

Capítulo IV

La dogmática de los derechos fundamentales en transformación*

Martin Ibler**

En Alemania llamamos derechos fundamentales a los derechos que les son garantizados a las personas por la Ley Fundamental, por las constituciones de los estados federados, por la Convención Europea sobre los Derechos Humanos o, en el futuro, por la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea¹. En lo que sigue, me concentraré en los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; éstos se destacan, entre otras cosas, porque el titular de los derechos fundamentales puede interponer un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Federal Constitucional para su protección (art. 93 párr. 1 Nr. 4a Ley Fundamental, en adelante LF).

* Agradezco a Fabián Martínez Guerrero, LL.M. y doctorante en la Universidad Konstanz por la traducción.

** Profesor y exdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz. Profesor de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás en convenio con esa universidad alemana.

1 La Carta de derechos fundamentales Europea, componente del Convenio de Reforma firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, que después de su ratificación por todos los estados miembros de la Unión Europea –que aún no se ha cumplido en su totalidad– debe entrar en vigor, también contiene, junto con los derechos fundamentales de libertad y de igualdad, derechos sociales fundamentales y sobrepasa de esa manera parcialmente las constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Por ejemplo: Jörn Ipsen (2008). Sobre el concepto de los derechos fundamentales compárese Bodo, Pieroth & Bernhard (2008, núm. marg. 43 ss.).

El concepto de dogmática describe un sistema de reglas y de enunciados. A través de la dogmática jurídica, el derecho se vuelve comprensible y enseñable (Rüthers, 2008, núm. marg. 321), porque es atravesado conceptual y sistemáticamente por ella y es reducido a principios (algunos hablan de "certezas generales") (Volkamann, 2005, p. 261 y ss.). Con sus conceptos, reglas básicas y teoremas, la dogmática ayuda a explicar el ordenamiento jurídico vigente de manera racional y convincente (Rüthers, 2008, núm. marg. 321) y a mostrar sus conexiones internas (Brohm, 2001, pp. 1079 y ss., 1083 y s.). Así, la dogmática facilita la comprensión de las normas jurídicas y su aplicación; además, en caso de eventuales vacíos², también facilita que sean superados más rápidamente (Rüthers, 2008, núm. marg. 325 y s.). Para tal efecto los conceptos, las teorías y las reglas de la dogmática no necesitan estar fijados expresamente por la ley o ser derecho consuetudinario no escrito. Ellos rigen, porque se han formado y han probado su eficacia en la discusión científica y en la práctica, porque son examinados, verificados y aceptados (Rüthers, 2008, núm. mar. 320). Nuestro derecho se diferencia de un simple "derecho casuístico" (*case law*) a través de su dogmática con sus reglas sistemáticas y teoremas (Schlink, 2007, p. 157 [160 y s.]).

La dogmática de los derechos fundamentales es un fragmento de la dogmática jurídica, es decir, de la dogmática general que abarca todas las áreas jurídicas. Por tanto, la dogmática de los derechos fundamentales se compone de una estructura de conceptos (jurídicos), principios y reglas básicas, a través de las cuales podemos entender y utilizar mejor los derechos fundamentales y sus efectos (Hufen, 2009, pp. 42 y ss., en el mismo sentido: Pieroth & Schlink, 2008, pp. 6 y ss.). Esta parte de la dogmática es especialmente importante, porque su objeto de referencia, los derechos fundamentales, contribuyen a formar el contenido de todo el derecho ordinario. La dogmática de los derechos fundamentales dirige de esa manera también la interpretación y la aplicación de todo el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho privado.

² Compárese la definición similar de Uwe Volkamann (2005, p. 261-262) y de Bernhard Schlink (2007, pp. 157, 160, 162) con referencia a Adalbert Podlech (1972, pp. 491 y 492 ss.). Sobre la dogmática del derecho administrativo compárese Martin Ibler (2002, pp. 405, 416 y ss.).

El jurista también depende frecuentemente de la dogmática de los derechos fundamentales, porque la mayoría de éstos en la Ley Fundamental están formulados de manera concisa y abierta (Pieroth & Schlink, 2008, §1 núm. marg. 4, Hufen, 2009, §6 núm. marg. 4); en pocas palabras, ellos deben limitar los actos del poder soberano y, de igual forma, pueden influir en el comportamiento de los particulares. Los teoremas de la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania, descubiertos y desarrollados a través de la interpretación (histórica, sistemática y teleológica) de la constitución positiva, han probado su eficacia continuamente (Brohm, 2001, pp. 1079 [1086]). Ellos no son modelos de pensamiento o modelos conceptuales lógico-formales neutrales, por el contrario, son valorativos³.

Dentro de los teoremas de la dogmática alemana de los derechos fundamentales se cuentan, por ejemplo, las siguientes reglas:

- "Todos los derechos fundamentales tienen un núcleo de dignidad humana" (BVerfGE 109, 279 [311 y ss.])⁴.
- "Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del individuo frente al Estado" (BVerfGE 7, 198 [204], 50, 290 [337]).
- "El Estado, al estar obligado por los derechos fundamentales, no puede, en principio, ser titular de éstos" (BVerfGE 21, 362 [369 y ss]).
- "Aparte de esto, los derechos fundamentales establecen un orden de valores objetivo" (BVerfGE 7, 198 [205]).
- "De los derechos fundamentales se derivan también deberes de protección del Estado frente al individuo"⁵.
- "Si un derecho fundamental ha sido lesionado se examina en tres pasos (preguntas): 1. ¿Ha sido tocado el ámbito de protección del derecho fundamental? 2. ¿Se interviene soberanamente en el ámbito de protección del derecho fundamental?, 3. ¿Se encuentra justificada constitucionalmente la intervención?" (Ibler, 1997, p. 565 [566], Papier, 2005, p. 45 [46]).

³ "No existe una dogmática libre de valoraciones. La dogmática siempre está caracterizada ideológicamente" (Rüthers, 2008, núm. marg. 329).

⁴ Compárese también la crítica a esta regla ("conduce a problemas de delimitación insolubles") en Friedhelm Hufen (2009, § 10 núm. marg. 46).

⁵ Sobre los deberes de protección del Estado ver: Martin Ibler (2007, pp. 47 [56 ss.]).

Los teoremas de la dogmática de los derechos fundamentales son reconocidos por la mayoría de los aplicadores jurídicos, si bien no todas las frases son indiscutidas. Por ejemplo, los siguientes teoremas son correctos y mayoritariamente aceptados, aunque, al mismo tiempo, controvertidos:

- “En caso de duda, el ámbito de protección de un derecho fundamental tiene que interpretarse con amplitud”⁶.
- “En caso de duda también el concepto de una intervención en una intervención en el derecho fundamental tiene entenderse en sentido extenso” (Hufen, 2008, §8 núm. marg. 5).
- “Las personas privadas no están obligadas por los derechos fundamentales. Por tal razón entre los particulares, los derechos fundamentales no rigen directamente, sino que despliegan un efecto indirecto hacia terceros (mittelbare Drittwirkung), por cuanto influyen en la interpretación conforme a los derechos fundamentales del derecho privado, especialmente, en sus cláusulas generales, al determinar el contenido de los deberes legales de las personas privadas” (BVerfGE 7, 298 [205 y ss.]).

La utilidad de tales teorías de la dogmática de los derechos fundamentales se encuentra en que mejoran la protección de estos derechos. Ante todo, se le quita una carga al aplicador jurídico –fin de descongestión (Brohm, 2001, p. 1079 [1083]) de la dogmática de los derechos fundamentales⁷–: aquél que debe tomar una decisión jurídica tiene permitido recurrir a la dogmática de los derechos fundamentales para la interpretación y aplicación legal necesaria, sin que tenga que cuestionar de nuevo en cada caso sus conceptos, teorías y preceptos básicos. En caso contrario, las decisiones jurídicas contendrían con mayor frecuencia contradicciones valorativas y tomarían más tiempo. Así, entonces, la dogmática de los derechos fundamentales no sólo simplifica

⁶ A favor de esto se encuentra Friedhelm Hufen (2009, § 6 núm. marg. 15). Por el contrario, crítico: Hans-Jürgen Papier (2005, p. 45 [56 y s.]). La ampliación de los contenidos de protección de los derechos fundamentales disminuye, en última instancia, porque dicho aumento, por regla general, va de la mano con aumento en sus límites.

⁷ Sobre el propósito de descongestión de la dogmática jurídica en general: Bernd Rüthers (2008, núm. marg. 323).

su protección, sino que también la acelera –fin de aceleración de la dogmática de los derechos fundamentales–. Además, el resultado de su protección se vuelve más coherente –fin de exactitud de la dogmática de los derechos fundamentales– y más previsible –fin de seguridad jurídica de la dogmática de los derechos fundamentales–⁸.

También, la protección de los derechos fundamentales del ciudadano puede ser aumentada a través de la dogmática: si por ejemplo se entiende –correctamente–, con amplitud el concepto de intervención en un derecho fundamental, los tribunales no sólo examinan la legalidad de las cargas impuestas al ciudadano consciente e intencionadamente por el Estado, sino también limitaciones fácticas no deseadas a los derechos fundamentales. Es así como la dogmática fortalece la protección de estos derechos.

Por otro lado, la dogmática no prohíbe cuestionar una y otra vez sus conceptos, teorías y reglas básicas. Porque, sus teorías son válidas a través de la capacidad persuasiva, nuevas teorías pueden sustituir a las anteriores si las nuevas son fundamentadas de manera más convincente (Rüthers, 2008, núm. marg. 324). La dogmática de los derechos fundamentales no se mantiene de una vez para siempre, ella tampoco tiene fuerza constitucional por sí misma –tampoco es derecho constitucional consuetudinario–. Esto no excluye que una teoría de la dogmática jurídica pueda convertirse en algún momento en derecho (constitucional), como por ejemplo, el principio de proporcionalidad. Actualmente, él es una parte –ganada a través de la interpretación– de los derechos fundamentales y del principio del Estado de derecho (art. 20 III L.F.).

Con mayor razón, la dogmática de los derechos fundamentales no le impide al constituyente modificar los derechos. No obstante, de las 52 modificaciones de la Ley Fundamental, hasta ahora realizadas, sólo seis han modificado también derechos fundamentales (Dreier Wittrek, 2008, pp. 2 y ss.). De todos modos, la entrada en vigencia de la Ley Fundamental en 1949 trajo consigo uno de los cambios más importantes de la dogmática alemana de los derechos fundamentales. Desde ese momento, estos derechos ya no son, como en la república de Weimar, simples frases programáticas de la po-

⁸ Sobre el propósito de seguridad jurídica de la dogmática jurídica en general ver: Bernd Rüthers (2008, núm. marg. 322).

lítica jurídica, sino que vinculan a la legislación, a la administración o a la jurisprudencia como derecho vigente inmediato. Asimismo, al contrario de la república de Weimar, la Ley Fundamental no contiene derechos sociales fundamentales que garantizan ciertas condiciones de vida (Hufen, 2009, §5 núm. marg. 19), no contiene, por ejemplo, un derecho al trabajo⁹, un derecho a la educación o un derecho a la vivienda (WRV, art. 155, párr. 2, Steiner, 2002, pp. 113 y ss. [115], Hufen, 2009, §5 núm. marg. 19 y ss.). Si bien los alemanes tienen también derechos sociales, éstos son complementados actualmente en la legislación ordinaria¹⁰. Así y todo, en las constituciones de los estados federados individuales se encuentran también derechos sociales fundamentales (Hufen, 2009, §5, núm. marg. 22).

Ante todo, el Tribunal Federal Constitucional tiene una gran participación en el perfeccionamiento de la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania (Papier, 2005, pp. 45 y ss.). El nuevo presidente del segundo senado y, probablemente, próximo presidente del Tribunal Federal Constitucional, el profesor universitario Andreas Voßkuhle, ha declarado, incluso recientemente, en una entrevista al periódico *Frankfurter Allgemeine*, que la Ley Fundamental es una “Constitución delgada”, no está compuesta solamente de su texto, sino también de los más de cien tomos de las decisiones del Tribunal Federal Constitucional, que concretan dicho texto (2008, p. 4). Sin embargo, déjenme advertirles que con cada modificación de la jurisprudencia constitucional es de suponerse que también la dogmática de los derechos fundamentales cambie –aunque a menudo en la doctrina se despierte esta impresión– (Schlink, 2007, pp. 157 [159 y ss]).

La ciencia jurídica y, ante todo, el derecho constitucional, contribuye desde muchos motivos a la construcción de la dogmática de los derechos fundamentales. Tres razones importantes son: 1. el rango constitucional de los derechos fundamentales; 2. la orden expresa en la Ley Fundamental de que los derechos fundamentales vinculan directamente al legislativo, al ejecutivo

⁹ Como si estaba contenido, en cambio, en el art. 163 párr. 2 de la Constitución del Imperio Alemán de 1919 (Constitución de Weimar, WRV [por sus siglas en alemán]).

¹⁰ Por el contrario, en la Ley Fundamental es suficiente, la referencia a que Alemania es un Estado (federado) social (y democrático) (art. 20 párr. 1 Ley Fundamental, el así llamado principio del Estado Social) (Hufen, 2009, § 5 núm. marg. 21).

y a la jurisprudencia (art. 1, párr. 3 LF) –con la consecuente presión para una interpretación conforme a los derechos fundamentales en todo el derecho común; y 3., que cualquiera puede interponer el recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Federal Constitucional, con la afirmación de haber sido lesionado en sus derechos fundamentales por el poder público (art. 94 párr. 1 Nr. 4b LF). Por esto los constitucionalistas alemanes se manifiestan frecuentemente sobre la dogmática de los derechos fundamentales. Actualmente, encontramos muchos artículos que exigen, afirman, manifiestan, comentan, lamentan o discuten el cambio en la dogmática.

Es discutido por ejemplo, si la función de defensa de los derechos fundamentales sólo surte efectos en la relación bilateral entre el ciudadano y el Estado, mientras que en las así llamadas relaciones jurídicas multipolares entre ciudadanos, el Estado y otros ciudadanos la protección de los derechos fundamentales consiste en que el Estado cumpla con los deberes que le imponen los derechos fundamentales (Schwabe, 2007, pp. 135, Callies, 2006, pp. 321 y 140).

Y otra disputa (más coherente) consiste, por ejemplo, en: si los deberes de protección del Estado no sólo fortalecen la protección de los derechos fundamentales de los individuos, sino si igualmente justifican intervenciones en derechos fundamentales y disminuyen correlativamente su protección de otras personas (Pieroth & Schlink, 2008, núm. marg. 97, bajo referencia a que tal intervención sólo puede ocurrir a través de una ley parlamentaria o “Reserva parlamentaria”).

También se discute si la frase: “en caso de duda se debe interpretar el ámbito de protección con amplitud” ha sido superado por una nueva doctrina que indica que en el lugar de un ámbito de protección ampliamente entendido debe entrar un –más estrecho– ámbito de garantía, con la sucesiva consecuencia de que el concepto de intervención en los derechos fundamentales se deba restringir, por ejemplo, a medidas estatales que calculadamente deban limitar un derecho fundamental (Hufen, 2009, §6 núm. marg. 22 y ss.).

Junto a tales dudas sobre el contenido de la dogmática de los derechos fundamentales se encuentra ocasionalmente una crítica general a ella, la cual consiste en que “sea sobrecargada con problemas teóricos o jurídico filosóficos”, que pondrían en un nivel inferior las “teorías de los derechos funda-

mentales” de la Constitución y que esto debilitaría su vigor (Ipsen, 2008, núm. marg. 1).

Al fin y al cabo, la dogmática de los derechos fundamentales se apoya en el derecho constitucional. Al apartarse de ella, es de suponer que se desconocerán normas constitucionales y que contradicciones valorativas amenazarán el ordenamiento jurídico. Por tal razón, todo el que quiera hacer una ruptura con esta dogmática tiene que justificarla y fundamentarla, incluso, el constituyente y el Tribunal Federal Constitucional. También las modificaciones o los “nuevos ajustes” (Volkman, 2005, p. 261 [261]) a la dogmática de los derechos fundamentales, aún si son pretendidos por el legislador (o constituyente), el Tribunal Federal Constitucional o por la ciencia del derecho constitucional, requieren una motivación, así como las afirmaciones de tales modificaciones¹¹.

Esto resulta de la anteriormente mencionada razón de validez de los derechos fundamentales –la capacidad persuasiva de sus argumentos– (Rüthers, 2008, núm. marg. 319, Eckhol-Schmidt, 1974, pp. 16 y ss.) y de las igualmente mencionadas funciones de la dogmática de los Derechos Fundamentales; a saber, no sólo descongestionar las tareas del aplicador jurídico y acelerar la toma de decisiones, sino también garantizar la seguridad jurídica y la exactitud de las decisiones.

Las funciones positivas de la dogmática de los derechos fundamentales (descongestión, celeridad, seguridad jurídica y exactitud)– son complementadas a través de un efecto que en algunas oportunidades puede ser negativo y que yo llamo “fuerza de insistencia” (Ibler, 2002, pp. 405 [417-s.]): porque la dogmática de los derechos fundamentales no tiene que ser cuestionada una y otra vez y porque su modificación debe ser justificada; ella no es puesta continuamente en duda¹². Esta “fuerza de insistencia” puede llevar a que el orden jurídico constitucional reaccione tardíamente a las transformaciones

¹¹ Bernd Rüthers (2008, núm. marg. 324): la carga de la argumentación (carga de la prueba), la lleva quien quiera sustituir o reemplazar la dogmática vigente.

¹² “Los juristas están tentados a actuar según el lema: así lo hemos hecho siempre. Sin embargo, la dogmática no debe consolidar las soluciones tradicionales. Con el orden sistemático del derecho vigente la dogmática crea simultáneamente la condición de una crítica diferenciada y profunda”. De esta forma, la dogmática ofrece la base científica para un avance en el conocimiento, aún si éste debe imponerse sobre aquella (Rüthers, 2008, núm. marg. 326).

del presente. ¿Es por esta razón que la dogmática de los derechos fundamentales responde muy tarde a las nuevas amenazas para el Estado y para los ciudadanos que representan las nuevas formas del terrorismo o las nuevas posibilidades técnicas de investigación de la esfera privada del individuo?

Ante tales amenazas y retos no sorprende si las partes importantes de la dogmática tradicional de los derechos fundamentales son cuestionadas, o que sean exigidas modificaciones o, incluso, que se asuma que éstas ya se han producido (Schlink, 2007, p. 157 y ss., Volkman, 2005, p. 261 y ss.).

Con esto no estoy me refiriendo a una modificación parcial de la jurisprudencia de algunos derechos fundamentales, en particular. Siempre se han presentado modificaciones y siempre lo harán; por ejemplo, saber si el concepto de reunión en el derecho fundamental de libertad de reunión también abarca “sentadas pacíficas” –para bloquear vías “Sitzblockaden”– o, incluso, eventos lúdicos como el “Love-Parade” en Berlín, no es una decisión que modifique la dogmática de los derechos fundamentales. Tampoco la cuestiona que el derecho general de la personalidad de Carolina de Mónaco sea protegido actualmente con mayor fuerza frente a la prensa que antes, es decir, incluso ante fotos en un restaurante público.

Sin embargo, una modificación de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Federal Constitucional puede, por ejemplo, modificar la dogmática de los derechos fundamentales si una nueva jurisprudencia tomara como base una imagen humana diferente a la hasta ahora vigente “imagen humana de la Ley Fundamental”, bajo la cual entendemos la idea de hombre como un ser “que está dirigido a la autodeterminación en libertad y que por eso no puede ser convertido en un simple objeto de la acción estatal” (BVerfGE 118, p. 158). Un ejemplo de la modificación de la dogmática de los derechos fundamentales a través de la modificación de la jurisprudencia es la célebre “decisión de los reclusos” del Tribunal Federal Constitucional de 1972 (BVerfGE 33, pp. 1 y ss.). Desde entonces se reconoce que los reclusos, los soldados y los funcionarios públicos también tienen permitido invocar los derechos fundamentales, puesto que se encuentran incluidos, en cada caso de una manera especial, dentro del aparato estatal.

Ante todo, un cambio en la dogmática de los derechos fundamentales puede ser provocado por modificaciones en el Estado y en la sociedad. No me

refiero, de acuerdo con lo dicho anteriormente, a pequeñas modificaciones de la jurisprudencia (constitucional), ni a titulares pasajeros de la política (jurídica), ni tampoco a pequeñas innovaciones de la legislación. Por el contrario, me refiero a los grandes retos que surgen dentro y fuera de la sociedad: la crisis de la economía mundial, el desempleo, la contaminación ambiental y el avance tecnológico del terrorismo, que se nos acercan, en parte, desde fuera y que, en parte, lo causamos en Alemania, desde el interior. El terrorismo en la Alemania de los años setenta desafió a la sociedad y al Estado desde dentro; hoy en día, se nos aproxima desde el exterior el terrorismo islamista. Grandes retos también pueden surgir de los cambios en las concepciones políticas que modifiquen los fundamentos de la política.

- Considero que la unificación de Europa para la Unión Europea es una de esas transformaciones básicas que también afectan la dogmática de los derechos fundamentales.
- Otro cambio de las bases de la sociedad y el Estado es causado por el avance tecnológico en la era informática. Éste aumenta el margen de acción de las personas, pero, también las posibilidades del Estado para vigilarles y para limitar los derechos fundamentales. Por ejemplo, la vigilancia estatal puede limitar el uso de Internet y, con eso, los derechos de libertad de los ciudadanos. La intervención en los derechos fundamentales a través de la vigilancia estatal de los discos duros de los computadores privados ha llevado a que el Tribunal Federal Constitucional desarrolle un nuevo derecho, por segunda vez en sus 57 años de existencia. Después del derecho fundamental a la autodeterminación informativa (BVerfGE 65, p. 1), desarrollado en 1983, tenemos desde hace poco también un “derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integralidad en los sistemas técnicos de información” (BVerfGE 120, p. 274 [302 y ss.]).
- Posiblemente, también podemos apreciar otro cambio en el Estado y en la sociedad en la actual tendencia a la privatización.
- Además, hoy en día algunas personas quieren reconocer —y provocar— una reforma del Estado hacia un así llamado “Estado garante”.

Los dos últimos puntos de vista mencionados (privatización y cambio hacia un “Estado garante”) están relacionados entre sí. Me gustaría ocuparme de ellos un poco más de cerca. Ellos permiten reconocer que también el legislador común, cuando persigue sistemática y decididamente nuevos fines social-políticos, puede cambiar al Estado y a la sociedad de tal manera que también tenga que ser adaptada la dogmática de los derechos fundamentales.

La idea de que los particulares, con su iniciativa y su capital, podrían cumplir mejor que un órgano soberano las funciones hasta ahora desempeñadas por el Estado es el motor de las privatizaciones de la última década. Muchos ejemplos de la infraestructura operada antes por el Estado demuestran esto: privatización del tratamiento de basuras, privatización de las empresas municipales de transporte, de los cementerios, del suministro de energía, del correo, de las telecomunicaciones y, en un futuro, de los ferrocarriles; también la privatización de las cárceles será considerada. La transmisión de funciones a los particulares corresponde a una idea de política jurídica, el Estado ya no debe desempeñar directamente ciertas funciones públicas. En su lugar, el Estado sólo debe preocuparse (*garantizar*) que las empresas privadas lleven a cabo las antiguas funciones estatales de manera satisfactoria; de esta manera, se distribuye la responsabilidad por estas funciones públicas entre el Estado y los ciudadanos¹³.

El Estado sólo es titular de una “responsabilidad de garantía”, la administración empleada para esto es una “administración de garantía”, un “Estado garante”. Resulta claro que tal concepto modificado de la esencia del Estado puede repercutir en la dogmática de los derechos fundamentales. La privatización y la “reforma” del Estado hacia el Estado garante llevan a que los derechos de los ciudadanos sean perjudicados por particulares. Antes, cuando el Estado aún desempeñaba las funciones ahora privatizadas, se podían combatir estos perjuicios como intervenciones estatales en los derechos fundamentales. Según la dogmática tradicional de los derechos fundamentales, éstos están a disposición como derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado, no frente al comportamiento de los particulares. La consecuencia podría ser una transformación de la dogmática bajo la palabra clave: “Efecto

13 Por ejemplo, compárese la descripción (y crítica) (2007, pp. 456 [457 y s., 462 y ss.]).

(in)directo hacia terceros de los derechos fundamentales entre particulares”. Quizá tendría que complementarse, o incluso renunciarse a la teoría según la cual “los derechos fundamentales son derechos de defensa frente al Estado”.

Ahora bien, ¿en el futuro podría un recluso invocar un derecho fundamental si la cárcel es operada por un particular? ¿Él también podría invocar derechos fundamentales frente al operador privado? También es concebible la ampliación de la dogmática de los deberes de protección en caso de que tenga que ser exigida al Estado garante una creciente protección frente a perjuicios de particulares por particulares. Con ello también se puede transformar el “carácter de intervención” del comportamiento estatal: una omisión estatal de garantía puede convertirse frecuentemente en una intervención a los derechos fundamentales –por ejemplo, vulneración contra el principio de prohibición de omisión¹⁴.

La retirada del Estado que supone la idea de la garantía lleva a modificaciones también allí donde no se trata de una privatización, pero, se toman inspiraciones de la economía privada. Se puede comprobar que el Estado crea cada vez más órganos “independientes”, “lejanos de él”, cuya adecuada legitimación democrática es dudosa y a los que el Estado les transmite funciones que hasta ahora él mismo ha realizado. Por ejemplo, en el derecho universitario, los estados federados alemanes se retiran de una responsabilidad de garantía, por cuanto ya no ejercen a solas el control estatal de las universidades. En cambio, confían una parte de ese control a un órgano recientemente creado (la ley universitaria de Baden-Württemberg [LHG por sus siglas en alemán], § 20 párr. 1 y 2, §§ 66 ss. de). En esto, la terminología de la ley universitaria de Baden-Württemberg del año 2005 se inspira en el vocabulario de economía privada y llama al nuevo órgano “Consejo de Administración” que controla “la gestión” de “la Junta Directiva” de la Universidad (LHG, §20 párr. 1 frase 2, §15 párr. 1 núm. 1 y 3).

En la Universidad de Konstanz el Consejo de Administración es llamado Consejo Universitario y está compuesto de siete miembros “externos de la universidad y el Estado”: el Secretario General de la Fundación Volkswagen,

¹⁴ Crítico sobre la figura dogmática de la prohibición de omisión: Karl-Eberhard Hain (1993, pp. 982 y ss.).

el Secretario General del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD por sus siglas en alemán), el director de la división de investigación de la Fábrica de Anilina y Soda de Baden (BASF), la directora del instituto de demoscopia de Allensbach, un biólogo de la Universidad Confederada Técnica (ETH) de Zúrich, el antiguo presidente de la junta directiva de la multinacional química Altana, y del director del departamento para las escuelas secundarias y superiores del cantón suizo de Thurgau. Además de competencias de control, la ley le transfiere al Consejo Universitario la responsabilidad del desarrollo de la Universidad (§20, Abs. 1 frase 1 LHG) y todas las funciones necesarias que para ello se enuncian sólo a manera de ejemplo y no taxativamente en la ley (LHG, §20, párr. ,1 frase 3 “en especial”). Los órganos de administración autónoma de la Universidad (senado, facultades) que anteriormente se encargaban de esas funciones fueron privados de sus funciones.

No obstante, los miembros externos de la universidad del nuevo Consejo Universitario sólo son empleados honorarios (LHG, §20, párr. 6, frase 1). Por regla general, el Consejo Universitario se reúne cuatro veces al año (LHG, párr. 5, frase 5), y sus reuniones no son públicas (§ 20 párr. 5 frase 2 LHG). Sus miembros saben poco sobre la cotidianidad de la Universidad y mucho menos de la investigación y la enseñanza de los profesores en las facultades y las cátedras.

Como consecuencia práctica, los órganos directivos de la universidad son fortalecidos y, por el contrario, los profesores universitarios, como titulares del derecho a la libertad de investigación y cátedra son debilitados. En especial, la rectoría, también llamada “Junta Directiva” por la ley universitaria, y el rector, designado por la ley universitaria como “Presidente de la Junta Directiva” (LHG, §16, párr. 1), obtienen así un poder con el que es posible limitar la investigación de los profesores de nuevas maneras, a través de la redistribución del presupuesto, la libertad de cátedra puede ser restringida de esa manera.

Si se traslada el cumplimiento de funciones públicas del Estado a los particulares (privatización) y si se desplazan las competencias decisorias a órganos lejanos al Estado (gremios-comisiones) se modifica, junto con la estructura estatal, la comprensión del Estado. También la libertad del individuo puede ser perjudicada de nuevas formas y más sutilmente. Para que el efecto

asegurador de la libertad se mantenga se debe impedir que nuevas manifestaciones de limitaciones de la libertad disminuyan el nivel de protección. La dogmática de los derechos fundamentales puede contribuir a conservar el valor de éstos, porque ella es flexible. ¿Qué aspecto tendría tal aporte?

Con vistas a la privatización, se podría pensar que los particulares que se hacen cargo de funciones públicas que antes cumplía el Estado como tareas estatales, también contraerían una vinculación a los derechos fundamentales.

Con un Estado Garante que no desempeña las funciones estatales a través de órganos propios, sino por ejemplo, por medio de gremios o comisiones integradas por particulares se podría perfeccionar la teoría, según la cual de los derechos fundamentales también se derivan deberes de protección para Estado. En este sentido, y al contrario de lo que sucede ahora, las leyes (ordinarias) que obligan al Estado a una vigilancia sobre el órgano que actúa se podrían entender no sólo en el sentido de que existen para el interés público, sino también para el interés individual. Estas normas de vigilancia se podrían interpretar conforme a los derechos fundamentales en el futuro, de tal manera que también sirvan para la protección del individuo. La consecuencia sería que el ciudadano podría imponer esta protección (de los derechos fundamentales) ante los tribunales administrativos y ante el Tribunal Federal Constitucional.

Referencias

BVerfGE 7, 65, 33, 21, 109, 115, 120.

Dreier, H. & Wittrek, F. (2008). *Grundgesetz, Textausgabe mit sämtlichen Änderungen* (3ª ed.).

Geis & Lorenz (editores) (2001). *Festschrift für Hartmut Mauer*.

Grupp, K. & Hufeld, U. (editores) (2005). *Festschrift für Reinhard Mußnug*.

Hufen, F. (2005). *Staatsrecht II Grundrechte* (2ª ed.).

Ibler, M. (2002). Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts. En Eberle, Ibler & Lorenz (editores). *Festschrift für Winfried Brohm*.

Ibler, M. (1997). Die Eigentumsdogmatik und die Schranken und Inhaltsbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Mietrecht. *Revista Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 197.

Ibler, M. (2007). Grundrechtliche Freiheit im Zeitalter des Terrorismus – aus deutscher Perspektive. En Depenheuer, Dogan & Can (editores). *Auf dem Weg zu gemeinsamen europäischen Grundrechtstandards*.

Ipsen, J. (2008). *Staatsrecht II Grundrechte* (11ª ed.).

Hain, K.E. (1993). Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? *Revista Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*.

Martins, R. (2007). Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung? *Revista Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*.

Papier, H.J. (2005). Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. En Klaus Grupp & Ulrich Hufeld (editores). *Festschrift für Reinhard Mußnug*.

Pieroth, B. & Schlink, B. (2008). *Grundrechte, Staatsrecht II* (24ª ed.).

Podlech, A. (1972). *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*.

Rüthers, B. (2008). *Rechtstheorie*.

Schlink, B. (2007). Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel. *Revista: Juristenzeitung*.

Volkman, U. (2005). Veränderungen der Grundrechtsdogmatik. *Revista Juristenzeitung*.

Las estructuras democráticas y el Estado actual

Álvaro Echeverri Uruburu
Compilador

Universidad Santo Tomás
2010

CONSEJO EDITORIAL

P. José Antonio Balaguera Cepeda, O. P.
Rector General

P. Pedro José Díaz Camacho, O. P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O. P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Carlos Mario Alzate Montes, O. P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Andrea López Guzmán
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Diego Orlando Serna Salazar, O.P.
Decano de División de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de la División de Filosofía y
Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones
Sociojurídicas, Francisco de Vitoria

Jhon Ficher Muñoz
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones
Facultad de Derecho

ISBN: 978-958-631-646-0

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás

Corrección de estilo
María Elvira Mejía Pardo

Diseño y diagramación
Massayel Cuéllar Hernández

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 N.º 54-39
Teléfonos: 235 1975 y 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co

Bogotá, Colombia, 2010