

# PANORÁMICA DE LA ACTUALIDAD POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL ALEMANA DESDE ENERO DE 2007 A JUNIO DE 2008

MARÍA ÁNGELES MARTÍN VIDA\*

*Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania)*

## SUMARIO

- I. La investigación y prevención criminales, en especial en materia de terrorismo, con particular referencia a las normas limitadoras de derechos fundamentales
- II. El derribo de aviones secuestrados por terroristas para ser utilizados como armas
- III. La intervención de los aviones Tornado en Afganistán
- IV. La Ley de Células Madre
- V. Otras decisiones importantes del TCFA recaídas en los últimos meses
- VI. Otros asuntos importantes que han sido objeto de la discusión política en este período

Se presenta a continuación una visión panorámica de los acontecimientos y debates más importantes que han marcado la actualidad política y constitucional de los últimos meses en Alemania<sup>1</sup>. Por razones de espacio, este trabajo se centra sólo en algunos de ellos, preferentemente aquéllos donde ha habido pronunciamientos destacados del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, TCFA).

<sup>1</sup> El texto de este trabajo se ha cerrado a 30 de junio de 2008. Las traducciones del alemán son de la autora.

## I. LA INVESTIGACIÓN Y PREVENCIÓN CRIMINALES, EN ESPECIAL EN MATERIA DE TERRORISMO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LAS NORMAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Si hay algo que sin duda ha marcado la discusión política en Alemania a lo largo de este año y medio han sido las medidas que el Gobierno quiere adoptar para luchar de manera más efectiva contra el crimen y, en particular, contra el terrorismo. Elemento central del debate ha sido (y lo seguirá siendo en los próximos meses) el Proyecto de la nueva Ley reguladora de la Agencia Federal contra el Crimen (*Bundeskriminalamt*, en adelante BKA), que, a raíz de la reforma de la Ley Fundamental de Bonn en el año 2006, puede ahora asumir competencias no sólo para la persecución de delitos en determinadas circunstancias, sino también para prevenir la comisión de ataques terroristas (art. 73.9b de la Ley Fundamental de Bonn, en adelante GG). Los dos socios principales de Gobierno, el Partido Demócrata (en adelante, CDU) y el Partido Socialista (en adelante, SPD), han cerrado a principios de junio de 2008 un acuerdo sobre el contenido que habrá de tener el Proyecto de esta nueva Ley<sup>2</sup>, que atribuirá al BKA las mismas posibilidades de actuación que tienen atribuidas en materia de prevención de delitos las autoridades de los *Länder* encargadas de la lucha contra el crimen. Éstas seguirán siendo competentes en este ámbito, pero el BKA podrá ahora intervenir cuando la amenaza alcance a varios *Länder*, cuando no se pueda establecer la competencia de la Policía del *Land*, o cuando la autoridad policial superior de un *Land* solicite al BKA que se haga cargo de la situación.

### A) LOS REGISTROS ONLINE DE ORDENADORES PERSONALES Y OTROS SISTEMAS INFORMÁTICOS

El 31 de enero de 2007 la Tercera Sala de lo Penal del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo en materia civil y penal, en adelante BGH) dictó una sentencia en la que declaraba que los registros online de sistemas informáticos (ordenadores personales, pero también teléfonos móviles de última generación, PDAs, etc.) practicados sin conocimiento del afectado mediante programas espía (troyanos) introducidos en el sistema por los investigadores policiales eran inadmisibles y no estaban amparados por los §§ 102 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (*Strafprozessordnung*, en adelante StPO), que admite únicamente registros hechos con conocimiento del sospechoso y en su presencia o la de un representante. Esta sentencia del BGH llevó a las autoridades encargadas de la lucha contra el crimen, con el Ministro del Interior Wolfgang Schäuble (CDU) a la cabeza, a reclamar la aprobación

<sup>2</sup> Algunos *Länder* se oponen a esta Ley (que necesita obligatoriamente para ser aprobada del voto favorable del *Bundesrat*) por considerar que con ella se posibilita que el BKA se inmiscuya en exceso en el ámbito de competencias de las autoridades policiales de los *Länder*.

de una Ley que dote de una base legal suficiente a este tipo de actuaciones<sup>3</sup> que, según informaciones de la propia Cancillería Federal difundidas en abril de 2007, llevan practicándose desde 2005 al amparo de una ordenanza dictada por el anterior Ministro de Interior, Otto Schily (SPD)<sup>4</sup>, un fundamento normativo a todas luces insuficiente.

El 20 de diciembre de 2006, la Ley del *Land* Renania del Norte-Westfalia de Protección de la Constitución (*Verfassungsschutzgesetz*) fue modificada para añadirle un apartado por el cual se autorizaba a las autoridades del *Land* encargadas de la protección de la Constitución (*Verfassungsschutz*) a llevar a cabo «observaciones secretas y demás exploraciones de Internet, en particular, la participación oculta en sus dispositivos de comunicación o la búsqueda de ellos, así como el acceso secreto a sistemas informáticos, incluso con el empleo de medios técnicos» (§ 5.2.11 de la citada Ley), es decir, registros online

3 Sobre la problemática jurídica de los registros online secretos en Derecho alemán puede verse, entre otros, RUX, JOHANNES: «Ausforschung privater Rechner durch die Polizei— und Sicherheitsbehörden». *Juristenzeitung* 6/2007, pp. 285 ss. El autor llega a la conclusión de que mientras el legislador no regule de manera explícita las condiciones para el acceso oculto a los ordenadores personales y demás sistemas informáticos, los registros online secretos constituyen injerencias injustificadas en los derechos del afectado, en concreto, en su derecho a la autodeterminación informativa que el TCFA deriva del art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1 GG (BVerfGE 65, 1, 41; y 80, 367, 373) y que supone el derecho de cada persona a decidir quién tiene qué datos suyos. Las condiciones materiales y procesales bajo las cuales, según el art. 13 GG, puede producirse una injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio serían aplicables por analogía, según este autor, también a este tipo de injerencias (*ibidem*, p. 294), de modo que el registro online de un ordenador sólo sería admisible si se diesen las mismas condiciones que se exigen para poder llevar a cabo un registro similar de espacios reales. Eventualmente podría verse afectado también el derecho al secreto de las telecomunicaciones del art. 10 GG, aunque éste protege sólo el proceso en sí de la comunicación, pero no los contenidos y datos formales de la misma que puedan conservarse (en forma de archivos, grabaciones, etc.) una vez concluido el procedimiento de transmisión de informaciones. Véase también la interesante réplica de HORNUNG, GERRIT a este artículo en *Juristenzeitung* 17/2007, pp. 828 ss., y la contraréplica del propio Johannes RUX en *Juristenzeitung* 17/2007, pp. 831 ss. Hornung es partidario de aplicar a estos supuestos el art. 13.1 GG cuando el sistema informático se encuentre en un «domicilio» en el sentido de este derecho. Como no se trata de un «registro» en el sentido del art. 13.2 GG (al llevarse a cabo de forma secreta) ni de una «escucha» en el sentido del art. 13.3 GG no serían aplicables estos preceptos y sería necesaria una reforma constitucional para poder hacer uso de estas medidas a fin de perseguir un delito ya cometido. Si se tratase de una actuación de carácter preventivo serían aplicables el art. 13.4 GG y los requisitos materiales y procesales en él contemplados, debiendo prestarse especial atención a que quede protegido el «núcleo intangible de la intimidad» del afectado. Cuando el sistema informático (ordenador portátil, teléfono móvil, agenda electrónica) se encuentre fuera de un «domicilio», no sería aplicable el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 13 GG sino el derecho a la autodeterminación informativa, que está sometido simplemente a una reserva de ley. Puede verse también sobre este tema el interesante trabajo de KUTSCHA, MARTIN: «Verdeckte «Online-Durchsuchung» und Unverletzlichkeit der Wohnung». *Neue Juristische Wochenschrift* 17/2007, pp. 1169 ss. El Ministro del Interior Schäuble ha sugerido una posible reforma del art. 13 GG para dotar a los registros online secretos en todo caso de una base constitucional suficiente («Schäuble will Grundgesetz für Online-Durchsuchungen ändern». *Spiegel online*, 25 de abril de 2007).

4 MUSCHARBASH, YASSIN: «Schily erlaubte Online-Durchsuchungen». *Spiegel online*, 25 de abril de 2007.

secretos de sistemas informáticos. Esta Ley se convirtió en el único fundamento legal expreso para la práctica de registros online existente en todo el territorio alemán.

El 27 de febrero de 2008 este precepto de la Ley de Renania del Norte-Westfalia ha sido declarado inconstitucional y nulo por el TCFA (Az: 1 BvR 370/07 y 595/07). En su sentencia, el Tribunal de Karlsruhe ha derivado del derecho general de la personalidad un nuevo derecho fundamental, en concreto, el «derecho fundamental a que quede garantizada la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos» (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*), en definitiva, un «derecho a la protección del propio ordenador»<sup>5</sup>, y ello para rellenar las lagunas que el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, creado por el TCFA en 1983 a partir de los dos primeros artículos de la Ley Fundamental de Bonn, no puede cubrir en relación con las nuevas tecnologías<sup>6</sup>. El nuevo derecho entra en juego cuando el acceso a los sistemas informáticos en cuestión permite a terceros «echar un vistazo a aspectos esenciales de la forma de vida de una persona o hacerse una imagen de la personalidad del afectado» (marginal 203 de la sentencia).

En este derecho a que quede garantizada la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos pueden producirse injerencias en el marco de la lucha contra el crimen o con fines preventivos, pero sólo si se cumplen determinadas condiciones, según el TCFA. En concreto, por lo que se refiere a los fines preventivos, una injerencia en este derecho sólo estará justificada sobre la base de una ley que respete las exigencias de claridad, determinación y proporcionalidad en sentido amplio, si existen de hecho puntos de referencia que confirmen la existencia de un peligro concreto (procedente de la persona investigada) en un futuro cercano para un bien jurídico notablemente importante, en concreto, la integridad física, la vida o la libertad de una persona determinada, y aquellos bienes de la generalidad cuya amenaza afecta a los fundamentos o a la existencia del Estado o a la existencia de seres humanos. Si los afectados son otros bienes jurídicos el Estado ha de protegerlos por otros medios. El legislador ha de asegurar que, al practicar un registro online, el «núcleo intangible de la intimidad» del afectado (*unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung*) quede protegido<sup>7</sup>, lo cual es particularmente difícil en este ámbi-

5 En palabras de HIPP, DIETMAR: «Richter erfinden das Computer-Grundrecht». *Spiegel online*, 27 de febrero de 2008.

6 Ya hay quienes reclaman una reforma de la Ley Fundamental de Bonn para incluir en ella expresamente el nuevo derecho fundamental, cfr. «Wiefelspütz will Computer-Urteil im Grundgesetz verankern». *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28 de febrero de 2008. Un análisis del contenido de este nuevo derecho en KUTSCHA, MARTIN: «Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?». *Neue Juristische Wochenschrift* 15/2008, pp. 1042 ss.

7 Sobre la noción del «núcleo intangible de la intimidad» véase BALDUS, MANFRED: «Der Kernbereich privater Lebensgestaltung — absolut geschützt, aber abwägungsoffen». *Juristenzeitung* 5/2008, pp. 218 ss.

to, toda vez que no existen programas informáticos ni medios técnicos capaces de diferenciar qué datos del disco duro pertenecen a este «núcleo intangible» y cuáles no<sup>8</sup>. Los datos particularmente íntimos pese a todo obtenidos habrán de ser en todo caso borrados inmediatamente y no podrán ser ni transmitidos a terceros ni objeto de valoración alguna, salvo que el sospechoso se haya valido expresamente de ellos, poniéndolos en conexión con datos importantes para la investigación, precisamente con el fin de evitar u obstaculizar la misma. Los registros online, por otro lado, sólo pueden practicarse si existe una orden judicial, que habrá, además, de fundamentar por escrito la necesidad y la legalidad de la medida. El TCFA declara inconstitucional y nula la Ley de Renania del Norte-Westfalia por no cumplir estas exigencias<sup>9</sup>, y da a la vez valiosas pistas sobre cómo han de ser regulados en el futuro los registros online para que la normativa resulte conforme con la Ley Fundamental. En este sentido, la sentencia del TCFA ha marcado decisivamente los debates para la elaboración del Proyecto de la nueva Ley reguladora del BKA.

El compromiso alcanzado por los dos socios principales de Gobierno pasa, por otra parte, por permitir el registro online secreto de sistemas informáticos sólo mediante la introducción a través de Internet de los programas espías, sin que los investigadores tengan permitido acceder físicamente al ordenador, entrando secretamente en el domicilio del sospechoso, para instalar en él dispositivos espía, algo que algunos *Länder* gobernados por los Partidos Democristianos (CDU-CSU) (Baviera, Baden-Württemberg, Hessen) tienen la intención de permitir, en sus propias leyes y en el marco de sus competencias, a sus Policías regionales.

## B) ESCUCHAS TELEFÓNICAS Y VIGILANCIA ACÚSTICA Y ÓPTICA DE DOMICILIOS

El 11 de mayo de 2007 el TCFA rechazó la admisión a trámite de un recurso de amparo contra la nueva regulación legal de las «escuchas telefónicas» y de la vigilancia acústica de espacios privados. La nueva regulación, contenida en el § 100c StPO, se aprobó tras la sentencia del TCFA de 3 de marzo de

<sup>8</sup> El problema se plantea también en el contexto de las escuchas telefónicas y de la vigilancia de las telecomunicaciones. Antes de la actuación de los investigadores no es posible saber qué contenidos van a pertenecer a ese núcleo intangible y cuáles no, tal valoración sólo es posible hacerla *a posteriori*. En relación a esto véanse las sentencias del TCFA de 3 de marzo de 2004, sobre las escuchas telefónicas y la vigilancia acústica de domicilios (BVerfGE 109, 279), y de 27 de julio de 2005, sobre la vigilancia preventiva de las telecomunicaciones (BVerfGE 113, 348), así como los interesantes artículos de BALDUS, M., *op. cit.*, en especial pp. 220 ss., y KUTSCHA, M., «Verdeckte «Online-Durchsuchung»...», *cit.*, p. 1171.

<sup>9</sup> Estos estrictos requisitos no son aplicables a la interceptación de correos electrónicos o de comunicaciones telefónicas online antes de que sean codificadas para su transmisión, que se somete a los requisitos aplicables a injerencias en el derecho fundamental al secreto de las telecomunicaciones; tampoco se aplican cuando el Estado participa en foros de discusión o blogs de acceso abierto.

2004 (BVerfGE 109, 279) que declaró inconstitucional parte de la antigua normativa, del año 1998, y la sometió a condiciones muy estrictas. En concreto, sólo pueden someterse espacios privados a vigilancia acústica cuando existan evidencias concretas de que en ese lugar tienen lugar conversaciones sobre delitos. A la vez, se prohíben las injerencias en el «núcleo intangible de la intimidad». El Tribunal de Karlsruhe declaró en mayo de 2007 que la nueva regulación era compatible con las exigencias constitucionales definidas en su sentencia de 2004 e inadmitió a trámite el recurso de amparo.

Los responsables de la lucha contra el crimen, tanto a nivel federal (BKA) como a nivel de los *Länder*, han reclamado que se vaya más allá de esta regulación y que se permita también la vigilancia óptica de domicilios mediante cámaras ocultas, incluso modificando la Ley Fundamental de Bonn para ello si es necesario. En diciembre de 2007, el SPD se acabó mostrando de acuerdo con esta propuesta, aceptada también por la CDU, siempre que sea un juez quien asuma la supervisión del proceso para evitar injerencias no permitidas en la esfera íntima del sospechoso vigilado. La posibilidad de proceder a la vigilancia óptica, mediante cámaras ocultas, de los domicilios de sospechosos e, incluso, de otros espacios donde éstos se encuentren (incluidos los domicilios de terceros no sospechosos), con el fin de conjurar el peligro de ataques terroristas ha quedado incorporada al Proyecto de la nueva Ley reguladora del BKA presentado por los socios de Gobierno a principios de junio de 2008.

### C) ARCHIVOS CENTRALES DE HUELLAS DACTILARES Y DE FOTOGRAFÍAS

En marzo de 2007 se comenzó a discutir en el seno de la gran coalición de Gobierno una reforma de la Ley de Pasaportes (*Passgesetz*) que incorporaría a los nuevos pasaportes un chip en el que estarían archivadas las huellas digitales del titular. Aunque inicialmente la propuesta era la de borrar las huellas digitales archivadas por las autoridades de pasaportes de las Oficinas de Empadronamiento una vez entregado el pasaporte a su titular, en abril de 2007 propuso el Ministro Schäuble que esta información quedase archivada en los registros de las Oficinas de Empadronamiento y estuviese accesible en todo caso a la Policía para facilitar el esclarecimiento de delitos. A ello se opusieron inmediatamente el socio socialista de Gobierno y el Partido Liberal en la oposición (FDP), de modo que la reforma de la Ley de Pasaportes aprobada en junio de 2007 por el Parlamento ha acabado incluyendo el archivo de huellas dactilares en el chip de cada nuevo pasaporte, para dificultar su falsificación, pero no en un registro central accesible para la Policía: las huellas archivadas en el chip del pasaporte son inmediatamente después borradas de los registros de las Oficinas de Empadronamiento.

En lo que se mostró más flexible el SPD fue en la segunda propuesta, la de posibilitar a la Policía el acceso online automático a las fotografías digitalizadas de los nuevos pasaportes de todos los ciudadanos, archivadas en las

Oficinas de Empadronamiento, para el esclarecimiento no sólo de infracciones de tráfico, como se acordó inicialmente, sino de todo tipo de delitos<sup>10</sup>.

Por último, en junio de 2008, en el contexto de las discusiones sobre la introducción del nuevo modelo de carnet de identidad (que tendrá el formato de una tarjeta de crédito e incorporará un código secreto para facilitar la identificación electrónica en Internet) a partir previsiblemente del año 2010, han logrado ponerse de acuerdo los dos socios principales de Gobierno en que al carnet de identidad se incorpore la huella dactilar del titular en formato digital sólo si éste voluntariamente así lo desea. En ningún caso esta información quedará archivada en el registro de las autoridades que lo expidan.

#### D) OTRAS REFORMAS LIMITADORAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN Y LA PREVENCIÓN CRIMINAL

Destacables son también otras reformas legales en el ámbito de la investigación criminal producidas en estos últimos meses:

i. La nueva Ley reguladora del BKA permitirá a esta Agencia la obtención de perfiles mediante el cruce de datos procedentes de distintos ficheros (*Rasterfahndung*).

ii. La grabación automática por parte de la Policía de las placas de matrícula de los vehículos que circulan por las autopistas alemanas para compararlas con las bases de datos de vehículos buscados por delitos e infracciones diversas tal como estaba regulada en las Leyes de los *Länder* Hessen y Schleswig-Holstein ha sido declarada inconstitucional por el TCFA en sentencia de 11 de marzo de 2008 (Az: 1 BvR 2074/05 y 1 BvR 1254/07). El Tribunal de Karlsruhe ha entendido que se producía una vulneración del derecho de los conductores y propietarios de los vehículos a la autodeterminación informativa al estar formuladas tales Leyes con un carácter muy general, faltando una base legal suficiente que concretase tanto los motivos por los que puede procederse a estas grabaciones como el fin concreto que han de perseguir las autoridades policiales al adoptar esta medida. El Tribunal ha confirmado asimismo que los datos obtenidos que no coincidan con los de algún vehículo buscado han de ser borrados inmediatamente<sup>11</sup>.

10 Actualmente ya existe la posibilidad de que la Policía acceda a las fotos, en formato electrónico o tradicional, archivadas en las Oficinas de Empadronamiento, pero ese acceso no es automático, de modo que las autoridades policiales han de dirigir una petición en este sentido a la Oficina de Empadronamiento que, por lo general, envía entonces copia de la foto por correo, por fax o por vía electrónica.

11 Son otros seis los *Länder* que ya tienen Leyes en esta materia (Baviera, Bremen, Brandemburgo, Hamburgo, Mecklemburgo-Pomerania Anterior y Renania-Palatinado), mientras que Baden-Württemberg tiene intención de aprobar una próximamente. También a nivel federal se discute la aprobación de una norma que permita la práctica de esta medida. Algunos *Länder* no directamente afectados por la sentencia se están, no obstante, planteando reformar sus Leyes para

iii. En enero de 2008 ha entrado en vigor la «Ley sobre la nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas ocultas de investigación, así como para la transposición de la Directiva 2006/24», que se aprobó en noviembre de 2007 en transposición de la citada Directiva comunitaria<sup>12</sup> y del Convenio del Consejo de Europa sobre el crimen informático y que reforma la Ley alemana de Enjuiciamiento Criminal. La nueva Ley obliga a las empresas de telefonía e Internet a archivar durante seis meses los datos de las comunicaciones de sus clientes (número al que se llama, fecha y hora de comienzo y fin de la llamada, y, en el caso de teléfonos móviles, además, la ubicación del aparato en el momento de la llamada) y regula el acceso a tales datos por parte de las autoridades estatales de lucha contra la delincuencia.

Esta Ley ha sido recurrida ante el TCFA (Az: 1 BvR 256/08) por entender que va mucho más allá de lo previsto en la Directiva<sup>13</sup>. El 11 de marzo de 2008 el Tribunal de Karlsruhe ha adoptado una medida cautelar, en virtud de la cual, mientras se resuelve el recurso contra la Ley (previsiblemente no antes de finales de 2008), si bien se sigue permitiendo el archivo de los datos por parte de las empresas de telefonía e Internet, las autoridades estatales sólo podrán acceder a los mismos cuando se trate de perseguir delitos particularmente graves (en concreto, cuando existan sospechas concretas de asesinato, secuestro o pornografía infantil). En el caso de delitos menos graves el acceso a los datos está vedado hasta que se resuelva el recurso.

## 2. EL DERRIBO DE AVIONES SECUESTRADOS POR TERRORISTAS PARA SER UTILIZADOS COMO ARMAS

Durante todos estos meses se ha reabierto en varias ocasiones la polémica política en relación a la posibilidad de que el Ejército derribe, por orden del Ministro de Defensa, un avión de pasajeros secuestrado por terroristas en caso de que vaya a ser utilizado como arma por parte de los secuestradores para atentar contra la vida de personas que se hallen en tierra.

El TCFA había dictado el 15 de febrero de 2006 una sentencia en la que había declarado inconstitucional y nulo el § 14.3 de la «Ley de Seguridad Aé-

adaptarlas a lo exigido por el TCFA. Es el caso de Renania-Palatinado, que hasta ahora permitía conservar durante dos meses los datos obtenidos mediante la grabación automática de las placas de matrícula, y que ha manifestado su intención de reducir este plazo, muy criticado por las Agencias de Protección de Datos.

12 Contra esta Directiva ha recurrido Irlanda ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) por entender que la Unión Europea se ha excedido en sus competencias al dictarla.

13 Una crítica muy detallada a esta Ley en PUSCHKE, JENS y SINGELNSTEIN, TOBIAS: «Telekommunikationsüberwachung, Vorratsdatenspeicherung und (sonstige) heimliche Ermittlungsmaßnahmen der StPO nach der Neuregelung zum 1.1.2008». *Neue Juristische Wochenschrift* 3/2008, pp. 113 ss.

rea»<sup>14</sup>, impulsada por el anterior Gobierno de socialistas y ecologistas, al considerar que la ponderación «vida contra vida» que hacía la Ley (esto es, se opta por sacrificar las vidas de los pasajeros y la tripulación a bordo del avión para salvar las vidas de las personas que pudieran morir en tierra en caso de que los secuestradores estrellasen el aparato) es contraria al derecho fundamental a la dignidad humana, recogido en el art. 1.1 GG, y al derecho a la vida (art. 2.2 GG). Esta Ley autorizaba al Estado, por primera vez en la historia de la República Federal, a matar, en determinadas circunstancias, a ciudadanos inocentes para salvar la vida de otros ciudadanos inocentes<sup>15</sup>, y no fue votada en su momento por la CDU, no porque el partido conservador no viese la necesidad de regular este supuesto, sino porque consideraba imprescindible para ello proceder a una reforma constitucional.

La discusión continuó en 2007 precisamente con motivo de la propuesta del Ministro Schäuble de modificar la Ley Fundamental de Bonn para incluir en ella, junto al supuesto explícitamente previsto de «defensa del territorio», en el que se permite la actuación del Ejército en territorio alemán (art. 87a GG)<sup>16</sup>, un supuesto de «cuasidefensa», en concreto, la «repulsión inmediata de un ataque de otra naturaleza a los fundamentos de la comunidad». En este supuesto se encuadrarían los ataques y amenazas terroristas y se permitiría la actuación del Ejército en territorio germano a instancias del Gobierno, así como la aplicación del Derecho Internacional en materia de conflictos bélicos, en particular del Convenio de Ginebra sobre la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados, que prohíbe en caso de conflicto armado sólo los ataques militares que puedan costar vidas inocentes que no estén de ninguna manera en proporción con las ventajas militares concretas e inmediatas que se espera

14 *Luftsicherheitsgesetz*, de 11 de enero de 2005 (*Bundesgesetzblatt* I, p. 78). El § 14.3 decía literalmente: «La intervención armada inmediata se permite únicamente cuando en atención a las circunstancias se pueda suponer que el avión va a ser utilizado contra la vida de seres humanos y que [la intervención armada] es el único medio para repeler este peligro inmediato».

15 MERKEL, REINHARD: «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts». *Juristenzeitung* 8, 2007, p. 373. El TCFA no entró en su sentencia a considerar si la cuestión planteada merecería una valoración diferente si el supuesto encajase en la previsión constitucional de «defensa del territorio» (art. 87a GG).

16 Por ahora es éste de la defensa del territorio el único supuesto en que el art. 87a GG permite la actuación del Ejército dentro del territorio alemán, aparte de los supuestos previstos en el art. 35 GG en los que las autoridades policiales soliciten en tiempo de paz ayuda al Ejército ante la insuficiencia de sus propios medios personales o materiales (accidentes graves, catástrofes naturales, búsqueda de personas desaparecidas). Por este motivo ha planteado el partido de Los Verdes en octubre de 2007 un conflicto entre órganos constitucionales ante el TCFA, que habrá de decidir si la intervención del Ejército en el contexto de las medidas de seguridad adoptadas en Heiligendamm con motivo de la Cumbre de los Países del G-8 en junio de 2007, que incluyó misiones de reconocimiento por parte de aviones Tornado sobre la sede de la Cumbre y sobre los campamentos de los manifestantes que se oponían a su celebración, vulneró o no la Constitución. El Ministro de Defensa justificó la intervención del Ejército considerándola amparada en un supuesto de auxilio mutuo entre autoridades contemplado expresamente en el artículo 35 GG, ante la petición de ayuda presentada por el Gabinete de Organización del *Land* Mecklemburgo-Pomerania Anterior.

obtener del ataque. Mediante esa modificación de la Ley Fundamental de Bonn se aseguraría, según Schäuble, la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea, pues el Derecho Internacional en materia de conflictos bélicos, aplicable por esta vía, ampararía el derribo por el Ejército de un avión secuestrado por terroristas, aunque ello conllevara la muerte de pasajeros y tripulación<sup>17</sup>. En el fondo de la discusión lo que late, por tanto, es un intento de convertir la lucha contra el terrorismo en un nuevo supuesto de «guerra» que justificaría la aplicación de normas propias del Derecho de guerra, donde no valen los mismos límites constitucionales que un Estado de Derecho ha de respetar en la lucha contra el crimen, difuminando de este modo, los límites que separan el Derecho en estado de paz del Derecho (excepcional) en estado de guerra.

A pesar de que una regulación conforme a la Constitución de esta cuestión formaba parte del Acuerdo de Gobierno suscrito por los partidos integrantes de la «Gran Coalición», la propuesta de Schäuble no fue acogida positivamente ni por el SPD ni por los partidos de oposición. El SPD se muestra más bien favorable de canalizar el supuesto por la vía del artículo 35 GG (auxilio mutuo entre autoridades, que no necesitaría ser reformado), pero sólo en el caso de que el aparato que se quiera utilizar como arma esté ocupado exclusivamente por terroristas o no esté tripulado. Competente en el ámbito de la lucha contra el crimen es la Policía, no el Ejército, pero al no disponer la Policía en un supuesto como el discutido de los medios necesarios para reaccionar (en concreto, de aviones caza capaces de derribar un avión) recurrirían por la vía del artículo 35 GG a solicitar la ayuda del Ejército, sin que sea necesario reformar el artículo 87a GG ni dar al Ejército con carácter general la capacidad para actuar dentro de suelo alemán.

La polémica se reavivó en septiembre de 2007 cuando el Ministro de Defensa Franz Josef Jung (CDU) afirmó que, a falta todavía de una base constitucional y legal suficiente que establezca cómo reaccionar en un supuesto de este tipo, al no haberse puesto aún de acuerdo los socios de Gobierno en la posible regulación de la cuestión, él personalmente daría la orden al Ejército de derribar el avión secuestrado y asumiría la responsabilidad por este acto, en lo que considera un supuesto de «estado de necesidad» supralegal (*übergesetzlichen Notstand*) que justificaría su actuación. Su postura recibió el apoyo expreso del Ministro Schäuble<sup>18</sup>.

17 El Presidente del TCFA, Hans-Jürgen Papier, ha advertido, sin embargo, al Ministro Schäuble de que ni siquiera con una reforma de la Ley Fundamental de Bonn sería posible abatir un avión secuestrado de pasajeros porque ello atenta contra la garantía de la dignidad humana que ni mediante una reforma constitucional podría ser limitada («Oberster Verfassungsrichter mahnt Schäuble», *Spiegel online*, 12 de enero de 2008).

18 El estado de necesidad sí que está recogido como causa de justificación en el § 34 del Código Penal alemán, que eliminaría el reproche de antijuridicidad de la conducta de quien actúa para conjurar un peligro inmediato para su vida o su integridad física o las de terceros, pero a él sólo pueden apelar los particulares, no el Estado. El estado de necesidad supralegal no está recogido ni en la Ley Fundamental de Bonn ni en ninguna Ley alemana, de modo que quien se amparase en él para actuar se colocaría al margen del Derecho positivo.

### 3. LA INTERVENCIÓN DE LOS AVIONES TORNADO EN AFGHANISTÁN

En febrero de 2007 el Gobierno federal decidió enviar varios aviones Tornado del Ejército alemán al sur de Afganistán en el marco de la misión internacional ISAF, bajo mando de la OTAN y amparada por un mandato de la ONU, orientada fundamentalmente a la reconstrucción del país. El *Bundestag* autorizó el 9 de marzo de 2007 esta misión<sup>19</sup>, que habría de desarrollarse en principio hasta octubre de 2007, misión a la que se oponía la mayoría de la población alemana. Para garantizarse el apoyo del Parlamento, el Gobierno optó por limitar la misión a la realización de vuelos de reconocimiento y obtención de fotografías aéreas del sur de Afganistán, que sólo podrían ser cedidas a los Ejércitos participantes en la operación de lucha contra el terrorismo «Enduring Freedom» (operación dirigida por Estados Unidos fuera de la estructura de comandos de la OTAN, muy criticada por sus «efectos colaterales» en forma de daños a civiles) en supuestos muy concretos. Asimismo se autorizaron las actuaciones de combate de los pilotos de los Tornado sólo en caso de emergencia (en particular, cuando la vida de soldados de las tropas de tierra corra peligro), sin que esté permitida su participación en las operaciones llamadas de «Close Air Support». En estos términos se consiguió el voto favorable de la mayoría parlamentaria, aunque hubo ciento cincuenta y siete diputados de distintos partidos que votaron en contra.

Dos diputados conservadores, uno de la CDU y otro de la CSU (ambos partidos socios en la Gran Coalición de Gobierno), elevaron en febrero de 2007 un recurso de amparo ante el TCFA y pidieron la paralización cautelar del envío de los Tornado a Afganistán hasta que recayese una sentencia del Tribunal de Karlsruhe. Los diputados fundamentaron sus recursos alegando que el envío de los Tornado implicaba la participación de Alemania en la guerra que los Estados Unidos llevan a cabo en Afganistán, guerra que, según los recurrentes, no estaría cubierta por el derecho a la autodefensa que reconoce y ampara la Carta de Naciones Unidas. Según los diputados, Estados Unidos vulnera con su estrategia militar y de política exterior los principios fundamentales del Tratado de la OTAN: si la guerra en Afganistán se planteó en principio como un supuesto de autodefensa, Afganistán ha pasado a ser un país amigo, de modo que la operación antiterrorista «Enduring Freedom» no está ya amparada por el derecho a la autodefensa. De este modo, la postura del Gobierno, que vendría a suponer su consentimiento a una reforma implícita del Tratado de la OTAN, lesiona los derechos del *Bundestag* y los derechos de cada uno de sus miembros porque una reforma del Tratado OTAN precisa el voto favo-

<sup>19</sup> En una sentencia de 1994 el TCFA dijo que el *Bundestag* había de autorizar en principio toda misión armada del Ejército alemán, excepto en casos de urgencia. Cuando no se trate de «intervenciones armadas» puede tomar la decisión el Gobierno sin necesidad de obtener la autorización del *Bundestag*. A raíz de esta sentencia se aprobó una Ley reguladora de la intervención del Parlamento en estos casos (*Parlamentsbeteiligungsgesetz*).

rable del Parlamento (art. 59.2.1 GG). El 12 de marzo de 2007 el Tribunal de Karlsruhe rechazó la admisión a trámite del recurso por motivos formales, alegando que diputados individuales no pueden hacer valer ante el Tribunal Constitucional una posible vulneración de los derechos del *Bundestag* como órgano constitucional, lo cual sólo podrían hacer los grupos parlamentarios.

El 14 de marzo de 2007 el grupo parlamentario de izquierdas planteó entonces un conflicto entre órganos constitucionales por el procedimiento de urgencia ante el TCFA, alegando en lo fundamental los mismos motivos ya indicados por los diputados de la CDU y de la CSU, en particular que la misión de reconocimiento en Afghanistan no está cubierta por el Tratado de la OTAN tal como lo ratificó en su momento el *Bundestag*, y que el Ejército alemán es, según la Ley Fundamental de Bonn, un Ejército defensivo y la OTAN, según el Tratado de 1955, una alianza de defensa, con lo que la autorización para enviar los Tornados a Afghanistan en el marco de la misión ISAF sería inconstitucional al vulnerar el mandato pacifista de la Ley Fundamental de Bonn. El TCFA rechazó el 30 de marzo de 2007 la solicitud de los recurrentes de que se adoptasen medidas cautelares, al no haber demostrado la necesidad de una resolución urgente del recurso y de una paralización cautelar del envío de los aviones a Afghanistan. El 3 de julio de 2007<sup>20</sup> el Tribunal de Karlsruhe rechazó el conflicto entre órganos constitucionales planteado (Az: 2 BvE 2/07), al no apreciar ninguna violación de los derechos del *Bundestag* y al no considerar la operación en Afghanistan en el marco de la misión ISAF como una misión de guerra. La misión de la OTAN en Afghanistan está, según el TCFA, al servicio de la seguridad en el espacio euroatlántico y, por ello, no sobrepasa lo dispuesto en el Tratado OTAN: tiene como objetivo proteger el proceso de reconstrucción del país y evitar que la red terrorista Al-Qaeda y los talibanes se refuercen, lo cual a su vez contribuirá a evitar nuevos ataques en el territorio de los países miembros de la OTAN. Además, en opinión del TCFA, la misión ISAF está separada, en sus objetivos, sus fundamentos y sus esferas de responsabilidad, de la operación «Enduring Freedom», en la que Alemania no participa, aunque haya distintas vías de cooperación entre ambas.

En un asunto similar ha resuelto el TCFA el 7 de mayo de 2008 el conflicto entre órganos constitucionales (Az: 2 BvE 1/03) planteado en su momento por el grupo parlamentario liberal en el *Bundestag* contra el envío de soldados alemanes para la realización de vuelos de reconocimiento sobre Turquía durante la guerra de Irak en la primavera de 2003. El Tribunal ha resuelto que la actuación del Gobierno federal fue inconstitucional, pues habría necesitado la aprobación del *Bundestag*, que no se solicitó por considerar el entonces Gobierno de socialistas y ecologistas que se trataba de una «intervención rutinaria» dentro de las tareas de la OTAN y no de una «intervención armada» en el sentido de la sentencia del TCFA de 1994<sup>21</sup>: el TCFA entiende

20 Un comentario a esta sentencia puede verse en FASTENRATH, ULRICH: «Anmerkung», *Juristenzeitung* 2/2008, pp. 94 ss.

21 *Vid.* nota a pie núm. 19.

que existe una «intervención armada» cuando de las circunstancias fácticas y jurídicas se deriva la existencia de un peligro concreto de que los soldados alemanes participantes puedan verse implicados en un conflicto armado, como en el caso de los vuelos de reconocimiento sobre Turquía.

#### 4. LA LEY DE CÉLULAS MADRE

El 11 de abril de 2008 ha aprobado el *Bundestag* la Ley de Células Madre (*Stammzellgesetz*), Ley que ha sido aprobada también por el *Bundesrat* el 23 de mayo de 2008. Por medio de esta Ley, se ha modificado la fecha con anterioridad a la cual han de haberse producido las células madre embrionarias, importadas de otros países, que se van a emplear en Alemania con fines de investigación. A partir de ahora pueden importarse células madre embrionarias producidas con anterioridad al 1 de mayo de 2007 (hasta entonces la fecha tope era el 1 de enero de 2002), pero se mantiene la prohibición de importar las generadas a partir de esa fecha. La cuestión es muy polémica desde el punto de vista ético porque la producción de células madres embrionarias para la investigación implica necesariamente la muerte del embrión del que se obtienen. En Alemania está prohibida por este motivo la obtención en el propio país de células madres embrionarias para la investigación, de manera que sólo se permite su importación desde otros países, pero, al establecer una fecha tope con anterioridad a la cual han de haberse obtenido las células madre, se pretende disuadir a los exportadores extranjeros de destruir embriones para extraer de ellos las células madre que importaría Alemania. Precisamente, los críticos de la Ley, tal como la ha aprobado el Parlamento alemán, le reprochan haber establecido un precedente que permitirá a los exportadores extranjeros confiar en que en el futuro vuelva nuevamente a modificarse la fecha tope ahora establecida, con lo que el efecto disuasorio perseguido se desvanecería. Las otras dos alternativas planteadas (la prohibición total de la investigación con células madre embrionarias por considerar que la destrucción de embriones humanos atenta contra la dignidad humana reconocida en la Ley Fundamental, y la liberalización total de la investigación con células madre embrionarias) fueron rechazadas por el Parlamento.

#### 5. OTRAS DECISIONES IMPORTANTES DEL TCFA RECAÍDAS EN LOS ÚLTIMOS MESES

a) El 13 de febrero de 2007 dictó el TCFA una sentencia muy interesante (Az: 1 BvR 421/05)<sup>22</sup> en la cual confirmó que las pruebas de paternidad reali-

<sup>22</sup> Un comentario a esta sentencia en BALTHASAR, STEPHAN: «Anmerkung». *Juristenzeitung* 12/2007, pp. 635 ss., y en BROSIUS-GERSDORF, FRAUKE: «Das Kuckucksei im Familiennest — Erforderlichkeit einer Neuregelung der Vaterschaftsuntersuchung». *Neue Juristische Wochenschrift*

zadas en secreto por el padre (esto es, sin el consentimiento del presunto hijo o de la madre del mismo) no pueden ser objeto de valoración en un proceso civil de impugnación de la paternidad porque vulneran el «derecho a la autodeterminación informativa» del hijo. A su vez, el Tribunal reclamó al legislador en esa sentencia que regulase antes del 31 de marzo de 2008 un procedimiento judicial para que un padre pueda determinar, sin tener necesariamente que impugnar la paternidad, si su hijo lo es genéticamente o no, y para que pueda obtener material genético para la práctica del test de paternidad aunque el hijo o la madre se nieguen a ello. La no existencia de tal procedimiento vulnera, en opinión del Tribunal, la «obligación de protección» (*Schutzpflicht*) del Estado en relación al derecho general de la personalidad (art. 2.1 GG en conexión con el art. 1.1 GG) de quien jurídicamente tiene atribuida la paternidad, que tiene derecho a conocer si efectivamente la paternidad jurídica se corresponde con la genética, sin tener necesariamente que destruir aquélla para llegar a saberlo. La Ley modificativa del Código Civil alemán en este punto ha entrado en vigor el 1 de abril de 2008<sup>23</sup>.

b) El 28 de febrero de 2007 el Tribunal de Karlsruhe resolvió una cuestión de inconstitucionalidad (Az: 1 BvL 5/03) confirmando que es conforme con la Ley Fundamental y que no vulnera el principio constitucional de igualdad el que el seguro público de enfermedad cubra los gastos de tratamientos de inseminación artificial sólo a las parejas casadas, quedando excluidas de esta ayuda financiera las parejas no casadas.

c) El 4 de julio de 2007 el TCFA dictó una sentencia resolviendo un conflicto entre órganos constitucionales (Az: 2 BvE 1/06, 2/06, 3/06 y 4/06), por la cual se obliga a hacer públicos los ingresos que los diputados del *Bundestag* obtienen por actividades desempeñadas de forma paralela a su cargo, sin que ello vulnere ni la libertad de mandato, ni el derecho de los diputados a la autodeterminación informativa o el libre ejercicio de su profesión. El interés de los electores en conocer en qué medida sus representantes perciben ingresos al margen de su cargo prevalece sobre el interés de éstos a la confidencialidad de tales datos.

d) Con fecha 15 de enero de 2008 ha declarado el Tribunal de Karlsruhe inconstitucional por motivos formales una norma de la Ley del Impuesto sobre las Empresas de 1997 propuesta y aprobada por la Comisión Mixta *Bundestag-Bundesrat* (Az: 2 BvL 12/01). La norma en cuestión no llegó a ser objeto de discusión en los Plenos de las Cámaras en el marco del procedimiento legislativo. El TCFA fundamenta la inconstitucionalidad de la norma en el hecho de que la Comisión Mixta<sup>24</sup> no tiene el derecho de iniciativa legislativa.

12/2007, pp. 806 ss., quien hace un interesante análisis de todos los derechos fundamentales en conflicto.

23 Un comentario y un par de críticas a la nueva regulación pueden verse en WELLENHOFER, MARINA: «Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren». *Neue Juristische Wochenschrift* 17/2008, pp. 1185 ss.

24 La Comisión Mixta, compuesta por miembros del *Bundestag* y del *Bundesrat*, interviene cuando se la convoca, lo cual ocurre como regla general cuando el *Bundesrat* no da su voto fa-

e) El 13 de febrero de 2008 el TCFA ha declarado inconstitucional la cláusula de la Ley Electoral del Schleswig-Holstein, aplicable a las elecciones municipales en el territorio de este *Land*, en virtud de la cual los partidos que obtuviesen menos de un cinco por ciento de votos en la circunscripción correspondiente, no alcanzarían representación en el respectivo Ayuntamiento (Az: 2 BvK 1/07)<sup>25</sup>. La Sala Segunda del Tribunal de Karlsruhe ha declarado que esta cláusula vulnera de forma injustificada el derecho de los partidos más pequeños a la igualdad de oportunidades en la contienda electoral y conduce a una valoración diferente de los votos de unos y otros electores. La cláusula, que existe también a nivel federal y a nivel de *Land*, es, según el Tribunal, frente a lo que ocurre en estos otros niveles, innecesaria en el ámbito municipal para garantizar la funcionalidad de las Corporaciones, como confirma la experiencia en otros *Länder*; sobre todo porque no es imprescindible una mayoría estable en la Corporación municipal para la elección del alcalde que, desde 1995, se elige en Schleswig-Holstein<sup>26</sup> por votación directa de los residentes en cada municipio.

f) El 1 de abril de 2008 ha dictado el TCFA una sentencia en la que confirma que ningún padre puede ser obligado a tener contacto con sus hijos extramatrimoniales si no lo desea, y que no se le puede forzar a ello mediante la imposición o la amenaza de sanciones, salvo que se pueda confirmar en el caso concreto que ello va a beneficiar al menor, porque un contacto no deseado por parte del padre podría ser perjudicial para el menor, cuyo interés ha de primar en todo caso (Az: 1 BvR 1620/04).

g) El 6 de mayo de 2008 el Tribunal de Karlsruhe ha dictado una auto (Az: 2 BvR 1830/06) en el que inadmite a trámite un recurso de amparo, al considerar compatible con la Ley Fundamental de Bonn y con el Derecho Comunitario (en concreto, con la Directiva 2000/78) el que se niegue a los funcionarios (en este caso se trataba de un funcionario homosexual) que viven en pareja, aun estando ésta convenientemente registrada, el complemento de sueldo para funcionarios casados, viudos o divorciados que tienen que pagar alimentos. El Tribunal de Luxemburgo resolvió el 1 de abril de 2008<sup>27</sup> que los supérstites de una pareja de hecho inscrita (homosexual o no) han de ser equiparados, a efectos del pago de una pensión, a los viudos, siempre que el De-

vorable a una ley aprobada ya por el *Bundestag* que necesita obligatoriamente el voto del *Bundesrat* para poder entrar en vigor (son las llamadas «*Zustimmungsgesetze*»).

25 La misma cláusula contienen también las Leyes electorales del Sarre, Turingia y Renania-Palatinado (aunque en este último caso la cláusula es del 3,03%), así como las de las ciudades-*Länder* de Bremen, Berlín y Hamburgo. El Tribunal Constitucional de Turingia aplazó su decisión sobre la constitucionalidad de la cláusula vigente en su *Land* hasta conocer la sentencia del TCFA en el caso de Schleswig-Holstein (*Land* que, recordemos, no tiene Tribunal Constitucional propio).

26 También en el Sarre, Turingia y Renania-Palatinado.

27 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de abril de 2008, asunto «Maruko» (C-267/06), comentada por LEMBKE, MARK: «Sind an die Ehe anknüpfende Leistungen des Arbeitgebers auch an Lebenspartner zu gewähren?». *Neue Juristische Wochenschrift* 23/2008, pp. 1631 ss.

recho nacional considere ambas situaciones equiparables, algo que corresponde determinar al respectivo Tribunal nacional. El Tribunal de Karlsruhe ha llegado a la conclusión de que las parejas de hecho (homosexuales o no) no se encuentran en una situación equiparable a los matrimonios a los efectos de percibir el complemento salarial por familia. El 20 de septiembre de 2007 ya había decidido el TCFA (Az: 2 BvR 855/06) que el pago de ese complemento sólo a los funcionarios casados no vulneraba el principio de igualdad de trato de la Ley Fundamental, y ello sobre la base de la particular protección constitucional que esta norma dispensa a la institución matrimonial.

h) También el 6 de mayo de 2008 ha confirmado el TCFA la prohibición de que un neonazi ejerza la labor de jurado escabinado (juez lego) al considerar que, igual que los jueces de profesión, también los escabinos han de mostrar lealtad a la Constitución, la cual no se da en el caso de quienes, como los neonazis, rechazan el orden jurídico liberal y democrático (Az: 2 BvR 337/08).

i) Para los próximos meses se esperan dos interesantes sentencias del TCFA en materia electoral. En una de ellas ha de decidir acerca de la utilización en el procedimiento electoral de ordenadores desde los cuales los electores pueden emitir su voto, y, en concreto, si el precepto de la Ley Federal Electoral que permite el uso de «aparatos electorales» es constitucional o no. En la otra sentencia el TCFA habrá de decidir si una anomalía del sistema electoral alemán, en virtud de la cual puede darse el caso de que un partido pierda un escaño en las elecciones al *Bundestag* si recibe más de un determinado número de votos en un determinado *Land* y que lo gane si recibe menos, es compatible con la Constitución, en la medida en que, por este «efecto del peso negativo de los votos», un votante puede verse obligado a no dar su voto al partido de su preferencia para evitar perjudicarlo, lo cual violaría el carácter libre e inmediato del voto<sup>28</sup>.

## 6. OTROS ASUNTOS IMPORTANTES QUE HAN SIDO OBJETO DE LA DISCUSIÓN POLÍTICA EN ESTE PERÍODO

Hay otras cuestiones importantes de trascendencia constitucional que han sido objeto recurrente de la discusión política en Alemania en los últimos meses y que me limito a citar ahora con carácter enumerativo. La mayoría de ellos no han sido aún definitivamente resueltos y la cercanía de las elecciones generales (en el año 2009) hace dudar de que se puedan alcanzar a corto o medio plazo compromisos entre los miembros de la coalición de Gobierno para su solución.

<sup>28</sup> Un resumen de esta paradoja, imposible de explicar en pocas líneas, puede verse en FENDRICH, MARTIN: «Paradoxien des Bundestags-Wahlsystem». *Spektrum der Wissenschaft* 2/1999, pp. 70 ss. (en [www.wissenschaft-online.de/page/fe\\_seiten&article\\_id=570654](http://www.wissenschaft-online.de/page/fe_seiten&article_id=570654), consultada el 11 de junio de 2008).

- En la segunda parte de la reforma del sistema federal alemán, la relativa a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*<sup>29</sup>, se ha avanzado poco en los últimos meses, aunque la intención, al menos teóricamente, sigue siendo la de aprobarla en esta legislatura. El 23 de junio de 2008 han presentado los Presidentes de la Comisión que trabaja en ella, constituida en diciembre de 2006 y en la que están representados tanto la Federación como los *Länder*, un catálogo de puntos básicos sobre los que se habrá de seguir trabajando en los próximos meses. En este documento se plasma el acuerdo entre los dos grandes partidos para poner freno en adelante al endeudamiento de la Federación y de los *Länder*, aunque aún no hay consenso sobre cómo se configurará en concreto ese freno<sup>30</sup>. Se seguirá negociando también sobre el tipo y las condiciones de la ayuda que se habrá de proporcionar a los *Länder* más pobres para que puedan conseguir presupuestos equilibrados. Lo que ha quedado definitivamente excluido de la futura negociación es cómo se van a ir saldando las deudas ya asumidas.
- Objeto de intenso debate ha sido también la posibilidad de volver a iniciar un procedimiento que lleve a la prohibición del partido neonazi NPD. En el año 2003 el TCFA rechazó por motivos formales un procedimiento en este sentido, al considerar que no era posible saber hasta qué punto las acciones y declaraciones que para fundamentar la prohibición del partido se imputaban a los radicales de extrema derecha, habían sido provocadas por «topos» de las autoridades de protección de la Constitución (*Verfassungsschutz*) infiltrados en sus filas. Para que un nuevo procedimiento tenga perspectivas de éxito (recordemos que los Magistrados del TCFA tienen que pronunciarse a favor de la prohibición de un partido político por una mayoría de dos tercios) sería, por tanto, necesario, según el grupo de trabajo de los Ministros de Interior de los *Länder* convocado al respecto, interrumpir, incluso durante años, el trabajo de tales agentes e informantes, y obtener por otras vías las pruebas que fundamenten la prohibición, que ha de basarse en la demostración de las actitudes del NPD contrarias a la Constitución, unidas a una postura agresiva y activamente combativa frente al orden liberal-democrático. Pero, en particular el partido socialista, y también el propio Ministro del Interior Schäuble, se

29 Objetivos básicos de esta reforma son la reducción de la deuda estatal y una mejora general de la situación financiera alemana (entre otras cosas, obligados por el respeto a los criterios de estabilidad de Maastricht), evitando situaciones de crisis presupuestaria, a través, fundamentalmente, de una mayor eficiencia en la labor de las diferentes Administraciones y de una mayor responsabilidad de cada *Land* en el ejercicio de sus competencias, así como la reorganización y modernización de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*.

30 Mientras que la CDU quiere prohibir del todo la asunción de nuevas deudas salvo en casos extraordinarios (catástrofes naturales, por ejemplo), el SPD se muestra partidario de permitir que se asuman nuevas deudas, siempre que éstas no superen en total el 0,75% del PIB.

muestran contrarios a interrumpir el trabajo de los «topos», porque podría verse debilitada toda la labor de lucha contra la extrema derecha, y se esfuerzan en buscar alternativas para lograr la prohibición del NPD sin recurrir a ello. Sin embargo, existen serias dudas, también desde el punto de vista constitucional a la luz de lo afirmado por el TCFA en la sentencia de 2003, sobre si existen realmente tales alternativas.

En relación con el movimiento neonazi, por sentencia de 25 de junio de 2008 ha confirmado el Tribunal Supremo Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) la constitucionalidad del aumento desde 2005 de las sanciones en el § 130 del Código Penal alemán para los organizadores y participantes en manifestaciones neonazis, y que ello no supone una injerencia desproporcionada en la libertad de opinión y de expresión de estas personas pues en este caso prevalece la protección del orden público y de la dignidad humana de las víctimas de la violencia nazi y de sus descendientes.

- El Gobierno ha aprobado en abril de 2008 las líneas básicas de lo que será un Proyecto de Ley sobre el Diagnóstico Genético. En concreto, se prevé que los tests genéticos sólo serán posibles en el futuro si el afectado los consiente y, en el caso de que no pueda prestar su consentimiento, sólo si son susceptibles de beneficiarle. Antes de practicar tests genéticos con el fin de detectar enfermedades o el riesgo de llegar a padecer las mismas y antes de practicar tests genéticos prenatales, el afectado habrá de recibir asesoramiento, al cual, no obstante, puede renunciar. Cada persona tendrá el derecho de llegar a conocer sus propios datos genéticos o de negarse a ello. Se regulará la transmisión de esta información a terceros, y se prohibirá la discriminación por razón de las características genéticas. Los empleadores y las empresas de seguros no podrán exigir de empleados y clientes la práctica de tests genéticos, aunque se contemplan algunas excepciones. Los tests secretos de paternidad seguirán estando prohibidos.
- Mucho han dado que hablar durante estos meses las Leyes contra el Tabaco de los distintos *Länder*, que han ido prohibiendo, en la mayoría de los casos sin excepciones, el que se fume en restaurantes, cafeterías, bares, pubs, discotecas y demás establecimientos gastronómicos (salvo que se trate de clubes privados) para proteger la salud de los empleados del sector de la gastronomía y la de los clientes no fumadores. Sólo se permite como regla general el que se fume, aparte de en terrazas y espacios al aire libre, en zonas de fumadores perfectamente separadas y aisladas del resto del local. Contra esto se han ido presentando diversos recursos ante los Tribunales Constitucionales de los *Länder* por parte, sobre todo, de propietarios de locales tan pequeños que no es posible delimitar en ellos una zona separada para fumadores, al entender que con ello se atenta desproporcionadamente contra su libertad profesional y se pone en peligro su supervivencia

económica, pues la mayor parte de sus clientes son fumadores. El Tribunal Constitucional de Sajonia ha dictado el 27 de marzo de 2008 una medida cautelar que permite seguir fumando en estos locales pequeños siempre que sea el propietario de los mismos el único que trabaje en el local y que se señalice claramente a la entrada del local que en él está permitido fumar, a la espera de que se resuelva la cuestión de fondo de si la desigualdad de trato económicamente gravosa que se dispensa a los propietarios de locales pequeños frente a los propietarios de locales con capacidad para delimitar una zona separada de fumadores está justificada desde el punto de vista constitucional o no. Una medida cautelar similar fue adoptada el 12 de febrero de 2008 por el Tribunal Constitucional de Renania-Palatinado, que rechazó, sin embargo, la petición de un fumador de que se aplazase la entrada en vigor de la Ley por entender vulnerado su derecho al libre desarrollo de su personalidad. Según el Tribunal, a diferencia de lo que ocurre con los propietarios de los locales, para el fumador no se deriva ningún perjuicio particularmente grave, a la espera de la resolución del recurso, que haga necesario adoptar el aplazamiento solicitado. El TCFA rechazó en enero una petición urgente similar de un fumador contra la Ley de Hessen, por entender también que puede esperar a que se resuelva el asunto de fondo sin tener que temer perjuicios irreparables.

- En marzo de 2007 consiguieron los socios de Gobierno ponerse de acuerdo en el contenido de la reforma de la obligación de alimentos que los progenitores separados o divorciados han de cumplir respecto a sus hijos y su ex-pareja. El acuerdo establecía la prioridad de los hijos e hijas a la hora de obtener alimentos; sólo en segundo lugar, suponiendo que aún hubiese medios, se concederían éstos a los ex-cónyuges divorciados que se hacen cargo de estos hijos, mientras que las ex-parejas que se hiciesen cargo de los hijos, en caso de no haber existido matrimonio pasarían a ocupar el tercer lugar en el orden de prelación. Sin embargo, el 28 de febrero de 2007, el Tribunal de Karlsruhe declaró inconstitucional, en una decisión que se dio a conocer en mayo de ese año (Az: 1 BvL 9/04), el diferente trato en la concesión de alimentos a quienes se hiciesen cargo de los niños según que hubiese habido o no matrimonio con quien había de pagar tales alimentos<sup>31</sup>, porque ello supondría una discriminación, constitucionalmente prohibida, contra los hijos no matrimoniales, que se verían perjudicados en la atención dispensada por el progenitor que se hiciese cargo de ellos según que hubiese habido matrimonio o no. La desigualdad de trato entre unos y otros se había justificado hasta la fe-

<sup>31</sup> La norma declarada inconstitucional establecía que el ex-cónyuge había de pagar alimentos a la su ex-pareja hasta el octavo año de vida del niño en caso de haber estado casado con ella, sin que ésta tuviese obligatoriamente que buscar un trabajo remunerado para contribuir al sostenimiento de la familia, y sólo hasta el tercer año de vida de no haber existido matrimonio.

cha (igual que en el acuerdo entre los socios de Gobierno) por la particular protección que la Ley Fundamental de Bonn dispensa a la institución matrimonial en su art. 6. La reforma de la regulación del pago de alimentos ha entrado finalmente en vigor el 1 de enero de 2008, de modo que ahora las ex-parejas que se hacen cargo de los hijos reciben el mismo trato, haya existido o no matrimonio con el obligado al pago.

- En diciembre de 2007, a raíz de diversos casos particularmente dramáticos de maltrato infantil que conmocionaron a la sociedad alemana, se planteó un debate para reformar la Ley Fundamental de Bonn e incluir en ella, en concreto en su art. 6, un párrafo donde se reconozcan expresamente los derechos de los niños. Resulta intolerable, afirman los promotores de la iniciativa, que la protección de los animales tenga rango constitucional mientras que los derechos de los niños no aparezcan expresamente mencionados en la Ley Fundamental. La Canciller Federal se mostró, sin embargo, como una gran parte de la CDU, contraria a esta propuesta por considerar que a través del reconocimiento de los derechos fundamentales y de la referencia expresa a la protección de la familia en la Ley Fundamental los derechos de los niños ya están suficientemente reconocidos y protegidos a nivel constitucional. Además, resulta inadecuado, afirman quienes se oponen a ese reconocimiento constitucional, ampliar la Ley Fundamental de Bonn para ir incluyendo referencias expresas a cada colectivo que se considere particularmente necesitado de protección o de reconocimiento, siendo preferible (e incluso imprescindible) introducir mejoras legislativas, administrativas y judiciales en la protección dispensada a los niños particularmente desvalidos. A finales de mayo de 2008 se ha reabierto este tema al adoptarse un acuerdo de la Conferencia de Ministros de Familia de la Federación y de los *Länder* en el que se vuelve a insistir en la necesidad de incorporar los derechos de los niños a la Ley Fundamental de Bonn.
- Objeto de una intensa discusión en estos meses, también a raíz de diversos casos que han conmocionado a la opinión pública alemana, ha sido la cuestión de las medidas que podrían adoptarse para sancionar más duramente la violencia juvenil. El 20 de junio de 2008 el *Bundestag* ha aprobado una Ley por la que los jóvenes entre catorce y dieciocho años que hayan sido condenados de acuerdo con la Ley del Menor por delitos particularmente graves (castigados con un mínimo de siete años de privación de libertad y que hayan producido graves daños físicos o psicológicos a la víctima) puedan permanecer privados de libertad aun después de haber cumplido su condena, en casos extremos y siempre como *ultima ratio*, si se confirma su peligrosidad.
- El Tribunal Constitucional de Hessen ha confirmado en una sentencia de 10 de diciembre de 2007 la constitucionalidad de la prohibición vigente en este *Land* (una de las más estrictas en toda Alemania) de que

las funcionarias y quienes se encuentran en período de formación para acceder a puestos en la Administración desempeñen su trabajo portando un pañuelo en la cabeza. El 18 de marzo de 2008 el Tribunal Administrativo Superior Baden-Württemberg ha confirmado también la prohibición a una maestra (funcionaria) de portar durante las clases el pañuelo en la cabeza, pues con ello vulnera la obligación de neutralidad que impone la Ley Escolar de este *Land* y pone en peligro, aunque sólo sea en abstracto, la paz escolar en materia religiosa. El Tribunal no ha apreciado, sin embargo, una posible vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por el hecho de que en el mismo *Land* se permita a tres religiosas impartir docencia portando los hábitos de sus respectivas congregaciones. En una muy reciente sentencia, de 27 de junio de 2008, el Tribunal Supremo Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) ha decidido que el *Land* de Bremen no puede prohibir a las maestras en prácticas, aunque sí a las funcionarias, el uso del pañuelo en la cabeza por motivos religiosos porque ello iría en concreta de su derecho al libre ejercicio de su profesión al ostentar el *Land* el monopolio en la formación práctica del profesorado.

- Gran polémica la suscitada en marzo de 2007 a raíz de una sentencia de una juez de Frankfurt am Main que denegó a una alemana de origen marroquí la posibilidad de divorciarse de su marido marroquí antes de transcurrido el plazo de un año que fija la ley, pese a ser sometida a malos tratos físicos y psicológicos por parte de éste, por considerar que el Corán reconoce al marido un cierto «derecho de corrección» sobre su mujer y que éste es habitual en el círculo religioso-cultural al que ambos pertenecían, de modo que la mujer, nacida en Alemania, podía poco menos que contar con ello al casarse con su esposo, nacido y criado en Marruecos. Precisamente por eso no se daban, en opinión de la juez, las circunstancias excepcionales que posibilitarían en el contexto del § 1565 del Código Civil alemán (BGB) una reducción de los plazos para la obtención del divorcio. La juez decretó, no obstante, una orden de alejamiento al presunto maltratador y asignó el domicilio conyugal a la mujer, a la espera de que transcurriese el año fijado por la ley para poder obtener el divorcio.
- Coincidiendo con la ratificación del Tratado de Lisboa por parte del *Bundestag* y del *Bundesrat* el 24 de abril y el 23 de mayo de 2008, respectivamente, se ha aprobado una importante reforma del art. 23.1 GG que introducirá en el ordenamiento alemán el «recurso de subsidiariedad» ante el TJCE, previsto en el art. 8 del Protocolo sobre la aplicación del principio de subsidiariedad que acompaña al Tratado de Lisboa, a través del cual los Parlamentos nacionales podrán defenderse frente a posibles violaciones del principio de subsidiariedad por parte de la Unión Europea. La regulación de este recurso en Alemania a través de una futura «Ley para ampliar y reforzar los de-

rechos del *Bundestag* y del *Bundesrat* en asuntos de la Unión Europea», que modificará los Reglamentos de ambas Cámaras, obliga al *Bundestag* a plantearlo cuando así lo soliciten un grupo parlamentario o un cuarto de los diputados. Además se reformará el art. 93.1.2 GG (y también la Ley del Tribunal Constitucional) para adaptar a este quórum el que hasta ahora era necesario para plantear un recurso de inconstitucionalidad ante el TCFA. De este modo el recurso de inconstitucionalidad podrá ser interpuesto por un cuarto de los diputados, y no por un tercio como hasta ahora. La Ley de reforma constitucional y la otra Ley mencionada entrarán en vigor cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa.

\* \* \*

ABSTRACT.— *This article offers a panoramic view of the most important events and discussions that have shaped the political and constitutional landscape in Germany from January 2007 till June 2008. Due to the limited number of pages and space, the article focuses only on some of them, particularly on those cases on which the German Federal Constitutional Court has delivered important decisions. The political debate in Germany in the last one and a half year has been decisively shaped by the measures that the Government plans to put in place to combat more effectively crime, in particular terrorism. The central issue of the debate has been (and will still be in the next months) the draft of the new law that will regulate the Federal Criminal Police Office (Bundeskriminalamt). Since the amendment of the German Basic Law in 2006 competences have been conferred on this Office not only to prosecute terrorist acts under certain circumstances, but also to prevent them.*