

Francisco J. Campos Zamora* (Costa Rica)

La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Federal, como intérprete oficial de la Ley Fundamental, ha establecido una lectura particular de los derechos fundamentales que ha asumido una forma concreta y que se ha arraigado en la cultura jurídico-política de Alemania. Tanto su jurisprudencia como su práctica se han convertido en referentes globales y muy específicamente en América Latina. En este artículo reseñamos los casos de la horizontalidad de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) y de la creación o del perfeccionamiento del derecho (*Rechtsfortbildung*). El propósito de este artículo es resaltar que estos casos pueden servir como modelo o advertencia para los sistemas de administración de justicia en América Latina.

Palabras clave: Estado de los jueces, eficacia de los derechos fundamentales, Ley Fundamental, Tribunal Constitucional Federal.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Bundesverfassungsgericht als für die Interpretation des Grundgesetzes zuständige Instanz hat eine eigenständige Auslegung der Grundrechte entwickelt, die in konkreten Entscheidungen zum Ausdruck kommt und in der rechtspolitischen Kultur Deutschlands verankert ist. Seine Rechtsprechung wie auch seine Praxis finden internationale Beachtung, insbesondere in Lateinamerika. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsfortbildung um aufzuzeigen, dass die genannten Themen den lateinamerikanischen Rechtssystemen als Modell oder Hinweise dienen können.

* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. fcocampos@gmail.com

Schlagwörter: Richterstaat; Wirkung der Grundrechte, Grundgesetz, Bundesverfassungsgericht.

ABSTRACT

The Federal Constitutional Court, as official interpreter of the Basic Law, has established a particular reading of fundamental rights that has assumed a concrete form and that has taken root in the legal-political culture of Germany. Both its jurisprudence and practice have become global references, specifically in Latin America. In this article, we review the cases involving the horizontality of fundamental rights (*Drittwirkung der Grundrechte*) and of the creation or improvement of the law (*Rechtsfortbildung*). The purpose of this article is to highlight the fact that these cases can serve as a model or warning for justice administration systems in Latin America.

Key words: Status of judges, effectiveness of fundamental rights, Basic Law, Federal Constitutional Court.

Introducción

“No existe ninguna Constitución limpia del viento sucio de la historia. No la hay ni la puede haber”.¹ Las constituciones son normas de reacción que suelen venir al mundo en tiempos de crisis, periodos de ajuste, épocas de cambio. Deben dar forma a un nuevo ordenamiento, a menudo de un modo completamente diverso al anterior.² No es extraño que los conflictos armados y las crisis económicas leguen una carta magna o una ley temporal que haga las veces de esta, acompañada también de una nueva forma de leer el derecho, con la cual se pretende no recaer en los vicios que se han dejado atrás. El derecho surge de la vida real, de las estructuras sociopolíticas y de las experiencias, en resumen, de la historia, y no solo de las leyes escritas. *El derecho es, en ese sentido, una respuesta a ese viento sucio de la historia.*

La Ley Fundamental, como no podría ser de otra forma, es también una norma de reacción, una respuesta a los horrores del nacionalsocialismo, y ello se evidencia desde su artículo primero, “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.³ Mientras la mayoría de las constituciones inicia con una declaración sobre la estructura del poder estatal o bien proclamando la naturaleza soberana e independiente del Estado, la Ley Fundamental coloca a la persona en el centro del nuevo sistema jurídico alemán. No será el Estado el actor más importante, sino los sujetos. En un nuevo esquema de derechos y garantías, estos representarán el papel principal en la República Federal. Lo anterior ha hecho

¹ Félix Ovejero, “La doctrina constitucional de Rufián”, *El Mundo*, 5 de diciembre de 2018.

² Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

³ “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

de la Ley Fundamental una norma apreciada globalmente, toda vez que la respuesta alemana a la experiencia totalitaria ha servido de guía para otros países. No debe olvidarse que los Estados que han tenido un desarrollo democrático, relativamente continuo, sin experiencia totalitaria o autoritaria, son claramente la excepción en la comunidad internacional.

Ahora bien, ¿puede afirmarse que la Ley Fundamental ha guiado a otras constituciones o ha influido en ellas?, ¿cómo ha tenido lugar ese proceso? y, lo más importante, ¿en qué aspectos podemos percibir esa influencia? Defenderemos aquí la idea de que esa guía o influencia entre constituciones no es posible de forma directa, a menos que por ello se entienda el simplismo de copiar o tropicalizar normas de forma irreflexiva, lo cual difícilmente significará un verdadero aporte, en la medida en que cada Estado posee singularidades solo comprensibles al analizar su historia. Un verdadero diálogo “entre constituciones” es mucho más complejo de lo que de sólo suele creerse. Las constituciones, por su misma naturaleza, son normas conservadoras, regulaciones casi pétreas respecto a su proceso de cambio a las que no les gustan las reformas y cuyos procesos de transformación requieren mayorías especiales e incluso aprobación a lo largo de distintas legislaturas. Las constituciones se mueven lentamente.

La Ley Fundamental ha elegido a su propio guardián en la figura del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), como aquel que limitará los excesos del Leviatán, vigilará la constitucionalidad de las leyes y dimensionará los efectos de los derechos fundamentales ante situaciones que no pudieron ser contempladas por el legislador. Es este el espacio donde la Ley Fundamental realmente cobra vida. Defenderemos aquí la idea de que el diálogo “entre constituciones” no se lleva a cabo a nivel normativo, sino entre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Si bien una determinada figura constitucional puede inspirar a otros países a incluirla en sus ordenamientos nacionales, la experiencia de las últimas décadas ha mostrado una influencia más activa del Tribunal Constitucional Federal sobre la jurisprudencia de sus pares latinoamericanos. En este trabajo reflexionaremos muy brevemente sobre la figura de este Tribunal como guardián de la Constitución y posteriormente presentaremos los casos de horizontalidad de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) y de creación o perfeccionamiento del derecho (*Rechtsfortbildung*), como ejemplos de la influencia de dicho Tribunal en algunos sistemas latinoamericanos.

1. El guardián de la Ley Fundamental

Probablemente, una de las polémicas más importantes del siglo XX en el campo del derecho constitucional sea la que tuvo lugar entre Hans Kelsen (1881-1973) y Carl Schmitt (1888-1985) con ocasión de intentar determinar quién debía ser el guardián de la Constitución. La disputa se desencadenó, específicamente, en 1928 debido a

una publicación que hizo Kelsen en Francia⁴ a la que Carl Schmitt respondía en 1929 con una serie de artículos y, posteriormente, como libro en 1931 bajo el nombre *El guardián de la Constitución*.⁵ La réplica de Kelsen no se hizo esperar y para ese mismo año se publicaba la obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*⁶

Es importante llamar la atención respecto de que la disputa tuvo como escenario los últimos y convulsos años de la República de Weimar. La situación durante ese periodo se mostraba compleja. En lo económico, esta no se había recuperado completamente de la hiperinflación padecida entre 1921 y 1923 y, en lo político, la coalición tripartita entre la socialdemocracia, el liberalismo democrático y el catolicismo social ofrecía los primeros signos de resquebrajamiento. Desde marzo de 1930, Heinrich Brüning se desempeñaba como canciller y en julio, frente al rechazo parlamentario de las leyes financieras, disuelve el Parlamento (*Reichstag*) y las siguientes elecciones conceden una importante victoria al nacionalsocialismo. A partir de octubre de ese año, Brüning comienza a gobernar mediante decretos emitidos por el presidente Paul von Hindenburg, apoyándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.

Las posiciones que Schmitt defenderá en su particular enfrentamiento contra Kelsen pueden encontrarse ya en *La teoría de la constitución (Verfassungslehre)*. Allí pasa revista al concepto de ‘constitución’ (*Verfassung*) e identifica cuatro distintas nociones: absoluta (como un todo unitario)⁷, relativa (como una pluralidad de leyes particulares)⁸, positiva (como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política)⁹ e ideal (como un cierto contenido).¹⁰ Distingue, además, entre constitución, entendida como forma sustancial de unidad política, y ley constitucional (*Verfassungsgesetz*), entendida como realización normativa de la constitución. En si critica a Kelsen afirma que, si bien su concepto de constitución es absoluto –esto es, una unidad jurídica de normas, un simple deber ser donde la constitución viene a ser la norma de normas–, sin los principios metafísicos del derecho natural tal concepto se relativiza hasta convertirse en ley constitucional.

Para Schmitt, por el contrario, debe distinguirse entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, este último entendido como la unidad política de un pueblo. Así las cosas, la constitución, en sentido positivo, es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política. El acento de la definición de constitución en sentido positivo de Schmitt está puesto en la noción de poder

⁴ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 297-357.

⁵ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, Dr. Walther Rothschild, 1931 [Mohr Siebeck, 2008].

⁷ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, p. 3.

⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰ *Ibid.*, p. 36.

constituyente, entendido como voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. En ese sentido, para Schmitt, una constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y la forma del propio ser, con lo cual opone en su teoría, una vez más, las nociones de norma y existencia.¹¹

Schmitt hará referencia también a la distinción entre los litigios constitucionales, que son siempre políticos, y las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. La comprobación de la constitucionalidad de las leyes que aplican los tribunales es una exigencia del Estado de derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca apolítica; por tanto, en el razonamiento de Schmitt, establecer un tribunal especial para decidir la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de derecho. La determinación de un concepto claro de litigio constitucional será para el jurista alemán la primera condición de toda “justicia constitucional”.¹² Un tribunal constitucional concentraría y monopolizaría el control de la constitución, lo que conllevaría una politización de la justicia (*Politisierung der Justiz*), más que una judicialización de la política (*Juridifizierung der Politik*). Se trabajaría así con “ficciones”, con formas, sin tener en cuenta los “contenidos” e ignorando las diferencias efectivas entre constitución y ley constitucional.¹³ Los tribunales pueden controlar que las leyes ordinarias respeten la ley constitucional, pero no pueden erigirse en guardianes de la constitución.¹⁴

Frente a esta posición, Kelsen defendía que los tribunales constitucionales constituyen “un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia”,¹⁵ es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual el tribunal constitucional constituía un supertribunal. Pero también representaba una garantía para la voluntad del parlamento expresada en las leyes, ya que incluso en una democracia parlamentaria el segundo grado de la formación de la voluntad estatal, la ejecución por la burocracia, presentaba para Kelsen un carácter inevitablemente autocrático. El control constitucional de los reglamentos de ejecución era un arma para atemperar este carácter del Estado moderno en interés de la democracia.

Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la constitución debe ser distinto e independiente del parlamento y del Gobierno, que son los

¹¹ *Ibid.*, pp. 67, 68.

¹² *Ibid.*, p. 135.

¹³ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, p. 60.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 36 ss.

¹⁵ Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, *op. cit.*, p. 53.

principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y los reglamentos. En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional, incluidas las leyes del parlamento, ya que este está subordinado a la constitución, y respecto a ella aplica derecho, es decir, las normas constitucionales. En última instancia, en la concepción kelseniana, el tribunal constitucional tiene una importancia política de primer orden: es la garantía de paz política en el interior del Estado. Kelsen expresa que el principal argumento teórico de Schmitt contra la instauración de tribunales constitucionales se basa en su carácter político, por tanto, supuestamente incompatible con la función judicial. La tesis de Schmitt no se sostiene, porque el ejercicio del poder no es una función exclusiva del parlamento. Inclusive si se entiende lo político, en el sentido schmittiano, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión, toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder y por tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera, como lo sostiene Schmitt, la posición constitucional de la jurisdicción.¹⁶

A pesar de las objeciones de Schmitt, el establecimiento de tribunales constitucionales es una de las señas de identidad de todos los regímenes democráticos establecidos en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. La democratización de los países del sur y, posteriormente, del este de Europa ha confirmado el indiscutible éxito de esta institución. Conceptualmente, se estará siempre en deuda con Kelsen e incluso un poco con Schmitt, en la medida en que sus ideas obligaron al primero a redefinir y profundizar en el tema. Hoy es pacíficamente aceptado que todo Estado constitucional requiere la existencia de un tribunal que vele por el cumplimiento de la constitución. Una institución que desempeña una función política, pero que lo hace a través del derecho. Como el Tribunal Constitucional Federal establecido en 1951 es heredero de toda esta tradición, conocer su génesis es fundamental para comprender muchas de sus posiciones actuales.

2. Horizontalidad de los derechos fundamentales

Por *Drittwirkung der Grundrechte* se expresa el debate acerca de si los derechos fundamentales ejercen sus efectos no solo de forma vertical entre particulares y el Estado, sino también entre sujetos de derecho privado. A continuación, analizaremos sus antecedentes, modalidades principales y recepción por parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

2.1. El caso Lüth

En 1950 Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se pronunció contra una película del director Veit Harlan y exhortó a no comercializar una de sus películas y a no acudir a su proyección, en vista del pasado nacionalsocialista del realizador.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 13 ss.

La productora del film acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película.¹⁷ Se trataba de una incitación al boicot que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*) contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Lüth acudió ante el Tribunal Constitucional Federal argumentando que se violaba su libertad de expresión. El Tribunal determinó que la expresión de una opinión que llama al boicot no viola necesariamente las buenas costumbres. El Tribunal Constitucional Federal no analiza en concreto cada uno de los derechos fundamentales, sino que se centra únicamente en la violación imputable al juez civil. La vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el Tribunal Constitucional Federal son dos problemas “resueltos de una sola vez”, con el impulso que ofrece la proclamación de la Constitución como un sistema de valores.¹⁸ La resolución fue omisa en varios puntos y criticada como poco clara; sin embargo, dio inicio a una de las más importantes discusiones de la historia constitucional alemana: ¿aplican los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado?

2.2. Modalidades de la *Drittwirkung*

De admitirse que los derechos fundamentales irradian sus efectos al derecho privado, la segunda cuestión en importancia es la determinación de la forma en que esos efectos se producen. Este cuestionamiento ha dado paso a dos modalidades de *Drittwirkung*.

2.2.1. *Drittwirkung directa*

La teoría de la *Drittwirkung* directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Hans Carl Nipperdey¹⁹, sostiene la vinculación directa a los derechos fundamentales de los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autodeterminación. No se necesitaría la mediación del legislador o del juez para que tales derechos desplieguen plenamente sus efectos en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos ya proclamados por la constitución.²⁰ Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar

¹⁷ Jesús García y Antonio Jiménez, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹ Nipperdey prefiere hablar de efecto absoluto de los derechos fundamentales y no de efectos ante terceros (Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, p. 94).

²⁰ Hans Carl Nipperdey, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, *Recht der Arbeit*, München, C.H. Beck, 1950, pp. 121-128; “Boycott und freie Meinungsäußerung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 73, 1958, pp. 445-452.

la virtualidad directa, sin mediaciones de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Se sostiene que esos derechos vinculan los actos de los particulares, es decir, se imponen dentro del ámbito que rige la autonomía de la voluntad y deben ser respetados aun en las relaciones privadas.²¹

2.2.2. *Drittwirkung indirecta*

La *Drittwirkung* indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Günter Dürig, sostiene que son las normas y no los actos de derecho privado las que están vinculadas por los derechos fundamentales y que solo en esa medida esos derechos rigen las relaciones entre particulares.²² Según tal tesis, los derechos fundamentales, al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían necesarios puntos de partida para la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, tendrían una eficacia interpretativa. Se reconoce así la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.²³ Cuando se declara la vulneración de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público, que no ha satisfecho su obligación de proteger ese derecho; la violación no se enmarca en el plano privado, sino, por el contrario, se produce en el ámbito del derecho público. La consecuencia más característica de esa mediación radica en que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta la relación en cuanto derecho fundamental, sino en razón de que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándola en derecho objetivo. Corresponde, pues, a esa rama del ordenamiento dar una respuesta justa a los conflictos de intereses que surjan entre particulares, una solución acorde con la autonomía privada.²⁴

2.3. Recepción en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sufrido una evolución a lo largo de su historia hasta llegar en los últimos años a

²¹ María Venegas, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 179; Albert Bleckmann, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 103, 1988, p. 942; Johannes Hager, "Grundrechte im Privatrecht", *JuristenZeitung*, vol. 49, núm. 8, 1994, p. 383.

²² Günter Dürig, "Grundrechte und Privatrechtsverkehr", en Theodor Maunz y Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 2001, pp. 64-68.

²³ Herbert Krüger, "Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung", *Neue Juristische Wochenschrift* 2, núm. 5, 1949, p. 163.

²⁴ Venegas, *op. cit.*, p. 148.

aceptar posiciones que pueden ser admitidas como casos de *Drittwirkung*.²⁵ Desde sus inicios dicho tribunal se presentaba como una instancia de tutela del ciudadano frente a las actuaciones por parte de los Estados que vulnerasen sus derechos. Esta primera etapa se caracteriza por sentencias que analizan la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988)²⁶ es el primer asunto en el que llega a plantearse la cuestión de la *Drittwirkung*, caso motivado porque Manfredo Velásquez fue apresado sin mediar orden judicial por la policía secreta hondureña y por civiles que actuaban bajo su dirección, y, al igual que sucedió en muchos otros casos, fue asesinado y enterrado en un cementerio clandestino. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos somete el caso a la competencia de la Corte y esta manifiesta que el análisis está determinado por los alcances que se atribuyan al artículo 1.1 de la Convención. En su consideración, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la *acción u omisión* de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado. Los derechos fundamentales, a juicio de la Corte, se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades; la responsabilidad del Estado, sin embargo, se extiende a aquellos casos en que se demuestre cierto *apoyo o tolerancia* del poder público con respecto a los particulares en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Para la Corte, en este caso, si bien los individuos que participaron en los hechos no formaban parte del Estado hondureño, existía una implicación significativa debido a la *falta de debida diligencia*, en *apoyo*, en *acquiescencia* o en *tolerancia* sobre el actuar de los particulares.

En una segunda fase, el eje de relevancia pasa del Estado, como sujeto pasivo en el proceso, a la norma violada y los hechos que la han ocasionado. La Corte expone así que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes*. Esta etapa da inicio con el Caso Blake contra Guatemala (1998),²⁷ motivado porque, en marzo de 1985, dos ciudadanos estadounidenses fueron asesinados en Guatemala a manos de las denominadas Patrullas de Autodefensa Civil. La Corte estimó que estas actuaban, efectivamente, como agentes del Estado, ya que recibían recursos e incluso órdenes del Ejército. En la resolución de este asunto la Corte es consciente de que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión,

²⁵ Para un desarrollo más amplio de esa evolución puede consultarse Javier Mijangos y González, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

²⁶ Corte IDH, Resolución del 29 de julio de 1988.

²⁷ Corte IDH, Resolución del 24 de enero de 1998.

por mínima que sea, con los poderes públicos. Lo anterior conduce a uno de los miembros del tribunal, el juez Cançado Trindade, a redactar un voto razonado que será la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. A su juicio, es necesario desmitificar a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos y que, antes bien, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un *ordre public* internacional.

Finalmente, hay una fase que llega hasta el día de hoy y cuyo precedente más importante no se halla en un caso contencioso, sino en la Opinión Consultiva 18 de 2003 y que establece la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de naturaleza privada. En marzo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió, en el Caso Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos o de tramitación, después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la National Labor Relations Act. Ante esa resolución, México solicita, en el mismo año, una opinión consultiva a la Corte con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención.

La primera operación que realiza la Corte se encamina a determinar si el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como de *jus cogens*. A su juicio, dicho principio puede considerarse imperativo, en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Esas normas son *jus cogens* en tanto así lo han determinado los propios Estados miembros al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos prevista en el artículo 1.1 de la Convención. Es a través de la unión de estos dos factores como los derechos fundamentales de la Corte se convierten en el *orden público interamericano* en normas *imperativas*. Los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la Convención. De ese modo, la Corte declara rotundamente que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares.

3. Surgimiento del Estado de los jueces (*Richterstaat*)

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas, por regla general, por la autoridad parlamentaria. Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales completan o integran, en la práctica, normas jurídicas, esto es, se lleva a cabo un proceso de *perfeccionamiento del derecho* (*gesetzesergänzende Rechtsfortbildung*). Lo anterior encuentra su origen en situaciones en que el órgano

legislativo no puede regularlo todo o no desea hacerlo por una cuestión de política jurídica. Esta premisa es particularmente visible en los vacíos legales, conceptos jurídicos indeterminados y campos abiertos de la legislación. Todo orden jurídico es incompleto, pero los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados, aun ante la inexistencia de norma. En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones, el juez se convierte en un legislador sustituto. Mucho más problemático es el caso del proceso de *creación judicial del derecho* (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*) como aquel donde no se está integrando la norma, sino que se está yendo más allá de ella, con lo cual se abre en muchos casos la peligrosa puerta a modificaciones constitucionales que no pasan ya por los debidos procedimientos legislativos, sino por resoluciones de los tribunales constitucionales que pueden llegar a cambiar los propósitos normativos del constituyente o del legislador.

En la creación judicial del derecho se reúnen dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que se esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. El problema radica en que, al enfrentarse el juez a una laguna jurídica, no puede encontrar una valoración legal aplicable al caso y entonces debe establecer una norma para la situación no regulada jurídicamente. En esos casos sin regulación, cuando el juez no encuentra el derecho, debe crearlo como un legislador sustituto. Se trata, en última instancia, de un acto de política jurídica, pero en algunos casos se constituye también en un medio efectivo para separarse del principio de vinculación a la ley. Esto sucede cuando el juez, en desacuerdo con una valoración legal vinculante y previamente existente, intenta invalidarla haciendo uso de una “búsqueda” ya encauzada a encontrar vacíos jurídicos.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. De acuerdo con la constitución, el juez es un servidor obligado a obedecer la ley, pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto, se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. Una de las principales tareas de una metodología de la interpretación jurídica debe consistir en mostrarle al operador jurídico las diferencias y los efectos de aplicar una ley, perfeccionar una regla y corregir una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa, cuando en lugar de cumplir la norma se erige en legislador. Lo anterior precisa diferenciar claramente esas funciones, así como sus límites. No existe, por tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho ni particularmente en materia constitucional.

Esa creación del derecho por vía judicial y, muy específicamente, por los tribunales constitucionales encuentra su origen, no siempre reconocido ni admitido, en la tensión entre los cambios sociohistóricos y el principio de seguridad jurídica, en el anhelo de verse compelido a realizar reformas completas al ordenamiento jurídico. Los tribunales constitucionales se ven tentados a apartarse de las valoraciones

previamente establecidas por el legislador, haciendo uso de sus propias concepciones de justicia y con la ayuda de métodos de aplicación del derecho, que facilitan separarse de la ley. El importante proceso de cambio político-constitucional, que desplaza al legislador en favor del juez constitucional, puede entenderse mejor al estudiar, por ejemplo, la evolución del derecho de los jueces en Alemania.

Rüthers señala que durante los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989 Alemania experimentó siete distintos sistemas jurídicos.²⁸ Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación de un sector mayoritario, tanto de autoridades como de académicos, y fue aceptado y practicado, lo que convirtió a Alemania en el campeón en la disciplina de “cambio rápido del sistema político”. Los cambios de sistema significan, por lo general, cambios de ideología. Esto supone, al mismo tiempo, un cambio de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales, esto es, de los principios superiores del derecho. Los cambios del sistema representan un nuevo orden de convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Sin embargo, no se trata de un proceso automático. Por lo general, el nuevo legislador no está en las condiciones de transformar el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera regular, unas reglamentaciones muy limitadas. La carga principal de efectuar completamente las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, según las experiencias de las últimas décadas, los órganos judiciales. La jurisprudencia práctica tiene en todas las formas de Estado una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.²⁹

Los cambios radicales, aquí mencionados, que se dieron más o menos de forma simultánea sobrevinieron al ordenamiento jurídico tradicional y a sus intérpretes y generaron en poco tiempo una gran necesidad de modificación jurídica; y ya que el derecho es la respuesta humana a nuevos problemas de regulación, era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Al no encontrarse el legislador en capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, dicha tarea correspondió de facto al poder judicial. Cuando se consideró indispensable, se renunció al principio de vinculación del juez a la ley y se dio lugar a nuevas figuras en el derecho civil,³⁰ así como al desarrollo de nuevas construcciones por parte del tribunal constitucional.

²⁸ El imperio, Weimar, el Estado nacionalsocialista, los regímenes de ocupación, la República Federal Alemana original, la República Democrática de Alemania (RDA), la nueva República Federal unificada dentro del ensamblaje de la europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales en la Unión Europea (Bernd Rüthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002, p. 368).

²⁹ Rüthers, *Die heimliche Revolution von Rechtsstaat zum Richterstaat*, op. cit., p. 9.

³⁰ El fallo sobre la revalorización de una hipoteca del tribunal del Imperio en 1923 significó una sublevación, hasta ese momento inimaginable, de los tribunales supremos contra la normatividad vigente, la cual había sido incluso anunciada por parte de la Asociación de

Actualmente, los tribunales, tanto los comunes como los constitucionales, reconocen el valor de la teoría objetiva de la interpretación. La voluntad real del legislador presentaría, desde esta perspectiva, un papel secundario y funcionaría como verdadera hoja de ruta solo en aquellos casos en que el tenor literal de la norma no aporte conclusiones definitivas sobre su sentido. Lo determinante, en muchos casos, es el presunto sentido objetivo de la norma y, dado que este es uno de los métodos más utilizados por el operador jurídico, cuestiones como la finalidad perseguida con la norma no llegan a discutirse en muchos casos. En este método de interpretación se renuncia a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador. No obstante, contrario a lo anterior, el primer objetivo del juez debe ser realizar un análisis crítico de la norma. La tan solo aparentemente interpretación objetiva reemplaza en realidad la subjetividad del legislador por aquella del juez y hace de la interpretación objetiva un globo a merced de los vientos del momento histórico. La voluntad del legislador podría ser variada de forma discrecional por los órganos judiciales e incluso tergiversada hasta obtener lo contrario a lo querido por el legislador. El método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Nos enfrentamos aquí al instrumento que ha facilitado el surgimiento del Estado judicial.³¹

Esa transformación del juez de servidor de la ley a señor del ordenamiento jurídico se ve propiciada por el método objetivo de interpretación, y así ha sido admitido por muchos tribunales constitucionales, cuya labor inicial consistía en la custodia y defensa de la constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder, tanto estatales como privados. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad y hoy en día prescriben al legislador, hasta el último detalle, la forma de regular determinados ámbitos, aquello admisible y aquello inadmisibles. Lo fundamental pasa a ser lo que la mayoría del tribunal estime como razonable. El problema esencial de tal concepción radica en que deja desprovista a la norma de su naturaleza histórica. Cada constitución representa, usualmente, la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor, que obligaron a modificar la idea del Estado y el derecho. Las decisiones del juez, que van más allá, se apartan de esa configuración inicial y constituyen actos político-jurídicos del intérprete, que varían o complementan la constitución. No se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

La instancia creada para la tutela de la constitución se ha transformado en un parlamento sustituto, que adopta decisiones políticas no ya para casos particulares,

Jueces frente al tribunal del Imperio (Rüthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *op. cit.*, p. 369).

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, p. 61; *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 402.

sino para toda la comunidad. La consecuencia perversa de tal actuación consiste en que las decisiones del tribunal constitucional pueden decretar cambios materiales de la constitución.³² Mientras las reformas constitucionales a iniciativa del poder legislativo requieren mayorías previamente determinadas, la magistratura requiere, únicamente, el cambio de un voto para provocar un cambio constitucional. El principio de representación se ve vulnerado y la soberanía del pueblo trastocada por la soberanía de la judicatura (*Richteramt*). Se produce una legislación superpuesta, carente de legitimidad político-democrática.

Conclusiones

La Ley Fundamental se entiende aquí en primer lugar como un texto cuya lectura está abierta a cualquier persona que quiera obtener una impresión del orden en el que vive. Dicha lectura en la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” es parte de una democracia en la que los ciudadanos solo tienen que determinar por sí mismos cómo se forma su propio orden político y cómo se puede leer su propia constitución. La Ley Fundamental es también una norma, una institución. Describe cómo debe ser el orden político y su normatividad tiene mucho que ver con su claridad como texto. El texto de la Ley Fundamental permite establecer criterios contra la realidad social y política, no solo como un tribunal, sino también como ciudadanos que se cuestionan qué significa que todo poder estatal proviene del pueblo y hasta qué punto esa norma se cumple en Alemania.

El poder en un Estado de derecho debe leerse siempre como responsabilidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en cooperación con los otros órganos estatales, tiene un poder único. Puede poner al Parlamento en los límites de la Constitución y anular sus leyes cuando sean incompatibles con la Ley Fundamental. Puede cancelar políticas judiciales y gubernamentales que no sean consistentes con la Constitución. Tiene que decidir sobre la inconstitucionalidad de los partidos políticos y puede relevar al presidente federal de su cargo, si ha violado deliberadamente la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, ha establecido el tono en el que debe entenderse la Ley Fundamental. En particular, su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales ha dado lugar a que la Ley Fundamental haya tomado una forma concreta y se haya arraigado en la cultura política de Alemania. La protección judicial de los derechos fundamentales ha creado una conciencia entre los ciudadanos alemanes de que no están indefensos frente a la intervención estatal. Tanto su jurisprudencia como sus prácticas se han convertido en

³² Cabe señalar que no todos los autores observan el Estado judicial; es así como Günter Hirsch lo contempla como una concretización del Estado de derecho, en “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.

referente para América Latina. En este trabajo hemos querido señalar únicamente dos aspectos de esa amplia influencia, así como hacer un llamado de atención respecto a que sus actuaciones pueden servir como modelo o advertencia para nuestros sistemas de administración de justicia.

Bibliografía

- BLECKMANN, Albert, “Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 103, 1988.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- , *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981.
- DÜRIG, Günter, *Grundrechte und Privatrechtsverkehr*, en Theodor MAUNZ y Günter DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 2001.
- ENNECCERUS, Ludwig y Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959.
- GARCÍA Jesús y Antonio JIMÉNEZ, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes, “Grundrechte im Privatrecht”, *JuristenZeitung*, vol. 49, núm. 8, 1994.
- HIRSCH, Günter, “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.
- KELSEN, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [1931], Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 297-357.
- KRÜGER, Herbert, “Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2, núm. 5, 1949.
- MIJANGOS, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- NIPPERDEY, Hans Carl, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, *Recht der Arbeit*, München, C.H. Beck, 1950.
- , “Boykott und freie Meinungsäußerung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 73, 1958.
- OVEJERO, Félix, “La doctrina constitucional de Rufián”, *El Mundo*, Opinión, 5 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2018/12/05/5c06ac8efdddfc35b8b45b5.html>
- RÜTHERS, Bernd, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

____, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002.

VENEGAS, María *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

____, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.