal Constitucional Federal declarará que el partido político es inconstitucional.

(2) La declaratoria podrá limitarse a una parte del partido, autónoma, organizacional o legalmente.

(3) Con la declaratoria, la disolución del partido o de la parte autónoma del partido se encuentra vinculada a la prohibición de crear otra organización en su reemplazo. El Tribunal Constitucional Federal en esos casos podrá declarar además, la confiscación del patrimonio del partido o de la parte del partido autónoma, a favor de la Federación o del estado, para ser destinada a fines comunitarios.

§ 47

Las disposiciones de los §§38 y 42 se aplican en lo conducente.

Sección Tercera. Procesos en los casos del §13, num. 3

§ 48

(1) El recurso en contra de la decisión del Parlamento Federal sobre la validez de una elección o la pérdida de la investidura parlamentaria, lo podrá interponer ante el Tribunal Constitucional Federal, el parlamentario, cuya investidura se discute, un elector, cuya objeción fue rechazada por el Parlamento Federal (*Bunsdestag*), cuando a él se unen por lo menos cien electores, una fracción o una minoría del Parlamento Federal, que comprenda por lo menos la décima parte del número legal de miembros, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el Parlamento adopta la decisión.

(2) Los electores que elijan a un elector como recurrente, deberán suscribir esa declaración personalmente; debajo de la firma se deberá incluir el apellido, el nombre, la fecha de nacimiento y la dirección (domicilio principal) del firmante.

(3) El Tribunal Constitucional Federal podrá omitir la celebración de la audiencia pública cuando no se espera de ella un avance en el proceso.

Sección Cuarta. Procesos en los casos del §13, num. 4

§ 49

(1) La acusación en contra del presidente federal por la violación premeditada de la Ley Fundamental o de otra ley federal se elevará mediante la presentación de una acusación por escrito ante el Tribunal Constitucional Federal.

(2) Con fundamento en las decisiones de uno de los dos cuerpos legislativos (Art. 61, párrafo 1 de la Ley Fundamental) el presidente dispondrá la acusación y la enviará dentro del siguiente mes al Tribunal Constitucional Federal.

(3) El escrito de la acusación deberá señalar las acciones u omisiones, por las cuales la acusación se interpone, los medios de prueba y las disposiciones de la Constitución o de la ley, que fueron violadas. Deberá contener la declaración de que la decisión de interponer la acusación fue adoptada con una mayoría de los dos tercios de los miembros del Parlamento Federal, o por los dos tercios de los votos del Consejo Federal.

§ 50

La acusación podrá ser interpuesta dentro de los tres meses siguientes a que se tuvo conocimiento del asunto que la fundamenta, por parte de la corporación demandante.

§ 51

La iniciación e instrucción del proceso no se verá afectada por la renuncia del presidente federal, su separación del cargo, o por la disolución del Parlamento Federal, o por terminación de su periodo.

§ 52

(1) La acusación podrá ser retirada hasta antes de que se dicte sentencia, con fundamento en una decisión de la corporación que la interpuso. La decisión requiere de la aprobación de la mayoría de los miembros del Parlamento Federal o de la mayoría de los votos del Consejo Federal.

(2) La acusación será retirada por el presidente de la corporación que la interpuso, mediante el envío de la decisión adoptada al Tribunal Constitucional Federal.

(3) La retractación de la acusación será nula, cuando el presidente federal la contesta dentro del mes siguiente.

§ 53

El Tribunal Constitucional Federal podrá determinar, luego de la presentación de la acusación, mediante una orden provisional, que el presidente federal se encuentra impedido para ejercer su cargo.

§ 54

(1) El Tribunal Constitucional Federal podrá ordenar un estudio preparatorio para la preparación de la audiencia pública; deberá ordenarlo cuando el representante de quien interpuso la acusación, o el presidente federal así lo solicita.

(2) La realización del estudio previo se le encargará a un juez de la sala que no sea competente para conocer del asunto.

§ 55

(1) El Tribunal Constitucional Federal decide con base en la audiencia pública.

(2) El presidente federal será invitado a la audiencia. En la audiencia se le indicará que se continuará con ella, cuando no se presente sin causa justificada, o cuando se retire anticipadamente sin suficiente motivo.

(3) Al inicio de la audiencia el representante de la corporación acusadora, expondrá la acusación.

(4) Acto seguido el presidente federal tendrá oportunidad para aclarar la acusación.

(5) Luego se llevará a cabo la etapa probatoria.

(6) Al final serán oídos, el representante de la acusación para que exponga su petición y el presidente federal para que presente su defensa. Él tendrá la última palabra.

§ 56

(1) El Tribunal Constitucional Federal determinará en sentencia si el presidente federal es culpable de la violación premeditada de la Ley Fundamental o de una ley federal suficientemente determinada.

(2) En caso de una condena el Tribunal Constitucional Federal podrá imponerle al presidente federal la pérdida de su investidura. Con la sanción de la sentencia se llevará a cabo la pérdida de la investidura.

§ 57

Una vez que la sentencia quede en firme, será remitida acompañada de su parte motiva, al Parlamento Federal, al Consejo Federal y al gobierno federal.

Sección Quinta. Procesos en los casos del § 13, num. 9

§ 58

(1) Si el Parlamento Federal quiere elevar una acusación en contra de un juez federal, de conformidad con el Art. 98, párrafo 2 de la Ley Fundamental, entonces se aplicarán las disposiciones de los §§49 a 55, con excepción del §49, num. 3, frase 2, de los §§50 y 51, num. 1, frase 2.

(2) Si al juez federal se le acusa de una violación en el ejercicio de su cargo, entonces el Parlamento Federal no tomará ninguna decisión antes de que el proceso judicial hubiere concluido, o cuando se hubiere iniciado un proceso disciplinario formal por los mismos hechos, hasta tanto no se haya iniciado ese proceso. Pasados seis meses desde la culminación del proceso judicial, en el que se hubiere debido declarar la culpabilidad del juez federal por una contravención, no será admisible la solicitud. Sin perjuicio de los casos contemplados en el numeral 2, no será admisible una solicitud de conformidad con el numeral 1, cuando hayan transcurrido más de dos años desde la violación.

(4) La solicitud será presentada ante el Tribunal Constitucional Federal por el comisionado del Parlamento Federal.

§ 59

(1) El Tribunal Constitucional Federal impondrá una de las medidas contempladas en el Art. 98, párrafo 2 de la Ley Fundamental o la absolución.

(2) Si el Tribunal Constitucional Federal impone la separación del cargo, entonces la pérdida del cargo se iniciará con la sanción de la sentencia.

(3) Si se impone el traslado a otro cargo o el retiro, entonces la ejecución estará a cargo de la oficina encargada de la revocación del juez federal.

(4) Un ejemplar de la sentencia, acompañada de la motivación, se enviará al presidente federal, al Parlamento Federal y al gobierno federal.

§ 60

Mientras se encuentre pendiente un proceso ante el Tribunal Constitucional Federal, se suspenderá el proceso en el tribunal disciplinario, que se hubiere abierto por el mismo hecho. Si el Tribunal Constitucional Federal impone el despido del cargo, u ordena el traslado a otro cargo o el retiro, entonces se cesará con el proceso disciplinario; en caso contrario se continuará con él.

§ 61

(1) La reanudación del proceso se verificará sólo a favor del condenado y sólo a su solicitud o luego de su muerte, a solicitud de su cónyuge, compañero, o descendientes, bajo los presupuestos de los §§359 y 364 del Código Procesal Penal. En la solicitud se deberá expresar el motivo legal de la reanudación, así como los medios de prueba. Mediante la solicitud de reanudación no se suspenderá la ejecución de la sentencia.

(2) El Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la admisión de la solicitud sin audiencia pública. Las disposiciones de los §§368, 369 num. 1, 2 y 4 y de los §§370 y 371 num. 1 a 3 del Código Procesal Penal se aplican en lo conducente.

(3) En el nuevo proceso se mantendrá la anterior sentencia o una medida más leve, o la absolución.

§ 62

En tanto que, de conformidad con el Art. 98, párrafo 5, frase 2 de la Ley Fundamental, el derecho constitucional vigente en los estados no determine otra cosa, se aplican las disposiciones de esta sección cuando la ley de un estado, adopte una reglamentación, conforme al Art. 98, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

Sección Sexta. Procesos en los casos del § 13, num. 5

§ 63

Acusador y acusado podrán ser sólo: el presidente federal, el Parlamento Federal, el gobierno federal y las partes de esos órganos dotadas de derechos propios en la Ley Fundamental, o en el reglamento interno del Parlamento Federal o del Consejo Federal.

§ 64

(1) La acusación es admisible sólo cuando el acusador demuestra que sus derechos fundamentales, o los del órgano al que pertenece, han sido violados o están en peligro de ser violados, por una actuación u omisión del acusado.

(2) En la acusación se deberán señalar las disposiciones de la Ley Fundamental que han sido violadas por las medidas o las omisiones del acusado.

(3) La acusación deberá ser elevada dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el acusador conoció de la medida objetada o de la omisión.

(4) Una vez que se ha cumplido el plazo para la entrada en vigencia de la ley, la solicitud podrá interponerse dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigencia.

§ 65

(1) Al acusador y al acusado pueden adherirse, en cualquier momento del proceso, otras personas legitimadas para hacerlo, diferentes a las citadas en el §63, cuando la decisión es significativa para la delimitación de sus competencias.

(2) El Tribunal Constitucional Federal dará conocimiento de la iniciación del proceso al presidente federal, al Parlamento Federal, al Consejo Federal y al gobierno federal.

§ 66

El Tribunal Constitucional Federal podrá acumular los procesos en instancias y separar los procedimientos acumulados.

§ 67

El Tribunal Constitucional Federal determinará en su decisión si la medida objetada o la omisión del acusado viola una disposición de la Ley Fundamental. Se tendrán que señalar las disposiciones. El Tribunal Constitucional Federal, en la parte resolutive de la sentencia, podrá pronunciarse sobre una cuestión jurídica relevante para la interpretación de la disposición de la Ley Fundamental, de la cual dependen las determinaciones contempladas en la frase 1.

Sección Séptima. Procesos en los casos del § 13, num. 7

§ 68

Acusadores y acusados sólo pueden ser:

1. Para la Federación: el gobierno federal,
2. Para el Estado: el gobierno estatal.

§ 69

Las disposiciones del los §§ 64 a 67 se aplican en lo conducente.

§ 70

La decisión del Consejo Federal, de conformidad con el Art. 84, párrafo 4, frase 1 de la Ley Fundamental, podrá ser impugnada sólo dentro del mes siguiente a que hubiere sido adoptada.

Sección Octava. Procesos en los casos del §13, num. 8

§ 71

(1) Acusador y acusado podrán ser sólo:

1. Para las controversias de derecho público de conformidad con el Art. 93, párrafo 1 (4) de la Ley Fundamental entre la Federación y los estados: el gobierno federal y los gobiernos estatales;
2. Para las controversias de derecho público de conformidad con el Art. 93, párrafo 1 (4) de la Ley Fundamental entre los estados: los gobiernos federales;
3. Para las controversias de derecho público de conformidad con el Art. 93, párrafo 1 (4) de la Ley Fundamental en el interior de un estado: los órganos superiores del Estado y las partes de esos órganos, dotados de derechos propios en la Constitución del Estado o en los reglamentos internos, cuando éstos se vean afectados en sus derechos o sus competencias propias por el objeto de la controversia.

(2) Las disposiciones del § 64, num. 3 se aplican en lo conducente.

§ 72

(1) El Tribunal Constitucional Federal podrá indicar en su decisión.

1. La admisibilidad o la inadmisibilidad de una medida,
2. La obligación del acusado, de omitir una medida, de anularla, de ejecutarla o de tolerarla,
3. La obligación de cumplir una prestación.

(2) En el proceso, de conformidad con el § 71, num. 1 (3), el Tribunal Constitucional Federal determinará si la medida objetada o la omisión del acusado viola una dis-

posición de la Constitución del Estado. Las disposiciones del §67, frases 2 y 3 se aplican en lo conducente.

Sección Novena. Procesos en los casos del § 13, num. 10

§ 73

(1) En una controversia constitucional al interior de un estado podrán ser parte sólo los órganos superiores de ese estado y las partes de estos órganos dotados de derechos propios, en la Constitución Federal o en el reglamento interno.

(2) Las disposiciones del § 64, num. 3 se aplican en lo conducente, en la medida que el derecho del Estado no determine otra cosa.

§ 74

Si el derecho del Estado no determina qué contenido y qué efecto podrá tener la decisión del Tribunal Constitucional Federal, entonces se aplicará en lo conducente el §72, num. 2.

§ 75

Para los procesos se aplican en lo conducente, las disposiciones generales de la parte II de esta ley.

Sección Décima. Procesos en los casos del § 13, nums. 6 y 6a

§ 76

(1) La solicitud del gobierno federal, de un gobierno estatal, o de una tercera parte de los miembros del Parlamento Federal, de conformidad con el Art. 93, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, es admisible sólo si el solicitante considera el derecho federal o estatal.

1. Nulo por su incompatibilidad formal o material con la Ley Fundamental u otro derecho federal, o

2. Válido, después de que un tribunal, una autoridad administrativa, o un órgano de la Federación o un estado, no lo aplica al considerarlo incompatible con la Ley Fundamental u otro derecho federal.

(2) La solicitud del Consejo Federal, un gobierno federal o del órgano de representación popular de un estado, de conformidad con el Art. 93, párrafo 1 (2a) de la Ley Fundamental es admisible sólo si el acusador considera nula una ley federal por el no cumplimiento de los presupuestos del Art. 72, párrafo 2 de la Ley Fundamental; la solicitud podrá apoyarse también en el hecho que el acusador considere nula la ley federal por el no cumplimiento de los presupuestos del Art. 75, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

§ 77

El Tribunal Constitucional Federal, dentro de un plazo determinado, dará oportunidad de pronunciarse:

1. En los casos previstos en el §76, num. 1, al Parlamento Federal, al Consejo Federal, al gobierno federal, en caso de diferencias de opinión sobre la validez del derecho federal, igualmente a los gobiernos de los estados, y en caso de divergencias de opinión sobre la validez de una norma de derecho del Estado, al Parlamento del Estado y al gobierno del Estado, en el cual la norma fue promulgada,
2. En los casos previstos en el §76, num. 2 al Parlamento Federal, al Consejo Federal, al gobierno federal, así como a los órganos de representación popular y al gobierno de los estados.

§ 78

Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declarará la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá igualmente declararlas nulas.

§ 79

(1) Será admisible la reiniciación de un proceso con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, en contra de una sentencia penal ejecutoriada, que se apoya en una norma incompatible con la Ley Fundamental, o que haya sido declarada nula de conformidad con el §78, o que se fundamenta en la interpretación de una norma que hubiere sido declarada incompatible con la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional Federal.

(2) En lo restante, a reserva de las disposiciones del §95, num. 2 o de una reglamentación legal especial, no se verán afectadas las decisiones no susceptibles de impugnación, que se apoyan en una norma declarada nula de conformidad con el §78. La ejecución de una decisión de este tipo es inadmisibles. En tanto que la ejecución forzosa se lleve a cabo de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se aplicarán las disposiciones del §767 del Código de Procedimiento Civil en lo conducente. Se excluye toda pretensión emanada de un enriquecimiento ilícito.

Sección Undécima. Procesos en los casos del § 13, num. 11

§ 80

(1) Si se dan los presupuestos del Art. 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, entonces los tribunales solicitarán directamente la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

(2) Se deberán señalar los motivos por los cuales la decisión del tribunal dependerá de la validez de las disposiciones, y las normas legales de carácter superior con las cuales ésta es incompatible. Se deberán anexar las actas.

(3) La solicitud del tribunal será independiente de la acusación de la nulidad de la disposición legal, por uno de los participantes en el proceso.

§ 81

El Tribunal Constitucional Federal decidirá sólo sobre la cuestión jurídica.

§ 81 a

Las secciones podrán establecer por decisión unánime la inadmisibilidad de una solicitud de conformidad con el §80. La decisión se reservará a la sala, cuando la solicitud es interpuesta por un tribunal constitucional estatal o por el Tribunal Superior Federal.

§ 82

(1) Las disposiciones de los §§ 77 bis y 79 se aplican en lo conducente.

(2) Los órganos constitucionales citados en el §77 podrán adherir en cualquier estado del proceso.

(3) El Tribunal Constitucional Federal les dará también oportunidad a las partes del proceso, que elevaron la solicitud, para que se pronuncien; los apoderados judiciales serán invitados a la audiencia pública y podrán hacer uso de la palabra.

(4) El Tribunal Constitucional Federal podrá solicitarle a los tribunales superiores de la Federación o a los tribunales superiores de los estados, que informen cómo y con base en qué consideraciones han interpretado la Ley Fundamental hasta ahora, en su jurisprudencia en las cuestiones controversiales; sí y cómo, han aplicado en su jurisprudencia las disposiciones legales, cuya validez se controvierte, y qué cuestiones jurídicas, en relación con éstas, han tenido en cuenta para la decisión. Adicionalmente, podrá solicitarles que expongan sus consideraciones sobre una cuestión jurídica relevante para la decisión. El Tribunal Constitucional Federal le dará posibilidad a los legitimados de intervenir, para que expongan su opinión.

Sección Duodécima. Procesos en los casos del § 13, num. 12

§ 83

(1) El Tribunal Constitucional Federal determinará en su decisión, en los casos del Art. 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental, si las reglas del derecho internacional hacen parte del derecho federal, y si éstas producen directamente derechos y deberes para los particulares.

(2) El Tribunal Constitucional Federal le dará oportunidad al Parlamento Federal, al Consejo Federal y al gobierno federal, para que se pronuncien previamente dentro de un plazo determinado. Éstos podrán adherir en cualquier estado del proceso.

§ 84

Las disposiciones de los §§80 y 82, num. 3 se aplicarán en lo conducente.

Sección Decimotercera. Procesos en los casos del § 13, num. 13

§ 85

(1) Si se ha solicitado la decisión del Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con el Art. 100, párrafo 3, frase 1 de la Ley Fundamental, entonces el Tribunal Constitucional del Estado presentará las actas, expresando su opinión jurídica.

(2) El Tribunal Constitucional Federal, dentro de un plazo determinado, le dará oportunidad de pronunciarse al Parlamento Federal, al gobierno federal, y al Tribunal Constitucional de un estado, en el caso que se quiera apartar de una decisión proferida por este tribunal.

(3) El Tribunal Constitucional Federal decidirá sólo sobre la cuestión jurídica.

Sección Decimocuarta. Procesos en los casos del § 13, num. 14

§ 86

(1) Se encuentran legitimados para elevar una solicitud el Parlamento Federal, el Consejo Federal, el gobierno federal y los gobiernos de los estados.

(2) Si en un proceso judicial es discutible y relevante, si una ley se encuentra vigente como derecho federal, entonces el tribunal, en aplicación del §80, solicitará la decisión del Tribunal Constitucional Federal.

§ 87

(1) La solicitud del Consejo Federal, del gobierno federal o de un gobierno estatal, sólo será admisible, cuando de la decisión dependa la admisibilidad de una medida ya ejecutada o directamente inminente, de un órgano federal, una autoridad federal o de un órgano o de una autoridad de un estado.

(2) Para la fundamentación de la solicitud se deberán dar los presupuestos señalados en el numeral 1.

§ 88

Las disposiciones del §82 se aplicarán en lo conducente.

§ 89

El Tribunal Constitucional Federal decidirá si la ley, total o parcialmente, se encuentra vigente en todo el territorio federal, o en una determinada parte del territorio federal como derecho federal.

Sección Decimoquinta. Procesos en los casos del § 13, num. 8a

§ 90

(1) Cualquier persona podrá elevar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, cuando considere que uno de sus derechos fundamentales, contemplados en el Art. 20, párrafo 4, los Arts. 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, han sido violados por el poder público.

(2) Si la vía judicial es admisible, entonces el recurso de amparo sólo podrá ser interpuesto luego de que se hubiere agotado la vía legal. El Tribunal Constitucional Federal podrá, sin embargo, decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto con anterioridad al agotamiento de la vía judicial, cuando ésta tiene un significado de carácter general, o cuando al recurrente se le podría causar un perjuicio grave e ineludible, en caso que él deba remitirse primero a la vía judicial.

(3) El derecho, de elevar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional del Estado, de conformidad con el derecho de este estado, no se verá afectado.

§ 91

Los municipios y las asociaciones de municipios podrán interponer un recurso de amparo con el argumento de que una ley de la Federación o de un estado, viola la disposición contemplada en el Art. 28 de la Ley Fundamental. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal se excluye, en la medida que se pueda elevar un recurso ante Tribunal Constitucional del Estado, por la violación del derecho a la auto administración de conformidad con el derecho del Estado.

§ 91 a

(Derogado).

§ 92

En la fundamentación del recurso se deberán señalar los derechos que han sido violados, y las actuaciones u omisiones del órgano o de la autoridad, por las que el recurrente siente que han violado sus derechos.

§ 93

(1) El recurso de amparo se tendrá que interponer y fundamentar dentro de un plazo de un mes. El término comenzará a contarse a partir de la fecha de la notificación o de la comunicación informal de la decisión ejecutoriada, cuando ésta, de conformidad con los disposiciones procesales, se lleva a cabo de oficio. En los otros casos, el térmi-

no comenzará a contarse a partir de la fecha del pronunciamiento de la decisión, o cuando éste no se pronuncia se comunicará al recurrente; si al recurrente no se le envía una copia integral de la decisión, entonces se interrumpirá el plazo de la frase 1, para que el recurrente pueda solicitar por escrito, o en el protocolo de la oficina competente, que se le entregue copia integral de la decisión. La suspensión durará hasta tanto no se le entregue copia integral de la decisión, o se le notifique de oficio a uno de los participantes en el proceso.

(2) Si un recurrente se ve impedido, por hechos que no le sean imputables, a cumplir ese plazo, podrá solicitar que se le restituyan los términos. La solicitud deberá presentarse dentro de las dos semanas siguientes a la supresión del obstáculo. Los hechos que sirven de fundamento a la solicitud se deberán poner en conocimiento al momento de presentar la solicitud o durante el proceso. Dentro del plazo para elevar la solicitud se deberá llevar a cabo la actuación omitida; si esto ocurre, se podrá garantizar la restitución aun sin solicitud.

Pasado un año desde la fecha en que se cumplió el plazo omitido, no se admitirá la solicitud. La culpa del apoderado será equivalente a la culpa del recurrente.

(3) Si el recurso de amparo se dirige en contra de una ley o en contra de otro acto de soberanía, y no existe la posibilidad de atacarlos por la vía judicial, entonces se podrá interponer el recurso de amparo dentro del año siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la ley o de la expedición.

(4) Si la ley hubiere entrado en vigencia con anterioridad al 1 de abril de 1951, se podrá interponer el recurso de amparo hasta el 1 de abril de 1952.

§ 93 a

(1) El recurso de amparo deberá ser admitido por vía de decisión.

(2) Deberá ser admitido por decisión:

- a) En la medida que se le atribuya un significado constitucional,
- b) Cuando sea conveniente para dar cumplimiento a los derechos citados en el §91 num. 1; esto será también del caso, cuando el rechazo de la decisión de fondo le cause un grave perjuicio al recurrente.

§ 93 b

La sección podrá inadmitir o admitir el recurso de amparo para decisión en el caso del §93 c. En lo restante la sala decidirá sobre la admisión.

§ 93 c

(1) Si se dan los presupuestos del §93a, num. 2 literal b, y si la cuestión constitucional objeto de examen en el recurso de amparo ya se decidió por el Tribunal Constitucional Federal, la sección podrá resolver el recurso de amparo, cuando éste se encuentra manifiestamente fundado. La decisión se equiparará a una decisión de la sala. La

decisión que se dicte con los efectos contemplados en el §31, num. 1, en la que se declare la incompatibilidad de una ley con la Ley Fundamental o con otro derecho federal, o su nulidad, será competencia de la sala.

(2) En el proceso se aplicará el §94, num. 2 y 3 y el §95, num. 1 y 2.

§ 93 d

(1) La decisión, de conformidad con el §93 b y §93 c, no requerirá audiencia pública. La inadmisión del recurso de amparo no requiere de motivación.

(2) En la medida y en tanto que la sala no hubiere decidido sobre la admisión del recurso de amparo, la sección podrá dictar todas las decisiones relativas a los recursos de amparo. Corresponderá a la sala de manera exclusiva la adopción de una orden provisoria, mediante la cual se suspende la aplicación, parcial o total de una ley; el §32, num. 7 no se afectará. La sala decidirá también en los casos del §32, num. 3. Las decisiones de la sala se tomarán por decisión unánime. Se considerará aprobada por la sala, cuando por lo menos sea aprobada por tres jueces.

§ 94

(1) El Tribunal Constitucional Federal le dará oportunidad de pronunciarse, dentro de un plazo determinado, a la Federación o a los estados, cuyas actuaciones u omisiones se objetan en el recurso amparo.

(2) Si se trata de la actuación o la omisión de un ministerio o de una autoridad de la Federación o de un estado, entonces se le dará oportunidad de pronunciarse al ministro competente.

(3) Si el recurso de amparo se dirige en contra de una decisión judicial, el Tribunal Constitucional Federal le dará también oportunidad de pronunciarse a la persona favorecida con la decisión.

(4) Si el recurso de amparo se dirige, directa o indirectamente, en contra de una ley, entonces se aplicará *mutatis mutandis* el §77.

(5) Los órganos constitucionales citados en los num. 1, 2 y 4 podrán adherirse al proceso. El Tribunal Constitucional Federal podrá omitir la audiencia pública cuando no se espere de ella ningún avance en el proceso, y si los órganos constitucionales que adhieren al proceso expresan su decisión de renunciar a la audiencia pública.

§ 95

(1) Si se concede el recurso de amparo, entonces en la decisión se determinará qué disposiciones de la Ley Fundamental y mediante cuáles actuaciones u omisiones éstas fueron violadas. El Tribunal Constitucional Federal podrá, igualmente, expresar que toda repetición de las medidas objetadas será violatoria de la Ley Fundamental.

(2) Si se concede el recurso de amparo en contra de una decisión, entonces el Tribunal Constitucional revocará la sentencia, y en los casos contemplados en el §90 num. 2 frase 1 reenviará el asunto al tribunal competente.

(3) Si se concede el recurso de amparo en contra de una ley, entonces se declarará la nulidad de la ley. Lo mismo se aplicará cuando se conceda el recurso de amparo de conformidad con el num. 2, porque la decisión revocada se apoya en una ley inconstitucional. Se aplicará en lo conducente a lo dispuesto en el §79.

§ 95 a

(Derogado).

§ 96

(Derogado).

Sección Decimosexta

§ 97

(Derogado).

PARTE IV. DISPOSICIONES FINALES

§ 98

(1) Los jueces del Tribunal Constitucional Federal se retirarán al término de su mandato (§4 nums. 1, 3 y 4).

(2) Los jueces del Tribunal Constitucional Federal serán retirados de su cargo en caso de incapacidad permanente para el ejercicio del mismo.

(3) Los jueces del Tribunal Constitucional Federal serán retirados de su cargo, sin que medie prueba de su incapacidad:

1. Cuando ha desempeñado sus funciones como juez del Tribunal Constitucional Federal por un mínimo de seis años, y cuando ha cumplido los 65 años de edad, o
2. Cuando se trata de una persona incapacitada en el sentido del §2 de la Ley Federal Social, y ha cumplido los 60 años de edad.

(4) En los casos del num. 3 se aplicará el §4, num. 4.

(5) Los jueces en retiro percibirán una pensión de retiro. La pensión de retiro se calculará con base en la relación que hubiere tenido el juez, de conformidad con la Ley sobre Emolumentos de los Miembros del Tribunal Constitucional Federal. Lo mismo se aplicará a los supervivientes.

(6) El § 70 de la Ley sobre Prevención y Régimen de los Funcionarios Públicos se aplicará en lo conducente.

§ 99

(Derogado).

§ 100

(1) Si el periodo de un juez del Tribunal Constitucional Federal concluye de conformidad con el §12, y el juez ha desempeñado su cargo por lo menos durante dos años, tendrá derecho a percibir una indemnización temporal durante un año, con una cuantía calculada con base en la Ley sobre Emolumentos de los Miembros del Tribunal Constitucional Federal. Esto no se aplicará para el caso del retiro de conformidad con el §98.

(2) La viuda y los huérfanos de un juez del Tribunal Constitucional Federal, que al momento de su muerte estuviere percibiendo una indemnización temporal, percibirán una pensión por muerte por el resto del tiempo que surge la indemnización temporal; el monto de la pensión por muerte se calculará con base en el monto de la indemnización.

§ 101

(1) El funcionario público o el juez que hubiere sido elegido juez del Tribunal Constitucional Federal, quedará separado de su anterior cargo al momento de su nombramiento, bajo reserva de las disposiciones del §70 de la Ley de la Magistratura alemana. Durante el ejercicio del cargo como juez del Tribunal Constitucional Federal se suspenderán los derechos y obligaciones de los estatutos sobre el servicio de los funcionarios públicos o de los jueces. En el caso que un funcionario o un juez sufra un accidente, no se suspenderá el derecho a que se le brinde el respectivo tratamiento médico.

(2) Al término del periodo en el cargo como juez del Tribunal Constitucional Federal, el funcionario público o el juez, cuando no le sea atribuida otra función, se retirará de su cargo como juez o funcionario público, y pasará a percibir su pensión de retiro, que se calculará con base en su tiempo de servicio como funcionario o juez, y el tiempo en que desempeñó el cargo de juez del Tribunal Constitucional Federal. En el caso que se trate de un funcionario público o de un juez, que no sea funcionario o juez federal, la Federación reembolsará al empleador el valor de la pensión de jubilación, así como la pensión de supervivientes.

(3) Los numerales 1 y 2 no se aplicarán a los profesores de derecho en una escuela superior alemana. Durante el ejercicio de su cargo como juez del Tribunal Constitucional Federal se suspenderán sus derechos y deberes derivados de su relación como profesor en una escuela superior. Las dos terceras partes de sus emolumentos derivados de la relación laboral como profesor de una escuela superior se contabilizarán dentro de los emolumentos que percibe como juez del Tribunal Constitucional Federal. La Federación le reembolsará a la escuela superior de enseñanza las respectivas sumas.

§ 102

(1) Si un juez retirado del Tribunal Constitucional Federal tiene el derecho a una pensión de retiro de conformidad con el §101, entonces se suspenderá este derecho durante el tiempo en que perciba la pensión o la indemnización contempladas en el §98 o el §100, hasta el importe de esos montos.

(2) Si un juez retirado del Tribunal Constitucional Federal, que percibe una indemnización temporal de conformidad con el §100, se emplea nuevamente al servicio público, entonces los ingresos percibidos por tal empleo se imputarán a la indemnización temporal.

(3) Si un juez retirado del Tribunal Constitucional Federal percibe ingresos por un servicio, pensión como profesor, o una pensión de retiro, derivados de una relación de servicio como profesor de una escuela superior, antes o durante el ejercicio de su cargo como juez del Tribunal Constitucional Federal, entonces se suspenderán, además de los ingresos por el servicio, la pensión o la indemnización temporal derivados del ejercicio del cargo, en la medida en que, ellas en conjunto, sobrepasen el mayor importe del monto no imputable, contemplado en el §101 num. 3, frase 3; además de las pensiones como profesor o de la pensión de retiro que se derivan de la relación como profesor de una escuela superior, se garantizará la pensión de retiro o la indemnización temporal derivadas del ejercicio del cargo de juez, hasta que se alcance la pensión de retiro, que se origina de calcular la totalidad del tiempo de servicio y del salario, incluyendo los montos no imputables de conformidad con el §101 num. 3, frase 3.

(4) Los numerales 1 a 3 se aplicarán en lo conducente a los supervivientes. El §54, num. 3 y 4, frase 2 de la Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos se aplicarán por analogía.

§ 103

En tanto que no se determine otra cosa en los §§98 a 102, se aplicarán también a los jueces del Tribunal Constitucional Federal las disposiciones en materia de pensiones vigentes para los jueces federales; los periodos de actividad, que sirven para el cómputo del tiempo de servicio del juez del Tribunal Constitucional Federal, serán los periodos en el sentido del §11, num. 1

(3) Literal a de la Ley de Pensiones de los Funcionarios Públicos. Las decisiones sobre las normas en materia de pensiones las tomará el presidente del Tribunal Constitucional Federal.

§ 104

(1) Si un abogado es nombrado juez del Tribunal Constitucional Federal, entonces se suspenderán su derechos de admisión durante el tiempo que dure en el ejercicio del cargo.

(2) Si un notario es elegido juez del Tribunal Constitucional Federal, entonces se aplicará el §101, num. 1, frase 2 en lo conducente.

§ 105

(1) El Tribunal Constitucional Federal podrá habilitar al presidente federal:

1. A retirar un juez del Tribunal Constitucional Federal debido a la pérdida de su capacidad para ejercer el cargo;
2. A revocar el mandato de un juez del Tribunal Constitucional Federal, por una actuación deshonrosa o cuando sea condenado a una pena privativa de la libertad mayor a seis meses, o cuando sea culpable por una violación grave de sus deberes, que impidan su permanencia en el cargo.

(2) La Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal decidirá sobre la iniciación del proceso, de conformidad con el numeral 1.

(3) Las disposiciones procesales de carácter general, así como las disposiciones del §54 num. 1 y del §55 nums. 1, 2, 4 a 6 se aplicarán en lo conducente.

(4) Las autorizaciones de conformidad con el numeral 1 requieren de la aprobación de los dos tercios de los miembros del tribunal.

(5) Después de la iniciación del proceso, de conformidad con el numeral 2, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Federal, podrá retirar provisionalmente del cargo al juez. Lo mismo se aplicará cuando en contra del juez, se abre un proceso por la comisión de un hecho punible. El retiro provisional del cargo requiere de la aprobación de las dos terceras partes del número de miembros del tribunal.

(6) Con el retiro del cargo, de conformidad con el numeral 1 (2), perderá el juez todo derecho a su cargo.

§ 106

(Derogado).

§ 107

(Derogado).

Índice analítico

A

Aborto 115, 124, 134, 137, 138, 219
Acción penal 534
Amnistía 154
Amparo contra actos del legislador 454
Apellido 158, 159
Armas químicas 147, 148
Arrendamiento 141, 395, 396, 409, 410, 414, 415
Arresto 216, 290, 459, 494, 495, 520, 558, 559, 560, 561
Asilo. Véase Derecho de asilo
Asociación sindical
 Convenciones colectivas 297, 299, 302, 304, 306, 309, 474, 475
 Empleadores 298, 299, 301, 302, 303, 304, 306, 311, 474
 Negociación colectiva 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 312
 Propaganda sindical 293, 295, 296
Autodeterminación de la información 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 232

B

Benetton 233
Bloqueo 537, 541

C

Cadena Perpetua 54

Cannabis 104, 108
Carolina de Mónaco 72
Certeza de la ley penal 529
Cienciología 61, 63, 64, 68
Cláusulas generales 40, 49, 68, 202, 205, 359, 486
Coacción 537, 539, 541
Cogestión de los trabajadores 46, 298
Constitución de Weimar 46, 115, 169, 171, 173, 192, 270, 281, 282, 288, 304, 502, 514, 530
Constitución económica 47
Control abstracto de normas. Véase Control de normas
Control constitucional posterior 41, 453
Control de examen judicial 460
Control de normas 509, 513

D

Deber de elevar consulta 516
Democracia 229
Derecho a la integridad física 114
Derecho a la privacidad 77, 78, 79, 377
 Censo de población 93, 94, 95, 99
 Grabación de conversaciones 85
 Microcenso 92
Derecho a la vida 56, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 126, 128, 129, 130, 144, 145
Derecho a ser oído. Véase Garantía de audiencia
Derecho Constitucional Específico 40
Derecho de asilo 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 449

Derecho de propiedad 397, 398, 403, 410, 411, 412
 Propiedad societaria 398
 Utilidad privada 412, 439
 Derechos de autor 74, 253, 404, 405, 406
 Derechos de las personas morales 86, 363
 Derechos fundamentales
 Contenido esencial 59, 60, 92, 118, 281, 306, 316, 389, 453
 Desorden público 533, 534
 Difamación 42, 208, 520
 Dignidad humana 49, 53, 54, 55, 59, 65, 92, 93, 94, 114, 116, 117, 118, 121, 122, 126, 128, 132, 166, 167, 168, 172, 199, 223, 224, 238, 239, 240, 254, 255, 257, 359, 380, 382, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 449
 Diligencia de ejecución 141
 Doble penalización 494

E

Educación 195, 261
 Educación sexual 245, 260, 261, 262, 263, 264
 Efecto irradiatorio de los derechos fundamentales (*Strahlungswirkung*) 165
 Ejecución judicial 378
 Ejecución penal inmediata 459
Elfes 56
 Energía atómica 143, 145, 540, 542
 Energía nuclear 143, 145, 146, 147, 218, 487, 488, 490, 540, 542
 Enseñanza religiosa 270
 Escucha telefónica 53
 Estado de Derecho. Véase Principios estructurales del Estado;
 Estado Social 55, 59, 99, 102, 139, 260, 321, 350, 353, 354, 355, 359, 397, 398, 403, 408, 449, 471, 472, 475, 478, 502, 503, 505, 507
 Estupefacientes. Véase Cannabis;
 Expropiación 394, 397, 398, 409, 410, 411
 Expulsión de un extranjero 455
 Extradición 440, 443, 463, 465, 466, 467, 517, 518, 519, 561, 563
 Traslado a un tercer Estado 447

F

Familia 122, 131, 132, 157, 158, 159, 258, 259, 260, 269, 396, 438, 472, 506, 507, 557
 Farmacias 47
 Función pública 501

G

Garantía de audiencia 519, 523
 Gastos judiciales 453
 Gremios de Trabajadores 103

H

Helnwein 62

I

Igualdad 153, 157, 163
 Igualdad ante la ley 153
 Apellido de los esposos 158, 159
 Derecho a un día libre 160
 Igualdad de las Personas 153
 Igualdad entre los sexos 157
 Límite de edad para parteras 155
 Impuestos
 Igualdad Tributaria 45, 153, 486
 Impuesto al Ingreso en todas las fases 45
 Ingresos provenientes del extranjero 485
 Ley del Impuesto al Ingreso 153
 Tasa única 438
 Inconstitucionalidad 38, 40, 120, 124, 162, 189, 265, 266, 310, 317, 322, 325, 327, 411, 415, 455, 499, 503, 509, 510, 511
 Integridad corporal 122, 138, 140, 142, 144, 145, 146, 442, 449, 491. Véase Derecho a la integridad física
 Extracción de fluidos 140
 Interés preponderante 59, 61
 Interpretación 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 58, 65, 69, 71, 80, 82, 83, 84, 116, 160, 163, 166, 167, 168, 170, 177, 181, 182, 188, 189, 190, 200, 204, 205, 206, 208, 212, 217, 222, 224, 225, 226, 235, 236, 238, 239, 240,

241, 256, 257, 260, 275, 276, 281, 285, 288,
291, 292, 296, 301, 308, 311, 312, 314, 316,
319, 320, 324, 326, 330, 340, 341, 352, 374,
375, 376, 379, 380, 381, 382, 384, 389, 390,
400, 401, 402, 442, 448, 457, 461, 472, 484,
486, 487, 489, 491, 493, 510, 511, 512, 521,
527, 528, 530, 533, 534, 537, 538, 539, 540,
547, 551, 553, 556, 557, 558
Métodos de interpretación 36
Interrupción del embarazo. Véase Aborto
Investigación de la paternidad 68
Inviolabilidad de las comunicaciones 85, 86
Inviolabilidad de las telecomunicaciones 312
Inviolabilidad del domicilio 373
Irretroactividad 496, 529, 533, 534

J

Jornada laboral reducida 307
Juez legítimo 514
Juramento 173
Jurisprudencia 39
Efectos vinculantes 39

L

Lebach 96, 244, 251, 252, 359
Ley sobre Precios 479
Libelo 42, 43, 44, 112, 341
Libertad artística 167, 223, 254, 255, 256, 257,
258
Libertad de asociación 104, 292, 294, 295, 296,
298, 299, 300, 301, 303, 304, 305, 306, 307,
308, 309, 310, 474
Asociación sindical 292, 294, 297, 299, 303,
304, 305
Incorporación de miembros al sindicato 298
Libertad de conciencia 166, 174
Libertad de creencia 165, 166, 169, 171, 172,
173, 196
Acción “Cuarto trastero” 168
Crucifijo 175
Degollamiento ritual de animales
(*Schächten*) 183
Negativa a prestar auxilio por motivos
religiosos 165
Negativa a prestar juramento 170
Oración en la escuela 271

Osho 190, 191, 192, 193, 194
Velo Islámico 194
Libertad de expresión 43, 65, 205, 206, 207, 208,
209, 214, 217, 224, 225, 233, 257
Exhortación a un boicot 210
Nota de solidaridad de soldados 216
Publicidad ofensiva (*Benetton*) 233
Libertad de opinión 42, 43, 44, 48, 51, 65, 66, 67,
202, 203, 206, 207, 209, 210, 212, 213, 214,
215, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224,
225, 234, 235, 238, 239, 240, 244, 277, 278,
279, 281, 347, 348
Lüth 43, 47, 117, 202, 214, 244
Los soldados son asesinos 219
Libertad de profesión 316
Advertencias en productos de tabaco 347
Certificación de los conocimientos
profesionales 336
Concesión para operar casinos 361
Designación oficial de peritos 339
Dulces de chocolate y arroz inflado 345
Éter de glicol 367
Ley sobre Asesoría Jurídica 326
Ley sobre Farmacias 316, 318
Ley sobre la Estructura de los Molinos 326
Numerus Clausus 350
Obligación de trabajar 358
Reglamento de Oficios Artesanales 329, 330,
331
Seguro Médico - médicos autorizados 328
Libertad de radio. Véase Radiodifusión
Libertad de reunión 275
Manifestación sin notificación previa 290
Libertad religiosa 174, 181, 182, 185, 190, 191,
193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201. Véase
Libertad de creencia
Libre colaboración 472
Libre desarrollo de la personalidad 56, 60, 118,
172
Grabación secreta 59
Libertad de actuación 56, 57, 106, 484
Núcleo de la personalidad 57
Limitación de los derechos fundamentales 48

M

Manifestantes. Véase Bloqueo

Matrimonio 68, 70, 71, 72, 132, 158, 159, 258,
260, 265, 267, 268, 269, 270, 438, 459, 557
Mephisto 254, 255

N

Normas pre-constitucionales 35
Notificación 38, 39
Nulidad de una ley 44, 502

O

Oración en la escuela 271
Ordenanzas municipales 532
Orden de aprehensión 383, 466, 467, 519, 520
Orden de cateo 381

P

Panfletos 41
Partidos políticos 164, 476, 478, 499, 500, 501
Pasaporte 56
Pena de muerte 115, 219, 517, 518, 519
Pena patrimonial 545
Pensión de funcionarios públicos 157
Pensión de orfandad 471
Pequeñas huertas 409
Permiso de importación 480
Personas jurídicas 191, 243, 330, 347, 450, 451,
452. Véase Derechos de las personas morales
Prescripción 534
Principio de concordancia práctica 180
Principio de proporcionalidad 60, 61, 94, 97,
104, 105, 106, 107, 110, 119, 131, 140, 142,
152, 185, 194, 315, 361, 363, 365, 367, 387,
391, 393, 394
Prohibición de dar una protección insuficiente
(*Untermaßverbot*) 128, 137
Prohibición de exceso en la reglamentación
(*Übermaßverbot*) 105, 107, 110, 111
Principios estructurales del Estado 469
Principio de Estado de Derecho 479
Irretroactividad de las leyes 495
Justicia penal 494
Reserva de ley 479
Sujeción de los jueces a la ley y el derecho
491
Principio de Estado Democrático 476

Principio de Estado Federal 469
Principio de Estado Social 471
Prisión preventiva 148, 152
Prisioneros 48
Prohibición de discriminación 162, 190
Propaganda electoral 297, 476
Propiedad 237
Protección de la honra 43, 44, 208, 219, 222, 223
Protección de la palabra hablada 86

R

Radiodifusión 132, 227, 228, 241, 242, 243, 244,
245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253,
254, 452, 453, 469
Reducción salarial 473
Remate judicial 408
Reserva de ley. Véase Restricción de derechos
fundamentales
Reserva judicial 560
Restricción de derechos fundamentales
Reserva de ley 49, 58, 245, 249, 261, 263,
264, 281, 282, 286, 290, 305, 320, 342, 357,
479, 472, 474, 486, 487, 489, 490, 530, 533,
538, 562

S

Secreto de la correspondencia 48
Servicio civil 552, 553, 554
Servicio militar 165, 215, 217, 494, 552, 560
Sindicato 293, 298, 310, 473
Sistema escolar 194, 200, 262, 270
Sociedades registradas de convivencia 265
Sueldos de funcionarios públicos 37, 163, 501, 505

T

Tamiles 444
Tasación conjunta 258
Terrorismo 446
Tolerancia 166, 167, 181, 199, 200, 218, 271,
272
Tortura 445
Transporte privado 483
Tribunales especializados 38, 39, 43, 91, 141,
142, 197, 231, 285, 314, 465, 467, 525, 528
Tutela 555

V

- Vida en gestación 117, 119
- Videgrabación de audiencias judiciales 226
- Vigilancia acústica del domicilio 387
- Voluntad confirmatoria del legislador 35
- Voluntad objetiva del legislador 36
- Voto particular 43, 54, 121, 182, 218, 269, 540

Índice progresivo (por número de sentencia BVerfGE)

BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:	BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:
1, 14	6	11, 126	1
1, 184	127	12, 113	47
2, 124	128	12, 202	53
4, 412	129	12, 205	111
6, 32	12	13, 97	75
6, 55	58	14, 174	136
7, 198	46	14, 263	89
7, 37	71	16, 194	24
8, 1	125	17, 306	118
8, 28	2	18, 85	4
8, 28	38	18, 112	131
8, 51	124	19, 303	64
8, 274	116	19, 330	76
9, 89	132	19, 342	28
9, 137	117	20, 45	29
9, 338	32	21, 12	7
10, 234	31	21, 73	90
10, 264	105	21, 362	103
10, 302	144	21, 378	122
11, 30	74	22, 311	145

BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:	BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:
23, 191	143	39, 334	37
24, 33	106	40, 88	3
24, 236	40	40, 121	112
25, 112	91	41, 246	133
25, 158	134	41, 378	72
25, 256	48	42, 133	65
25, 269	139	42, 237	130
26, 41	138	43, 130	5
26, 302	30	44, 125	115
27, 1	18	44, 197	49
28, 295	66	44, 249	126
30, 1	10	45, 187	11
30, 173	57	46, 325	93
30, 367	123	47, 46	59
31, 229	92	48, 210	119
31, 314	104	48, 327	34
32, 54	84	49, 89	120
32, 98	39	50, 290	8
32, 346	137	50, 290	67
33, 1	9	51, 97	85
33, 23	41	52, 1	94
33, 303	80	52, 214	25
34, 238	13	52, 223	61
34, 269	121	52, 369	36
35, 202	56	53, 30	26
35, 382	107	53, 135	78
37, 150	108	57, 295	54
38, 281	20	58, 300	95
38, 348	88	59, 231	113
39, 1	22	65, 1	19
39, 196	33	68, 361	96
39, 210	73	69, 315	62

BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:	BVerfGE	Corresponde en esta obra al número:
73, 118	55	99, 185	14
74, 51	99	100, 226	97
77, 170	27	100, 271	114
80, 315	100	101, 361	16
81, 142	101	102, 197	82
84, 9	35	102, 347	52
84, 34	109	103, 44	51
84, 212	68	103, 142	86
85, 69	63	104, 92	141
86, 28	77	104, 220	110
88, 203	23	104, 337	43
90, 145	21	105, 135	142
92, 1	140	105, 239	146
92, 365	69	105, 252	83
93, 1	42	105, 279	44
93, 121	98	105, 313	60
93, 266	50	106, 28	17
94, 49	102	107, 299	70
95, 173	79	107, 395	135
96, 56	15	108, 282	45
98, 169	81	109, 279	87

COLOFÓN

