

# Etapas del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana\*

KONRAD HESSE

## SUMARIO:

- A. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA
- B. DESDE LOS INICIOS HASTA LA ACTUAL JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA
  - I. La primera etapa: El Tribunal del Estado para el Imperio Alemán
  - II. La segunda etapa: El Tribunal Constitucional Federal y las primeras fases de su jurisprudencia
    - 1. Los fundamentos constitucionales y su significado
    - 2. Ampliación y desarrollo a través de la jurisdicción constitucional
    - 3. La nueva calidad de la jurisdicción constitucional alemana
    - 4. Problemas y peligros. Límites de la jurisdicción constitucional
  - III. La tercera etapa: La jurisdicción constitucional en el umbral del Siglo XXI
    - 1. Estado moderno y controles de la jurisdicción constitucional
    - 2. Derecho Constitucional y Derecho Comunitario Europeo
    - 3. La dimensión europea del Derecho Constitucional

## A. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA

En todo el mundo, pero especialmente en Europa, la jurisdicción constitucional ha experimentado, en los últimos tiempos, una verdadera marcha triunfal. Para empezar, la superación del régimen totalitario y la transición o el retorno a la democracia han dado impulso a la instauración de tribunales constitucionales o a la continua ampliación de sus competencias. Así, después del final de la Segunda Guerra Mundial en Italia, Austria y la República Federal de Alemania, más tarde en España y Portugal y, en los últimos tiempos —después de la caída del régimen soviético y, ligado a ésta—, se produce el gran giro en Europa del Este y del Sur. Luego de la reunificación alemana se han constituido —en los nuevos estados federados— tribunales constitucionales o cortes constitucionales completamente calcados del Tribunal Constitucional Federal<sup>1</sup>. En

\* Traducido del alemán por Carmen Zavala, revisado por César Landa.

<sup>1</sup> Una visión de conjunto se encuentra en: K.-G. Zierlein, *Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung*, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, pp. 301 ss.

Francia se ha desarrollado el Consejo Constitucional –introducido por la Constitución de 1958 y que, originalmente, estaba destinado sólo a un control del cumplimiento del Parlamento de las finalidades dispuestas en el marco de la Constitución– convirtiéndose, así, en un órgano de poder legislativo y en un elemento constituyente de la vida constitucional de la Quinta República. En Suiza, que ha renunciado a un tribunal constitucional especial, así como también en los Estados Unidos de América, desde el siglo pasado las tareas de la jurisdicción constitucional en general, son atribuidas a la Suprema Corte. En resumen, hoy -aunque en diferentes expresiones- existe una jurisdicción constitucional en la mayoría de los estados europeos. Ella se muestra como el presupuesto irrenunciable de la conservación, capacidad de funcionamiento y continuidad del Estado de Derecho democrático<sup>2</sup>.

Este desarrollo no se ha detenido en los límites del Estado Nacional y ha conducido a la instauración de tribunales supranacionales, cuyas funciones corresponden a las de los tribunales constitucionales nacionales: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de la Comunidad Europea.

De acuerdo con las normas de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, la protección de los derechos garantizados en la Convención es competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estos derechos no sólo fueron normados –por primera vez en la historia– dentro de un tratado internacional, sino que también fueron asegurados institucionalmente por una instancia judicial. El Tribunal de la Comunidad Europea, por su parte, tiene competencia para cambiar el Derecho con la interpretación y aplicación que hace de los principios constitutivos de la Comunidad Europea (Art. 164º Tratado de la Comunidad Europea); en esta función, este tribunal garantiza –ante todo– las funciones jurisprudenciales globales. La jurisprudencia de ambos tribunales ha ganado importancia creciente cada año.

El actual y futuro desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana no puede separarse de este desarrollo y del marco europeo que surge con ella. Con su reconstrucción y desarrollo –a nivel global– desde la Segunda Guerra Mundial, la República Federal de Alemania ha ido más allá que otros estados. Por ello tiene mayor interés la pregunta acerca del concepto de su buen resultado.

La respuesta no es fácil de encontrar. Algunas cosas permanecen en estado provisional. Lo fundamental se ha logrado y ha podido servir como modelo para otros ordenamientos constitucionales. Muchas cosas han resultado distintas de lo que se esperaba o se predecía; algunos problemas han cambiado y han aparecido nuevos.

¿Cómo hay que juzgar la producción y la situación de la jurisdicción constitucional alemana después de casi cincuenta años de su creación? Los puntos de vista al respecto, desde los inicios hasta la actualidad, han estado absolutamente divididos, aunque no de modo claro como se apreció en los debates de la sexagésima primera sesión de la Asociación de Juristas Alemanes de 1996. Las siguientes aproximaciones a la historia

<sup>2</sup> Acerca de este tema y más detalladamente ver: A. von Bruenneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der westlichen Demokratien*, 1992, pp. 133 ss.

del Tribunal Constitucional Federal –al mismo tiempo, retrospectiva y prospectiva, como antiguo miembro del Tribunal– buscan establecer las condiciones de un juicio objetivo.

## B. DESDE LOS INICIOS HASTA LA ACTUAL JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA

Cuando en Alemania –después del final de la Segunda Guerra Mundial y de la caída del injusto régimen nacionalsocialista– se planteó levantar –sobre las ruinas del antiguo orden– un Estado de Derecho democrático, esto no podía significar mas que un ensayo con un resultado no previsible<sup>3</sup>. Las asambleas constituyentes en los estados federados y en la federación no podían remitirse a ninguna tradición democrática consolidada, que en las antiguas democracias era el fundamento de su existencia política y de su vida. Faltaban todos los presupuestos para un nuevo comienzo fundamental y general. Mientras que el constituyente de las primeras constituciones alemanas –*Landesverfassungen*– salió de la debacle del antiguo régimen, el constituyente de la Ley Fundamental de Bonn –*Grundgesetz*– salió de las primeras constituciones. Claro que el constituyente de Bonn también se apartó de un modo marcado y claro, de la viva impresión de los fracasos y de las catástrofes del pasado reciente. Es así que saca la consecuencia imperiosa para el nuevo orden, que todos deben tener derecho para obtener iguales o parecidos desarrollos en el futuro.

Vinculación y discrepancia: Esta relación es válida especialmente para las regulaciones de la Ley Fundamental sobre el Tribunal Constitucional Federal y sus tareas; por lo cual se hace necesario ingresar brevemente en su desarrollo precedente.

### I. La primera etapa: El Tribunal del Estado para el Imperio Alemán

Esta etapa se erigió sobre la base de la Constitución de la Primera República Alemana, la Constitución Imperial de Weimar de 1919. Sus competencias estaban limitadas en lo esencial a las de una jurisdicción estatal, entendida en un sentido restringido; como las que le faltó a la Constitución del Reich de 1871. Pero, en sus tareas y en su efectividad, continuó una línea de desarrollo histórico que se retrotrae a las raíces de la jurisdicción constitucional alemana.

Ella empieza con los tribunales del antiguo Reich creados en los siglos XV y XVI: el Tribunal de Cámara del Reich y el Consejo Imperial, cuyas tareas habían contribuido a asegurar la paz y proteger los derechos individuales y estamentales<sup>4</sup>. La idea de este desarrollo estuvo en el intento de creación de una jurisdicción –después de la era napoleónica– en la Confederación Alemana de 1815. Por cierto que este intento fracasó, pero incluyó en el ordenamiento básico de los estados federados de Alemania del siglo XIX, los elementos de una jurisdicción constitucional (federal). En las monarquías

<sup>3</sup> R. Smend, *Das Bundesverfassungsgericht*, en: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, segunda edición, 1968, p. 581.

<sup>4</sup> Para lo que sigue, detalladamente: U. Scheuner, *Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. Und 20. Jahrhundert*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Ch. Starck editor, I, 1976, p. 1 y ss.

constitucionales de algunos estados independientes había cobrado forma, la idea de tener sentencias en forma justas para los conflictos constitucionales intraestatales, a través de un Tribunal del Estado; sobre todo dentro del marco de las responsabilidades ministeriales, como una garantía de la Constitución. En ambas, en la garantía de la paz entre los miembros de la federación a través de la conciliación o la dirimencia de los conflictos federales y, en la solución judicial de los conflictos constitucionales intraestatales, se hizo reconocible la idea fundamental de la jurisdicción constitucional posterior: someter el accionar político a una forma de control judicial a través de un tribunal independiente.

Mucho más allá de estos inicios han ido las disposiciones de la Constitución Imperial de Frankfurt de 1849; en la que después de la revolución de 1848, debían ser realizadas las metas de la unidad alemana y las del movimiento por la libertad del siglo XIX. En ella se encuentran ya formulaciones esenciales de la actual jurisdicción constitucional: competencias del Tribunal del Imperio –*Reichsgericht*– para la solución de los conflictos jurídicos estatales federales, entre los más altos órganos del Estado; principios de un control judicial de normas y de resolución de quejas constitucionales. Aunque la obra constitucional de aquella época fracasó –sólo la parte de los derechos fundamentales fue puesta en vigor por corto tiempo–, la Constitución Imperial de Frankfurt se convirtió en una temprana precursora de regulaciones aisladas, de la jurisdicción constitucional en la Constitución de Weimar de 1919 y, en un sentido amplio, de la jurisdicción constitucional de la Ley Fundamental.

En todo caso, las normas que regulaban el Tribunal del Estado –*Staatsgerichtshof*– de la República del Weimar estaban aún muy alejadas de la realización de estas ideas. Aparte de algunas tareas especiales, a este Tribunal le estaba asignado sólo un estrecho y limitado control del poder político y, tareas en el ámbito del ordenamiento federal. El Parlamento había recibido el derecho de acusar al Presidente, al Canciller y a los ministros ante el Tribunal del Estado (Art. 59° Constitución de Weimar); el Tribunal del Estado tenía competencias para decidir sobre los conflictos entre los distintos estados federados, entre el Estado y los estados federados, así como, de manera subsidiaria, los conflictos constitucionales dentro de un estado federado (Art. 19° Constitución de Weimar). De otro lado, le faltó una competencia para decidir sobre los conflictos entre los más altos órganos del Estado y sobre los recursos de amparo –*Verfassungsbeschwerden*–; esto, a pesar que la Constitución de Weimar –al contrario que la Constitución del Reich de 1871– contenía un extenso catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, también, faltó especialmente una competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.

Por cierto, la Constitución de Weimar hacía posible, en caso de duda o de diferencias de opinión sobre la compatibilidad del derecho del Estado con el derecho de los estados federados, que un Tribunal más alto decidiera (Art. 13°, Sección 2, Constitución de Weimar). Pero éste no era el Tribunal del Estado, sino por lo general el Tribunal Supremo del Reich. Ese vacío, también era evidente, ante la pregunta que permaneció sin respuesta y que se discutía con vehemencia, acerca de si este Tribunal tenía una atribución judicial general o si sólo estaba obligado en un caso concreto a examinar la compatibilidad del derecho con la Constitución. El Tribunal Supremo del

Reich reconoció en su famosa sentencia de 1925, el derecho de revisión judicial de este tipo<sup>5</sup>; no obstante, el valor de su jurisprudencia no tuvo consecuencias prácticas dignas de mención.

En resumen, el Tribunal del Estado del Reich Alemán desarrolló, dentro del marco de las competencias asignadas a él por la Constitución de Weimar, una extensa e importante jurisprudencia para la vida constitucional<sup>6</sup>. Sin embargo su influencia, en plena crisis de la República de Weimar, fue pequeña y no pudo contribuir a impedir la caída de la primera democracia alemana. Cuando en el año 1932, en una lucha en torno al nombramiento de un comisario del Reich en Prusia («Golpe de Prusia»)<sup>7</sup>, le tocó resolver este asunto al Tribunal del Reich Alemán; pero, su intento de equilibrio quedó sin efecto y ofreció con ello un primer ejemplo de advertencia, de que las sentencias de la jurisdicción constitucional no son capaces de superar las profundas conmociones políticas o, incluso, de contribuir de manera efectiva a superarlas.

## II. La segunda etapa: El Tribunal Constitucional Federal y las primeras fases de su jurisprudencia

### 1. *Los fundamentos constitucionales y su significado*

a) Con el establecimiento de la Ley Fundamental de Bonn –*Grundgesetz*– en los años 1948 y 1949, tanto en la convención constitucional preparatoria llevada a cabo en Herrenchiessee, como también en el propio Consejo Parlamentario que actuó como asamblea constituyente, dominó, desde el comienzo, el acuerdo fundamental sobre la creación de una jurisdicción constitucional alemana, la que debía corresponder continuar más allá de las competencias del Tribunal del Estado del Reich alemán.

Este propósito ganó forma en las competencias del Tribunal Constitucional alemán, en primer lugar, para resolver los *conflictos federales* –*föderativer Streitigkeiten*–, con el que la Ley Fundamental se mantuvo aún dentro del marco de la jurisdicción constitucional alemana tradicional. Hoy, aquella competencia ya no está más en el primer plano de su jurisdicción; en tanto que las competencias del Tribunal se han ampliado, con diferencias de opinión, para dar solución a los problemas de compatibilidad formal o material del derecho de los estados federados con la Ley Fundamental o cualquier otro derecho federal. Sin embargo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta el momento, su importancia reside menos en la solución de los auténticos conflictos federales, que en la posibilidad de decidir entre orientaciones de políticas del Estado en general en la forma de un conflicto constitucional federal. Al margen de ello, pero no en último lugar, y a la vista de la creciente importancia del Consejo Federal, los conflictos entre la federación y los estados federados, se zanján políticamente de manera amplia; mientras que, los conflictos de derecho constitucional al interior de los estados federados, se ha vuelto cuestión de sus propios tribunales constitucionales.

<sup>5</sup> RGZ 111, 320 (322 s.).

<sup>6</sup> Acerca de este tema, *Scheuner* (nota 4) p. 56 ss.

<sup>7</sup> Acerca de este tema, ver en particular: E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, VIII (1984), p. 1120 ss.

Con la creación de aquellas competencias, que fundamentan apropiadamente el sentido del Tribunal Constitucional Federal, el legislador constitucional ha fundado el nuevo comienzo para la República Federal y de su vida constitucional.

A esta esfera pertenece la competencia del Tribunal Constitucional Federal para los *conflictos entre órganos* –*Organstreitigkeiten*– (Art. 93°, Sección 1, Nº 1, Ley Fundamental). Según esto, el Tribunal tiene que decidir, a partir de la motivación del conflicto, sobre el perímetro de derechos y obligaciones de un alto organismo federal (por ejemplo, del Parlamento, del Consejo Federal, del Gobierno Federal o del Presidente Federal) o de otro ente, que haya sido dotado con derechos propios a través de la Ley Fundamental o a través del reglamento de funcionamiento de un órgano constitucional federal.

Importancia central corresponde, además, a las competencias creadas por los legisladores respecto del *control de las normas* –*Normenkontrolle*– del Tribunal Constitucional. Esta competencia está asignada al Tribunal Constitucional Federal como: «control abstracto de normas» –*abstrakte Normenkontrolle*–, es decir, como verificación inmediata de la constitucionalidad de una ley, a solicitud del gobierno federal, del gobierno de un estado federado o de un tercio de los miembros del Parlamento (Art. 93°, Sección 1, Nro. 2, Ley Fundamental), y; “controles concreto de normas” –*konkreter Normenkontrolle*–, esto es, la presentación de un tribunal de una cuestión de inconstitucionalidad, para que decida sobre la validez de la aplicación de una ley (Art. 100°, Ley Fundamental). Con ambas formas del control de normas, a las que después se ha sumado el control constitucional inmediato del Tribunal Constitucional, en base a un *recurso de amparo* –*Verfassungsbeschwerde*–, que se vincula con el paso decisivo a la segunda etapa del nuevo desarrollo de la jurisdicción constitucional: la extensión de los controles de la justicia constitucional sobre los cuerpos legislativos, en especial, el Parlamento elegido democráticamente.

Además, para asegurar la defensa constitucional en caso de abuso en contra de la Ley Fundamental, se ha creado posibilidades de sanción, a través de la *Protección del Estado y de la Constitución* –*Schutz des Staates und der Verfassung*– encomendada por el constituyente a la decisión del Tribunal Constitucional Federal. Así, tiene competencia sobre la prohibición de partidos políticos –*Verbot politischer Parteien*– (Art. 21°, Sección 2, Ley Fundamental) y la decisión sobre la pérdida de derechos fundamentales –*Verwirkung von Grundrechte*– (Art. 18°, Ley Fundamental). El Tribunal Constitucional Federal también decide sobre una acusación contra el Presidente Federal planteada por el Parlamento Federal o del Consejo Federal y, en caso de decidirlo puede condenar a la separación del cargo. El tribunal decide también sobre las acusaciones de los jueces. Estas competencias han conducido, en el transcurso del presente desarrollo, a sentencias concluyentes en dos casos de prohibición de partidos políticos<sup>8</sup>.

Junto a una serie de competencias particulares adicionales –reguladas en la Ley Fundamental–, la decisiones sobre los *recursos de amparo* constituyen «pieza clave

<sup>8</sup> BVerfGE 2, 1: Prohibición del Partido Nacional-Socialista del Reich; 5, 85 -Prohibición del Partido Comunista de Alemania.

dentro de sistema legal de protección judicial del ciudadano contra los poderes del Estado»; por eso, es una de las tareas principales de la jurisdicción constitucional federal. En efecto, cualquiera puede plantear una queja sosteniendo haber sido lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de los derechos mencionados en determinados artículos. La competencia para decidir sobre esto no la creó el constituyente por sí mismo; fue introducida por primera vez en la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1951 y fue incorporada en la Ley Fundamental recién en 1969 (Art. 93° Secc. 1 Nro. 4 a y b). El número de reclamaciones constitucionales ha ido creciendo cada año, hasta llegar a 5766 en 1995. Esto ha conducido a una sobrecarga del Tribunal Constitucional Federal, que aún no ha podido ser allanada, a pesar de una serie de modificaciones de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

b) Todas las competencias antes señaladas del Tribunal Constitucional Federal, ocasionan una intervención del Tribunal en el sistema de *división de poderes*—*Gewaltenteilung*— de la Ley Fundamental. Se puede decir que, este es ampliado en sus elementos de coordinación y de balance de poderes, en torno a un nuevo factor: el mismo que ha experimentado hasta el momento desplazamientos de gran trascendencia frente al sistema tradicional.

Esto es válido, en primer lugar, por la extensión del control de la jurisdicción constitucional a las funciones de dirección y creación políticas que son competencias centrales de los cuerpos legislativos y del gobierno federal. Si su actividad está sujeta al control de su constitucionalidad, entonces se producen modificaciones que difícilmente pueden ser estimadas plenamente; ya que la posibilidad de un control semejante, obliga en la preparación y promulgación de leyes a la incorporación de la cuestión de su constitucionalidad y, ocasiona, entretanto, un importante «efecto previo». Pero, el control mismo incluso no puede darse sin considerar el contenido, el modo y la manera de actuar de los órganos políticos y de su peso en la estructura de los poderes del Estado.

En una proyección similar, sólo que en el marco de las funciones del Poder Judicial, nos conduce al control constitucional de las decisiones judiciales, que siempre eran obligatorias luego de su entrada en vigor. Hasta el momento, el Tribunal Constitucional Federal ha ganado determinante influencia sobre la jurisprudencia de los tribunales judiciales comunes; perdiendo estos en su ámbito la capacidad de decidir en última instancia.

En la perspectiva del balance de poderes, finalmente, la tarea del Tribunal Constitucional Federal es decidir sobre los conflictos entre órganos. Particularmente, en la extensión de la facultad de plantear demandas de «otros participantes», tales como los diputados, los grupos parlamentarios y los partidos políticos, se abre a las minorías políticas la posibilidad de solicitar la protección del Tribunal Constitucional contra los perjuicios que cometa la mayoría, dada su posición de desventaja. Esto aporta a la conservación una al lado de la otra, de las diversas fuerzas políticas de aproximadamente igual peso. Lo cual es el supuesto del orden democrático de la Ley Fundamental, como un orden de libertad y de un proceso político abierto; que, al mismo tiempo, es la condición básica de la validez del Tribunal Constitucional Federal.

c) Este y otros efectos de apariencia exterior, según la relación cuantitativa de las competencias del Tribunal Federal Constitucional sobre el ordenamiento constitucional establecido en la Ley Fundamental, no fueron seguidas de cerca en las deliberaciones del Consejo Parlamentario. En ese entonces estaban en el primer plano de la discusión, cuestiones particulares, aunque absolutamente importantes; como aquellas acerca de la posición y la organización del Tribunal Constitucional Federal, de la elección de los jueces y del efecto de sus sentencias. Sin embargo, en la regulación de las competencias del Tribunal Constitucional Federal, aunque por delante en sus competencias para el control de las normas o los conflictos orgánicos, reside una de las grandes aportaciones pioneras del constituyente. El desarrollo constitucional de casi 50 años ha confirmado esto.

## 2. *Ampliación y desarrollo a través de la jurisdicción constitucional*

El éxito y la acreditación de la concepción del constituyente dependieron de si resultaría exitoso llevar a la realidad de la vida constitucional de la República Federal el nuevo ordenamiento de la jurisdicción constitucional; llenarla de vida, renovarla, legitimarse ante los desafíos no previstos por el Consejo Parlamentario, dado el rápido cambio histórico de nuestra época.

Y esa ha sido, en lo esencial, la obra de la primera fase de la jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional Federal no sólo ha determinado detalladamente el contenido y el alcance de las regulaciones particulares de la Ley Fundamental; también ha conseguido vincular los elementos inicialmente más desintegrados y epidérmicos del texto constitucional en una unidad interna de sentido. Recién con esta formulación de los principios constitucionales, en la construcción y consolidación del orden constitucional, es que la Ley Fundamental –*Grundgesetz*– ha tomado forma concreta y ha podido echar raíces.

a) El Tribunal ha ido por delante en el nuevo camino. En efecto, el Tribunal ha optado, con gran unidad de criterio, por una comprensión material del Derecho Constitucional –*materielles Verständnis des Verfassungsrechts*–. Para este, la esencia de la Constitución no se agota en sus elementos formales; aunque, la vida y la eficacia constitucionales descansan también sobre esos elementos. No menos esencial es el contenido de la Constitución que no quiere ser sólo un orden por el orden, sino un ordenamiento bueno y justo de la comunidad. Apartándose del formalismo y del positivismo imperantes en el derecho público alemán a comienzos de nuestro siglo y aún en la República de Weimar, el Consejo Parlamentario dio conscientemente a su obra un contenido determinado; ante todo en los derechos fundamentales, el orden democrático y el principio del Estado social de Derecho. Delimitado por el conflictivo concepto del «orden de valores» –*Wertordnung*–; esta comprensión de la Ley Fundamental se ha convertido en un elemento central de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

Otro elemento fundamental de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consiste en que éste evita el aislamiento entre la norma jurídica y la realidad social –*Isolierung von rechtlicher Norm und sozialer Wirklichkeit*–. La realidad normada por

la Ley Fundamental alcanza un significado esencial por la interpretación de la norma. De acuerdo con ello, en la jurisprudencia del tribunal siempre han jugado un rol decisivo los cuidadosos y penetrantes análisis de las circunstancias; atribuyendo considerable importancia a las interrelaciones políticas, económicas, técnicas y sociales. Esto puede tener como consecuencia que, en el cambio histórico de estas relaciones, también cambie el significado de la norma constitucional a ser aplicada, y; que, de ese modo, el Derecho Constitucional experimente un desarrollo continuado al mismo tiempo que el texto de la Constitución permanezca inalterado.

b) Esta manera de decidir judicialmente, sustancialmente diferente del método jurídico *—juristischen Methodik—* imperante en su tiempo, se hace reconocible en las sentencias del Tribunal, a menudo de alta importancia política; por ejemplo, con respecto a los principios del ordenamiento constitucional<sup>9</sup>, el parlamentarismo<sup>10</sup>, al financiamiento de los partidos políticos<sup>11</sup>, al alcance y las limitaciones de las competencias de la federación y de los estados federados<sup>12</sup>, al poder de los órganos federales en particular<sup>13</sup>, o a la suscripción de tratados internacionales<sup>14</sup>. Esto se hace evidente, con especial claridad, en el trabajo cotidiano del tribunal, con su extensa jurisprudencia con respecto a los derechos fundamentales.

Por cierto, el Consejo Parlamentario incorporó los derechos fundamentales en el texto de la Ley Fundamental; pero, las cuestiones vinculadas con la puesta en práctica de estos derechos estaban sin aclarar. No era posible recurrir a una tradición clara y segura, porque los derechos fundamentales no habían jugado un rol digno de mención ni en la conciencia de los hombres ni en la *praxis* del Estado. Así, el texto de la Ley Fundamental reconoció, como uno de sus aspectos particulares, que los derechos fundamentales deberían tener una importancia más grande que en el pasado. Todo lo demás dependía de su interpretación. El Tribunal, que desde el principio hizo del desarrollo de la protección efectiva de los derechos fundamentales una de sus tareas más importantes, ha desplegado, estructurado y continúa desarrollando aquello que está tutelado en el texto de la Ley Fundamental. También ha logrado aclarar el alcance del contenido normativo, la extensión de los derechos fundamentales particulares, de la relación mutua y los presupuestos de la delimitación de los derechos fundamentales, con una eficacia sustancialmente creciente con respecto al pasado.

Además, la antigua idea de que los derechos fundamentales contienen no solamente derechos individuales de los hombres y de los ciudadanos, es decir, no sólo derechos de defensa contra el Estado, sino, al mismo tiempo, principios objetivos que organizan la comunidad política; es de una importancia que apenas puede ser valorada en sus alcances. Esta idea encuentra expresión en las famosas sentencias del Tribunal Federal Constitucional sobre el caso *Lüth —Lüth-Urteils—*; en el cual, la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral desde el punto de vista de los valores, ha establecido

<sup>9</sup> En BVerfGE particularmente 5, 85-Sentencia del KPD.

<sup>10</sup> Por ejemplo, BVerfGE 40, 296-Sentencia de la dieta.

<sup>11</sup> BVerfGE 85, 264.

<sup>12</sup> BVerfGE 6, 309-Sentencia del concordato; 12, 205-Sentencia de la Televisión.

<sup>13</sup> BVerfGE 61, 1-Disolución del *Bundestag*.

<sup>14</sup> BVerfGE 89, 155-Maastricht.

en su sección de derechos fundamentales, también, un orden objetivo de valores; que intensifica el principio de la obligatoriedad de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en la dignidad y en la personalidad humana que se despliega libremente dentro de la comunidad social, debe estar vigente en tanto decisión fundamental del ordenamiento constitucional, en todos los ámbitos del Derecho. La legislación, la administración y la jurisdicción deben recibir sus lineamientos e impulsos<sup>15</sup>.

Esta concepción conduce a repercusiones de largo alcance: los derechos fundamentales influyen en todo el Derecho, incluyendo el ordenamiento jurídico, el derecho procesal y hasta el derecho privado. El constituyente y las entidades que aplican el derecho, en especial los tribunales, han tenido en cuenta esta influencia en la posición, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ha sido considerado, pues, una cuestión principal el control constitucional del Tribunal Constitucional Federal.

Lo mismo se aplica a los otros componentes de la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Así, el Tribunal Constitucional Federal ha vinculado, desde un punto de vista de los principios, la limitación de los derechos de libertad al requisito del principio de proporcionalidad<sup>16</sup>; ha extendido la validez de los derechos fundamentales, por ejemplo, a los soldados, funcionarios, alumnos o convictos<sup>17</sup>; ha extraído de los derechos fundamentales no sólo pretensiones negatorias, sino que también, aunque bajo presupuestos estrechamente limitados, requerimientos sobre prestaciones sociales<sup>18</sup>. A partir del carácter de los derechos fundamentales, como principios objetivos que vinculan a los poderes del Estado, el Tribunal ha deducido obligaciones de protección estatal frente a una violación de los bienes jurídicos por poderes privados, al estar protegidos por la Ley Fundamental; asimismo, controla la defensa de estas obligaciones de protección que en primer lugar le incumbe al legislador<sup>19</sup>.

En estas decisiones ya se puede reconocer que la jurisprudencia constitucional ha ido mucho más allá de las interpretaciones conocidas en la época de Weimar. En creciente medida, esto se aplica para un ulterior rasgo fundamental de esta jurisprudencia: ella contiene elementos de perfeccionamiento continuado, en donde el cambio de las condiciones de garantías constitucionales hacen necesario esto. Así, en vista de las modernas transformaciones de las bases materiales de la libertad personal, el Tribunal ha incorporado posiciones jurídicas que otorgan garantías sociales, dentro de la protección al derecho de propiedad<sup>20</sup>. A causa de los nuevos o crecientes peligros para la personalidad humana, se han concretado las garantías constitucionales de una manera que es apropiada para prevenir dichos peligros<sup>21</sup> y; se ha derivado a partir de allí, por ejemplo, principios más específicos para la protección de datos personales<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>16</sup> Reiterada jurisprudencia; con respecto al contenido del principio, por ej. BVerfGE 30, 292 (316 s.).

<sup>17</sup> BVerfGE 33, 1 (9 ss).

<sup>18</sup> Por ej. BVerfGE 45, 376 (386 ss).

<sup>19</sup> Con respecto a la función y extensión de la prueba: BVerfGE 39, 1 (42 ss.); 77, 170 (214 s.); 88, 203 (251 ss).

<sup>20</sup> Por vez primera; BVerfGE 53, 257 (290 ss).

<sup>21</sup> BVerfGE 54, 148 (153 s.).

<sup>22</sup> BVerfGE 65, 1 (41 ss).

Muchas veces, a la vista de aquel cambio, no se ha limitado a adaptar únicamente a la fuerza, por decirlo así, la interpretación de los derechos fundamentales que le incumben a una realidad en transformación; sino que, por ejemplo, en sus sentencias en el ámbito del derecho de radiotelefonía<sup>23</sup>, acerca de igualdad real de derechos de hombres y mujeres<sup>24</sup> y sobre la situación legal de los niños nacidos fuera del matrimonio<sup>25</sup>, se ha convertido en un motor para futuros desarrollos.

En resumen, el Tribunal Constitucional Federal ha hecho prevalecer la validez de los derechos fundamentales no sólo para la vida del Estado, sino, también, para la entera vida jurídica en la República Federal y, ha sentado la base para la importancia casi global que tienen hoy los derechos fundamentales.

### 3. *La nueva calidad de la jurisdicción constitucional alemana*

Como lo ha mostrado la breve exposición precedente, la jurisprudencia constitucional alemana excede substancialmente, en la segunda etapa de su desarrollo, de los marcos de referencia anteriores. En el curso del tiempo, sus objetivos y su actuación han cambiado básicamente.

a) En la primera etapa de su desarrollo, la jurisprudencia constitucional estaba limitada a ámbitos parciales de la vida y del accionar del Estado. En primer lugar, ella tenía que resolver causas, con el respaldo de un modo relativamente unívoco del derecho positivo, de las normas reglamentarias de competencia y de procedimientos; esto es que, dichas normas en principio eran accesibles sólo bajo la forma judicial *–justizförmig–*. Así, pues, los derechos fundamentales aún no eran objeto de competencia desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional jugó apenas un papel secundario en la estructura de los poderes del Estado.

Frente a ello, en la segunda etapa, al Tribunal Constitucional Federal sobre la base de sus competencias globales, le correspondió otorgar un significado vinculante a los principios objetivos constitucionales, determinante para todos los órganos estatales, incluyendo a los cuerpos legislativos. Esta tarea, hace que sea necesario juzgar a partir de las disposiciones del texto de la Constitución; que contiene normas que a diferencia de los reglamentos de competencia y de procedimientos, frecuentemente son «abiertas»; porque, solamente están formuladas a grandes rasgos y en términos amplios: garantías, principios, directivas, etc., los mismos que requieren en su «aplicación» práctica, de un perfeccionamiento en términos concretos. En adelante, esto se aplica a los derechos fundamentales de la Constitución, cuyo alcance ha excedido hoy sustancialmente al de aquellos derechos individuales de defensa *–Abwehrrechte–* contra intervenciones estatales. Se aplica también a fines estatales determinados o *–incluso–* a los principios constitucionales fundamentales, como la democracia<sup>26</sup> o, el Estado social de Derecho.

<sup>23</sup> BVerfGE 90, 60 (87 ss.) para mayor fundamento.

<sup>24</sup> BVerfGE 84, 9 (17) para mayor fundamento.

<sup>25</sup> BVerfGE 84, 168 (184 s.) para mayor fundamento.

<sup>26</sup> BVerfGE 83, 37 (50 ss.); 83, 60 (71 ss.); 93, 37 (66 ss).

El Tribunal Constitucional Federal está aquí ante nuevas tareas, que no pueden ser llevadas a cabo –sin más– al modo tradicional de la decisión judicial. Sin embargo, tiene la responsabilidad de la interpretación autoritativa «correcta», en el sentido de los principios de la comunidad política determinados en la Constitución: la dignidad del ser humano, la libertad y la igualdad, así como para una protección eficaz de los derechos, con los cuales la democracia liberal obtiene forma y fundamento. El Tribunal Constitucional Federal funda su importancia central actual en esta responsabilidad y; es la que le ha convertido en una parte integrante del Estado democrático de Derecho de la Ley Fundamental.

b) Conforme a lo señalado, el Tribunal Constitucional Federal se mueve en el círculo de los órganos más altos del Estado constituidos por la Ley Fundamental. Tal como lo estableció la fórmula inicial del reglamento de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, es un Tribunal de la Federación autónomo e independiente frente a todos los órganos del Estado; está, por lo tanto, en el mismo rango que los otros altos órganos del Estado: el Parlamento, el Consejo Federal, el Gobierno Federal y el Presidente Federal<sup>27</sup>. Como órgano que decide –en el procedimiento y con los medios típicos del poder que tiene la jurisprudencia– el Tribunal Constitucional Federal tiene participación en la más alta dirección del Estado.

Con esta modificación del sistema tradicional de la división de poderes, la Ley Fundamental adoptó los rasgos de una “Constitución mixta” –*gemischten Verfassung*– en el sentido de un ordenamiento fundamental, que establece órganos estatales de diversa estructura y función, sin que uno de ellos, por ejemplo, el Presidente o el Parlamento, adquiera una importancia determinante. Tal sistema está construido sobre la base de la cooperación y el respeto mutuo entre los poderes, y de cuyo éxito en todo caso depende en especial medida. Su capacidad radica en el hecho de que puede reaccionar de modo razonable a las cambiantes necesidades, así como en que la creciente importancia que corresponde unas veces a un órgano, otras veces a otro, en tanto que el otro pueda retroceder temporalmente.

Al igual que los otros poderes, el Tribunal Constitucional Federal también asume la responsabilidad del éxito de esta tarea de cooperación. Por lo tanto, está obligado a actuar dinámicamente de modo complementario y sostenido, cuando otro órgano no está en la situación de llevar a cabo la plena realización de sus objetivos, mientras tenga fuerza propia para actuar en virtud a su estructura heterogénea. Así, pues, en situaciones de crisis, pero también en caso de un déficit de acción o de regulación, es responsabilidad del Tribunal Constitucional mantener la “Constitución mixta”; sea porque los poderes políticos no pueden encontrar ninguna solución, sea porque temen tomar una decisión impopular. En todo caso, el Tribunal Constitucional incluso en mérito de una tal «función de reserva» –*Reservefunktion*–, no puede dejar pasar el mandato constitucional del respeto a las tareas de los otros poderes y de coordinación. Los límites, que hasta aquí le traza la Ley Fundamental, no son sin embargo rígidos; ellos no se mantienen fijos para siempre (véase más abajo de 4.c).

<sup>27</sup> Ver, además, la memoria del Tribunal Constitucional Federal del 27.6.1952, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Nueva Serie Tomo 6, 1957, p. 144 ss.

#### 4. *Problemas y peligros. Límites de la jurisdicción constitucional*

En resumen, la segunda etapa del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana se diferencia de la etapa precedente especialmente por el amplio desarrollo de las competencias del Tribunal Constitucional Federal y por la extensión y cambio del carácter de su jurisprudencia que descansan sobre esta ampliación. Sobre esta base se fundamenta el rol extraordinario del tribunal, su autoridad, su posición destacada y fuerza vinculante para el Estado democrático de derecho de la Ley Fundamental; cuyo contenido y característica propia no sería concebible sin la actual jurisdicción constitucional. Entretanto, precisamente de allí resultan, al mismo tiempo e inevitablemente, los problemas y el peligro de los desarrollos negativos, que todavía eran desconocidos en la época del anterior desarrollo alemán y, que ahora colocan en un cierto marco ambivalente a la jurisdicción constitucional alemana. De allí que, dominar los problemas y peligros, así como conservar lo alcanzado y perfeccionarlo apropiadamente, dependerá de que el desarrollo futuro de la jurisprudencia constitucional alemana siga siendo exitosa; aunque, de vez en cuando, inadvertidamente, el tribunal dicte decisiones incorrectas que queden como exitosas.

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal en materia de derechos fundamentales encierra un peligro que, como se ha mostrado, ha conducido a la creciente importancia de los “derechos fundamentales” –*Grundrechte*– para todos los ámbitos de la vida. Aquí, los desarrollos equivocados amenazan con producirse, cuando los derechos fundamentales, como es la tendencia bastante extendida en los últimos tiempos, son considerados como el núcleo de todo el ordenamiento jurídico, al punto que el contenido de este podrían ser deducidos a partir de ellos. Bajo este presupuesto, toda cuestión legal debe convertirse en una cuestión constitucional; lo cual, es una exageración que puede inducir a vestir a los esfuerzos políticos cotidianos de todas las clases con el atuendo de un mandato constitucional. El Tribunal Constitucional Federal, que en último término tiene que decidir al respecto, fue llevado a jugar un rol de una superinstancia; lo que no puede ser de acuerdo a la Ley Fundamental. Por ello, no sólo ha sido perjudicada la responsabilidad del legislador, sino también la de los tribunales ordinarios. Por cuanto, el Tribunal ha logrado cumplir solamente con la Constitución, pero a costa de una apropiada conformación política, y, también, a costa de la autonomía jurídica de los organismos independientes; cuyo mantenimiento y desarrollo depende de forma decisiva de esas condiciones y necesidades objetivas respectivas. Éstos no se pueden comprender en adelante sin las reglas de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales sirven para la protección de las esferas de la libertad humana especialmente amenazados, de acuerdo con las garantías específicas establecidas en la Ley Fundamental<sup>28</sup>. Ellos ostentan el carácter de principios, además, pero requieren de su perfeccionamiento por parte de leyes «simples» –*einfache Gesetze*– y así revelan su significado práctico recién en la concretización lograda de esa manera; de ese modo se prohíbe una súbita afectación del derecho constitucional. Solamente si la influencia de los derechos fundamentales en la fijación y aplicación de los demás

<sup>28</sup> BVerfGE 50, 290 (337).

derechos es mantenida dentro de los límites marcados, puede evitarse que el beneficio de la eficaz protección de los derechos fundamentales se convierta en una calamitosa inflación y, con ello, en la desvalorización de los derechos fundamentales.

Además, cuando demasiadas cuestiones específicas son reguladas dentro de la Constitución misma —en vez de en una ley— tal como ha ocurrido muchas veces en tiempos recientes, hay una amenaza de asumir tendencias erróneas<sup>29</sup>. No se ha comprendido allí, que la Constitución es el orden jurídico fundamental —*Grundordnung*— de la comunidad y que cada «enriquecimiento» con detalladas disposiciones modificatorias, aunque sean compatibles con la letra de la Constitución, tiene un alto precio; a saber, la pérdida de una parte del prestigio y de la fuerza integradora de la Constitución. De ello surge la impresión de que en la Constitución todo está disponible, de que todo puede ser modificado, y que esto no es más que una cuestión tanto de oportunidad política cotidiana, como de mayorías necesarias en el cuerpo legislativo.

Aparte de ello, la «cimentación» de la eficacia constitucional de tales detalles conduce a un déficit democrático; por cuanto, aquello que había sido decidido de una manera determinada, es privado de una discusión más amplia en relación a la posibilidad de un cambio o, de un ajuste de acuerdo a las cambiantes circunstancias, con el voto de la mayoría (simple) parlamentaria. Consecuencias substanciales resultan de ello para la jurisprudencia constitucional, al ser en gran parte excluido. Debido a su vinculación con la Constitución, al Tribunal Constitucional Federal le está negado un control del contenido de esas regulaciones; sólo puede decidir si la incorporación de dicha norma en la Constitución corresponde a los presupuestos formales de una reforma constitucional y, si esta no excede los límites de una reforma constitucional. La amplia concepción del control constitucional, característica del desarrollo del Tribunal Constitucional alemán en su segunda etapa, está quebrada.

c) Un problema capital de la jurisdicción constitucional actual lo plantea —finalmente la *relación de la jurisprudencia constitucional en relación con las funciones de los poderes políticos*, esto es, con respecto a aquellas tareas del cuerpo legislativo y del gobierno. El valor de su posición en la estructura del poder estatal, tal como se ha mostrado, ha cambiado con la extensión de los controles de la jurisdicción constitucional sobre su funcionamiento. En todo caso, este control, de acuerdo a la Ley Fundamental, es solamente un control limitado a la cuestión crucial que se plantea es: dónde y cómo hay que trazar los límites.

La muy mencionada y discutida diferenciación entre la política y el derecho no brinda ninguna ayuda para la respuesta; porque toda interpretación «abierta» de las normas constitucionales alberga inevitablemente elementos políticos. Menos aún, se soluciona el problema a través del llamado general que se escucha a menudo de la autolimitación judicial —*richterliche Selbstbeschränkung*—. Pues, la exigencia de una autorrestricción judicial —*judicial self-restraint*— descuida la vinculación del Tribunal Constitucional Federal con la Constitución, que no está a la discreción de los jueces si ella desea ser li-

<sup>29</sup> Un ejemplo de esto lo constituye la inserción del nuevo Art. 16a de la Ley Fundamental, por la trigésimonovena ley que modifica la Ley Fundamental, del 28.6.1993.

mitada o no. La actividad de control del Tribunal Constitucional Federal tiene que dirigirse más bien a los objetivos de la norma constitucional. En este sentido, su tarea principal: la preocupación por la salvaguarda de la Constitución, en especial la protección de los derechos fundamentales; pueden requerir alguna vez lo contrario a la reserva, a saber, la decidida intervención del tribunal, por sobre el peligro de conflicto con otro poder.

Por lo tanto, no se puede trazar un límite rígido, universalmente válido de la actividad del control del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, eso no puede significar que no haya límites. La línea conductora decisiva para su no siempre sencilla determinación, se obtiene con suficiente claridad a partir del sistema de funciones de la Ley Fundamental.

Según esto, la jurisprudencia constitucional es «jurisprudencia» en el sentido de la decisión autorizada sobre controversias o violaciones del Derecho Constitucional. El Tribunal Constitucional Federal es un tribunal y un órgano del Poder Judicial; tiene que tomar decisiones judiciales en un proceso judicial de acuerdo con normas procesales, aunque éstas contengan también elementos políticos. Por eso, su tarea no consiste en una función activa, sino en el control jurídico. En principio, él puede rechazar las disposiciones del Parlamento y del Gobierno, sólo a través de una demanda; por el contrario, le está negado, dejando de lado las excepciones, la configuración positiva de los otros poderes, como dictar o prescribir a los otros poderes el contenido de las regulaciones legales que ellos tienen que normar<sup>30</sup>.

Estas tareas políticas incumben de acuerdo con su contenido esencial de la democracia parlamentaria de la Ley Fundamental –*Grundgesetz*–, al Poder Legislativo o Ejecutivo. Así, pues, el Tribunal Constitucional Federal no puede extender exageradamente sus atribuciones, ni el legislador ni el gobierno deben dejar a cargo del tribunal una decisión que les incumbe, ni diferir o eludir su propia responsabilidad; sino daría lugar a iniciar la erosión de la democracia de la Ley Fundamental y una modificación del ordenamiento estatal.

Sobre la base de esta línea conductora se necesita de concretizaciones más diferenciadas y más claras, por lo menos más previsibles. Por ello, el desarrollo del principio de que el Tribunal Constitucional tiene que mantenerse dentro del marco al servicio de sus funciones asignadas por la Constitución; las que conducen respectivamente a poner de relieve reglas y puntos de vista de una correcta función de la graduación de control –*Kontrollmaßstäbe*– para respectivos grupos de problemas y casos; lo cual evita los peligros de una transgresión de los límites de la jurisdicción constitucional y de la interferencia –posiblemente ligada con lo anterior– en las funciones de otro órgano. En esto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiene principios claves que son resultado de una graduación de la densidad del control, desde el punto de vista de la función y del problema correctamente regulado<sup>31</sup>. Consecuentemente, hay que aplicar, complementar y profundizar estos principios.

<sup>30</sup> Cf., además, en tiempos más recientes, la urgente advertencia del juez Böckenförde, acerca de asumir el rol de un «preceptor autoritativo» (BVerfGE 93, 121, en 151 s. opinión discrepante).

<sup>31</sup> Acerca de este tema, más detallado: H. Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en: *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2da ed. 1994, § 34, 52 s.; K. Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Festschrift für*

### III. La tercera etapa: La jurisdicción constitucional en el umbral del siglo XXI

Los profundos cambios de nuestra época no pueden ser detenidos ante el Tribunal Constitucional Federal, tal como se prevé ahora. Su tarea y preocupación fundamental por la preservación de la Constitución, se mantendrá vigente ahora como antes. Pero su desarrollo posterior se diferenciará claramente de aquel segundo nivel, en razón de que las interrogantes planteadas en el control constitucional cambiarán y las posibilidades de un eficaz correcto control judicial disminuirán. Esto no puede permanecer sin consecuencias para el cumplimiento de las tareas del Tribunal Constitucional Federal y de su posición en la estructura de poderes del Estado, ya que coloca al tribunal ante nuevos desafíos. A los factores determinantes de este desarrollo, pertenecen las transformaciones de las funciones y del actuar del Estado moderno, especialmente, con la ampliación de la integración europea.

#### 1. *Estado moderno y controles de la jurisdicción constitucional*

Las tareas del Estado de dirección, prestación y previsión han experimentado una extensión substancial en el curso del desarrollo reciente; debido a que al Estado le han surgido nuevas tareas<sup>32</sup>.

a) Así, hoy la tarea de la previsión –*Vorsorge*– no se agota en la previsión individual y social ofrecidas por el principio del Estado de Bienestar de la Ley Fundamental. Ella ha tomado en creciente medida una dimensión de «previsión del riesgo» –*Risikovorsorge*–, en el sentido de la protección de los seres humanos de peligros, que son de otro tipo que los peligros conocidos hasta ahora. Superar estos peligros mediante la previsión requieren tratar de reconocer los posibles efectos subsecuentes del comportamiento de hoy y del desarrollo científico y técnico actuales, así como encontrar previsión para ellos; de manera que no sólo las presentes generaciones sino también las generaciones futuras sean preservadas de los peligros y de los problemas que se derivan de estos, como el descuido nuclear, del medio ambiente o de los efectos de la ingeniería genética.

En la actualidad, estas y otras funciones del Estado no se pueden asumir de manera efectiva, sino parcialmente con los imperativos instrumentos tradicionales de la regulación legal y de la eficaz defensa altamente especializada. Estos medios son sustituidos por las nuevas formas de la actividad dirigente y eficaz del Estado, que es determinada sólo parcialmente por el legislador democrático. En la medida que a menudo poderosas fuerzas sociales organizadas participan del quehacer del Estado por la vía del pacto, del acuerdo o de la cooperación; a partir de allí, determinadas tareas públicas ya no son asumidas más por el Estado y sus mecanismos; sino por la vía de la privatización al ser entregada parcialmente a la autorregulación social.

---

Hans Huber, 1981, p. 267 ss. Especialmente acerca de la densidad del control: G. F. Schuppert, *Self-restraints der Resprechung*, en *Rechtsprechungslehre*, editado por W. Hoppe, W. Krawietz, M. Schulte, p. 29 ss.

<sup>32</sup> Ver, además, a D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 24 s.; idem., en *Die Zukunft der Verfassung*, ibid. p. 411 ss.

b) Este esbozo del cambio de la percepción de las tareas públicas<sup>33</sup>, conduce a nuevos planteamientos del problema de largo plazo para el derecho administrativo y la protección jurídica a través de la jurisdicción administrativa<sup>34</sup>; tampoco deja intacto al Derecho Constitucional y es de importancia para las tareas de control del Tribunal Constitucional Federal.

Los nuevos planteamientos pueden presentarse, por ejemplo, en torno al problema de que el Estado coopere con los agentes privados. Por cierto que *el Estado* está vinculado directamente a la Constitución, a saber, a los derechos fundamentales; no así, sin embargo, los privados, aunque contribuyan considerablemente al contenido de las decisiones del Estado; factor que permite un amplio control judicial. En especial, la entrega de las tareas públicas plantea nuevas interrogantes en relación a la autorregulación social. Puesto que la «privatización» –*Privatisierung*– no termina con la responsabilidad del Estado en el bienestar público; más aún, cuando, por decirlo así, el bienestar de todos no se obtiene automáticamente de la libre competencia. En lugar de la propia salvaguardia de las tareas públicas del Estado o por una institución del Estado, se incorpora, más bien, una obligación de prestar garantía estatal –*Gewährleistungspflicht*–, como la que se ha incorporado en el texto de la Ley Fundamental, en las áreas del tráfico de ferrocarriles, correos y telecomunicaciones (Art. 87e sec. 4 p. 1, art. 87f sec. 1 p. 2 Ley Fundamental).

Así es como se producen demandas a la organización estatal, en relación al procedimiento y al contenido de medidas determinadas, que requieren de regulaciones estatales. En ese sentido, sobre todo, la privatización no puede modificar en nada la tarea que le pertenece al Estado de la protección de los derechos fundamentales. Si las tareas hasta ahora estatales de la previsión social, en cuya percepción el Estado está directamente vinculado a los derechos fundamentales, se convierten en un asunto no ligado directamente a los derechos fundamentales de los titulares particulares; entonces, con ello la responsabilidad estatal de la protección de los derechos fundamentales se convierte en superfluo. Un ejemplo actual lo constituye el secreto de las cartas, correos y mensajes de larga distancia garantizado por el artículo 10°, sección 1 de la Ley Fundamental; que, hasta ahora, obliga sólo al Estado a preservarla; esta obligación pasa ahora a ser una garantía. Con ello se relacionan otras difíciles cuestiones, porque los particulares titulares de aquellas tareas de previsión, ellos mismos son portadores de derechos fundamentales y, en consecuencia, están vinculados a los derechos fundamentales del mismo modo que un ciudadano incoado por incumplimiento o mal cumplimiento de los mismos.

Para el Tribunal Constitucional Federal, esto conduce a una modificación cargada de consecuencias sobre el objeto y las posibilidades de su control. El Tribunal tiene que ver menos con los conflictos de competencia, cuestiones de procedimiento y graves

<sup>33</sup> Con respecto al significado del desarrollo social, espiritual, técnico y económico de la actualidad para este cambio, ver a H. Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes*, AöR 122, 1997, p. 17 ss.

<sup>34</sup> Acerca de este tema: U. di Fabio, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56, 1997, p. 235 ss.

y directas intervenciones en la libertad individual del ciudadano; que, condujeron a consagrarlas a los creadores de la Ley Fundamental, sino que más bien ha conducido a la concepción expuesta al principio (II. 1. y 2.). Aquí, todavía, se trata de la constelación clásica en la cual los derechos fundamentales se realizan, son respetados por el Estado y que en el caso de una violación negativa –*Verletzung negatorische*–, son causa de demandas judiciales del ciudadano. Sobre estos temas, el Tribunal Constitucional puede decidir fácilmente en forma justa.

En consecuencia, no se aplica el mismo control jurisdicción constitucional a las actividades actuales de conducción, eficiencia y previsión del Estado: la conformación de este ordenamiento, también se limita a la dación de normas limitadas a unas condiciones marco irrenunciables; la misma que fomenta una actitud positiva no una postura omisiva. El Derecho Constitucional no es capaz de conducir directamente a este fin y hacerlo efectivo. La Constitución sólo puede trazarle límites y, por cierto, determinar claramente cuál es el contenido que las disposiciones estatales *no* pueden tener; así como puede establecer lineamientos de dirección e impulso, en función de los fines determinados del Estado y de los derechos fundamentales; así como, también, abordar las regulaciones procedimentales que conducen a ese fin. Pero tales disposiciones programáticas no pueden fundamentar demandas judiciales ciudadanas para la obtención de una acción estatal concreta. Indudablemente requieren ser cumplidas; por eso, deben ser asignadas y especialmente asumidas por el legislador, para desarrollarlas dependiendo de las situaciones del problema y de las posibilidades de la época.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Federal está limitado en toda la regla a realizar un control de la legislación. No obstante, para este control hacen falta, necesariamente, normas constitucionales claras y concretas; donde el Estado esté obligado a la adopción de medidas de previsión de riesgo o del medio ambiente, donde se trate de los controles de rendimiento de las tareas públicas por los agentes privados o donde se compruebe que el Estado ha reconvertido correctamente su obligación de prestación de garantías –*Gewährleistungspflicht*–; lo único que puede ser deducido claramente a partir de la Ley Fundamental, como norma constitucional, es la obligación del Estado de actuar de una manera eficiente. Todo lo demás no está incorporado, es decir, las preguntas acerca de *cómo* se puede cumplir con la obligación de la acción o protección estatal a través de medidas legislativas, qué disposiciones el legislador tiene que desarrollar para satisfacer el mandato constitucional, ya sea que no lo regule en absoluto o que lo regule sólo parcialmente o, que se derive sólo a partir de principios generales del derecho constitucional positivo. Por eso, faltan supuestos constitucionales concretos; a lo cual hay que añadir que la efectiva protección estatal de los derechos fundamentales, a veces sólo puede ser garantizada a través de una intervención en el *status* de los derechos fundamentales de defensa del otro; que se expresa en una constelación «multidimensional», en el sentido del conocido triángulo<sup>35</sup>, en cuyos dos ángulos están los derechos de libertad contrapuestos y en el tercer ángulo está el Estado; esto trae

<sup>35</sup> G. Hermes, *Gas Grundrechte auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, 1987, p. 201 ss; R. Wahl/J. Masing, *Schutz durch*, JZ 1990, 553 (556 ss). El ejemplo clásico: regulaciones legales sobre la interrupción de un embarazo (BVerfGE 89, 203).

valoraciones siempre problemáticas, cuando se produce un conflicto de libertades públicas.

A consecuencia de ello, más en el segundo que en el tercer nivel del desarrollo de la jurisdicción constitucional se llega al cumplimiento de sus límites (supra II. 4. c.). Donde faltan criterios suficientemente definidos o hay que valorar entre los derechos de la libertad que chocan entre sí, se aplica el camino mencionado de la graduación de la densidad del control<sup>36</sup>; el mismo que el Tribunal Constitucional Federal limita a examinar la existencia de faltas graves y abiertas a la Constitución. El mantenimiento de estos límites no perjudicaría a la función encargada al Tribunal por la Constitución. Además, este desarrollo reduciría el peligro de que las soluciones conflictivas pierdan fuerza persuasiva o, que en vez de reconducirlas al consenso, sigan siendo controvertidas desde un punto de vista legal y político; lo cual no sólo sería un menoscabo, sino también amenazaría con desprestigiar al Tribunal y a la autoridad de sus sentencias<sup>37</sup>.

## 2. *Derecho Constitucional y Derecho Comunitario Europeo*

Con el avance de la integración europea entra en juego, junto al derecho nacional e internacional vigente en Alemania, un nuevo complejo de derecho de índole particular de la Comunidad Europea.

La validez intraestatal de este derecho se basa en la disposición constitucional del Art. 24° Sec. 1 (recientemente también el Art. 23° Sec. 1 p. 2, de la Ley Fundamental), que faculta a la República Federal a transferir derechos soberanos a los organismos supranacionales europeos. Esto ha ocurrido en una serie de tratados internacionales, a saber, en el Tratado de creación de la Comunidad Europea –*Europäischer Gemeinschaft Vertrag*– (EGV) de 1957, que tiene como objeto el establecimiento de las funciones de la comunidad y de sus órganos, así como su transformación en el Tratado de la Unión Europea –*Europäische Union Vertrag*– de 1992 (Tratado de Maastricht), que, tal como lo formula el Art. A Sec. 2 del tratado, representa un nuevo nivel para la puesta en práctica de una unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa.

a) Esta traslación de ciertas funciones de los Estados miembros a la Unión Europea conduce a una reducción y a un cambio de las tareas de los órganos estatales nacionales; a lo que corresponde una reducción de la función de control del Tribunal Constitucional Federal; así, dentro del alcance de la transferencia de soberanía, los cuerpos legislativos nacionales pierden influencia en el de proceso intraestatal de la formación de la voluntad y de las decisión políticas. Sus tareas se transforman en medida creciente en la aprobación de normas de regulación del traslado, cumplimiento,

<sup>36</sup> Acerca de este tema, más detallado: K. Hesse, *Die verfassungsrechtliche Kontrolle grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers*, en *Festschrift für E. G. Mahrenholz*, 1994, p. 543 ss., 553 ss.

<sup>37</sup> En los nuevos tiempos aumenta la crítica pública al Tribunal Constitucional Federal, en principio: J. Limbach, *Die Akzeptanz verfassungsrechtlicher Entscheidungen. Akademische Rede und Beiträge*. Westfälische Wilhelmsuniversität Münster, 14, 1997; R. Wahl, *Quo Vadis, Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken* en: *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Guggenberger/Th. Würtenberger (editores) en publicación; Schulze-Fielitz (nota. 33) p. 20 ss. y 25 ss.

y seguimiento; mientras que los lineamientos directivos son trazados y determinadas por el Derecho Comunitario europeo –*europäische Gemeinschaftsrecht*–<sup>38</sup>.

El gobierno federal está limitado en sus decisiones al marco de las disposiciones del Derecho Comunitario europeo. Por cierto que el gobierno participa en las decisiones de los órganos europeos, en cooperación con el Parlamento y el Consejo Federal (Art. 23° Sec. 2-5, Ley Fundamental). Pero estas atribuciones de cooperación no corresponden a la facultad de decisión política propia y exclusiva; sin embargo, esta facultad no puede compensar esta pérdida; por cuanto, Consejo de Europa decide como es normal (Art. 148° Sec. 1, EGV) en una votación con la mayoría de sus miembros, donde participa Alemania. La envergadura de este cambio se vuelve clara, si se considera según un fundamento incorporado en la sentencia de Maastrich –*Maastricht-Urteil*– del Tribunal Constitucional Federal<sup>39</sup>, que ya antes de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, casi el 80 % de todas las normas legales en el área del derecho económico eran establecidas por el Derecho Comunitario y casi el 50% de todas las leyes alemanas eran proveídas por el Derecho Comunitario.

Por lo tanto, en la medida en que el derecho alemán soberano es transferido a la Unión Europea y ya no es ejercido por los órganos del Estado alemán, no puede haber tampoco control constitucional. El ámbito de los controles que incumben al Tribunal Constitucional Federal, es decir, el de la compatibilidad de las disposiciones legales de los poderes estatales alemanes con la Ley Fundamental –*Grundgesetz*– se reduce a las funciones que siguen habiendo en las entidades alemanas o, que aumentan en forma de nuevas facultades de cooperación. Este desarrollo es irreversible.

b) Frente a esto, el desarrollo futuro de la jurisdicción constitucional en función del Derecho Comunitario europeo, es algo que no se puede prever con seguridad. La pregunta que se plantea aquí es ¿hasta dónde alcanza la competencia del Tribunal Constitucional Federal, para revisar al Derecho Comunitario y su aplicación en Alemania sobre la base de su compatibilidad con la Ley Fundamental? Una facultad semejante, por cierto limitada, es la que hasta el momento ha asumido el Tribunal en su jurisprudencia.

Esto es válido para la protección de los derechos fundamentales de la Comunidad –*Grundrechte der Gemeinschaft*– En la medida en que, en una sentencia del Tribunal del año 1974 negó la prevalencia del Derecho Comunitario, porque consideró que no había suficientes garantías para los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario: Mientras el estándar de los derechos fundamentales obligatorios del Derecho Comunitario no correspondan aún con la seguridad que les otorga la Ley Fundamental, le compete al Tribunal Constitucional Federal examinar si el Derecho Comunitario de-

<sup>38</sup> Además, aquí pueden observar ciertas tendencias: Como R. Wahl (nota 37, bajo II 3 y III) las regulaciones del derecho europeo, por ejemplo, en materia de apertura sin restricciones del mercado de trabajo para los extranjeros (de la Unión Europea), pueden poner a la jurisprudencia de los Estados miembros ante nuevas tareas, mucho más difíciles que las que hasta ahora fueron solucionables. En la medida en que ellas no conduzcan a ninguna reducción sino a un incremento y a un agravamiento de la jurisprudencia de los Estados miembros. Cf., además, por ej. *Schulze-Fielitz* (nota 33) p. 18 ss.

<sup>39</sup> BVerfGE 89, 155 (172 s.).

rivado es compatible con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental y, dado el caso, eventualmente, declarar su incompatibilidad<sup>40</sup>.

Más adelante, en vista del desarrollo ulterior de los derechos fundamentales comunitarios a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha invertido formalmente esta fórmula «mientras» –*Solange*–: Mientras la Comunidad Europea, especialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo garantice de manera general, una eficaz protección de los derechos fundamentales, que sea en lo esencial equiparable a la ofrecida por la Ley Fundamental, dispuesta como indispensable en la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal no ejercerá más su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho Comunitario derivado y, en consecuencia, tampoco examinará más la regla de la compatibilidad de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental<sup>41</sup>. En su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, el Tribunal ha confirmado y añadido a esta decisión una excepción: que el Tribunal Constitucional Federal ejerza su jurisdicción en Alemania en una «relación de cooperación» –*Kooperationsverhältnis*– con respecto al Tribunal Europeo; relación en la cual, el Tribunal Europeo garantice la protección del derecho fundamental en todos los casos individuales para todos los ámbitos de la Comunidad Europea y, por ello, el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a asumir una garantía general del irrenunciable estándar de protección de los derechos fundamentales<sup>42</sup>.

Sin perjuicio del control del Tribunal Constitucional limitado en la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal, en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht, ha ampliado su competencia examinadora a la pregunta: si los actos jurídicos de las instituciones europeas y los órganos se enmarcan dentro de los límites de la jurisdicción concedida –*Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte*–. Se considera determinante la ley alemana de adhesión al Tratado, que sirve de base para estos actos jurídicos. La aplicabilidad inmediata de los tratados de la comunidad y las directivas de los órganos comunitarios, basan su prevalencia única y exclusivamente en el mandato de aplicación del derecho comunitario –*Gemeinschaftsrechtsanwendungsbefehl*– del legislador alemán. Sin embargo, esenciales modificaciones posteriores en los programas de integración incorporados en el Tratado, así como su autorización para actuar ya no fueron cubiertas por la respectiva ley. Así, por ejemplo, si los mecanismos europeos o los órganos manejaran o perfeccionaran el Tratado de la Unión de una manera que no esté prevista por el tratado, tal como subyace en la ley alemana de autorización de la ratificación del tratado, entonces los actos jurídicos provenientes de allí no serían obligatorios en el territorio alemán. Los órganos del Estado alemán estarían impedidos –por razones constitucionales– de aplicar estos actos jurídicos en Alemania. Siempre que el Tribunal Constitucional Federal pruebe: «si los actos jurídicos de las instituciones y de los órganos europeos se mantienen dentro de los límites de la soberanía otorgados a ellos o, si los evaden»<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> BVerfGE 37, 271 (279 ss).

<sup>41</sup> BVerfGE 73, 339 (376 s.).

<sup>42</sup> BVerfGE 89, 155 (175).

<sup>43</sup> BVerfGE 89, 155 (188), Cf. también 195. Particularmente este pasaje ha sido –muchas veces– objeto de una amplia y aguda crítica en la literatura nacional y extranjera. La –fundada– objeción principal apunta a que el mandato de aplicación del derecho contenido en las leyes de autorización de la ratificación del Tratado,

La sentencia de Maastricht no tiene en cuenta una restricción correspondiente a la reducción de estos controles constitucionales, dentro del ámbito de los derechos fundamentales. Sus reservas van mucho más allá de las reservas de las planteadas por otros tribunales constitucionales europeos. Ellos se basan en la existencia de los principios de eficacia de la comunidad y ocultan en sí una abundancia de temas conflictivos. Esto se aplica particularmente en la relación del Tribunal Constitucional Federal con respecto al Tribunal de las Comunidades Europeas, que reclama la competencia, de la vinculación y responsabilidad en última instancia –*letzverbindlich und letzverantwortlich*–, para decidir sobre las cuestiones del impropio ejercicio de la competencia y de la impropia ampliación de la competencia de los órganos comunitarios<sup>44</sup>; cuya posición, por lo tanto, está en claro contraste con la del Tribunal Constitucional Federal.

Si se quiere evitar aquí un continuo conflicto, esta meta solamente podrá ser alcanzada por la cooperación leal de ambos tribunales, lo cual en materia de protección de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional Federal ya ha reconocido en la sentencia de Maastricht. Una cooperación a través de estos procedimientos significaría, que el Tribunal Constitucional sometiera a un fallo preliminar del Tribunal Europeo las cuestiones de interpretación del Tratado de la Unión, según el Art. 177° EGV; una vía que ya se ha reconocido en fallos anteriores<sup>45</sup>. El camino más importante de una cooperación, sería mientras tanto, la consideración constante de las normativas del ámbito de la influencia jurídica de los otros, en la interpretación de las normas del propio ámbito jurídico<sup>46</sup>; lo cual, se ha convertido en una necesidad simbólica en el proceso de la integración europea. Ella es el elemento de una integración más grande, que impregnará sustancialmente las tareas y la obra de la jurisdicción constitucional en la tercera etapa de su desarrollo.

### 3. La dimensión europea del Derecho Constitucional

Por cierto que Alemania no será «deshecha» como Estado en Europa. Pero su inserción en el orden global de la Comunidad Europea es hoy un presupuesto inexcusable de su propia existencia económica y política<sup>47</sup>. Por lo tanto, cuanto más se deje de lado el carácter del Estado nacional tradicional, autosuficiente e introvertido, por decirlo así, tanto más debe desarrollarse dentro de Europa; esto es, conjuntamente con la Unión y con los Estados de Derecho democráticos y constitucionales. Los cuales no sólo están vinculados por las necesidades del desarrollo económico mundial y, por la tarea de

---

incluye necesariamente también a la facultad contenida en el Art. 164 ss. EGV acerca de la obligatoriedad en última instancia. Decisión sobre los límites de las competencias de la comunidad y, por lo tanto, excluye una jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal. Solamente esta solución estaría ajustada al sentido y a la tareas de la Comunidad, en tanto presuponga obligatoriamente la unitaria e inmediata validez del ordenamiento legal de la comunidad en los Estados miembros y su prevalencia sobre los derechos nacionales. Con más detalle acerca de esto y con las pruebas detalladas: D. H. Scheunig, *Deutsches Verfassungsrecht und europäische Integration*, en *Europarecht*, suplemento 1/1997, Tz. 85 ss, 115.

<sup>44</sup> EuGH, Slg. 1964, 1251 ss; Slg. 1981, 6979.

<sup>45</sup> BVerfGE 37, 271 (282); 52, 187 (200 s.). Acerca de este tema, más detallado: D. Grimm, *Europäischer Gerichtshof und Arbeitsgerichtsbarkeit, Recht der Arbeit*, 1996, p. 69 s.

<sup>46</sup> BVerfGE 37, 271 (278) habla de una obligación de esforzarse para la concordancia de ambos ordenamientos jurídicos.

<sup>47</sup> J. Schwarze, *Das Staatsrecht in Europa*, JZ 1993, p. 591 s.

asegurar la paz; sino también, si es que no en primer lugar, por la cultura europea compartida y por sus principios constitucionales en común<sup>48</sup>.

A ello responde el espíritu del Preámbulo de la Ley Fundamental: "...para servir a la paz del mundo como miembro con iguales derechos en una Europa unida»..."; puesto en marcha mediante la transferencia de su soberanía a la Comunidad Europea. Con estas disposiciones se acredita tanto su apertura para la integración europea, como su participación en las instituciones que son producto del proceso de integración; aceptando, a partir de eso, las consecuencias que resultan para el Estado y para su Constitución, y; con ello se ubica por encima de sí mismo. Así, el Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania "pierde" –*verliert*– su validez universal y su primacía en el orden jurídico de la comunidad; pero, "gana" –*gewinnt*– una nueva dimensión: la dimensión europea<sup>49</sup>.

Esta apertura tiene como consecuencia, tal como ha subrayado también el Tribunal Constitucional Federal, que el Derecho Comunitario y el Derecho alemán encarnen ordenamientos jurídicos no absolutamente separados. Por el contrario, estos ordenamientos están de diversas maneras entrelazados, con límites recíprocos, se influyen mutuamente y dependen el uno del otro.

Conforme a eso, amplias áreas del derecho nacional se entrelazan estrechamente con el derecho europeo y se desarrollan ahora sólo eficazmente en conexión con éste. A la permanente influencia del Derecho Comunitario sobre el derecho nacional de los Estados miembros, corresponde la influencia no menos substancial del derecho nacional sobre el Derecho Comunitario. Esto se muestra, por ejemplo, en los derechos fundamentales de la Comunidad que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado, de manera pretoriana, a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, como principios generales del Derecho Comunitario<sup>50</sup>. De la misma manera, otros principios y conceptos del Derecho de los Estados nacionales miembros han ingresado al Derecho Comunitario; así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad –*Prinzip der Verhältnismäßigkeit*– que formó y asumió importancia para el Derecho Constitucional alemán, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Así, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal colabora de manera permanente en el desarrollo del Derecho Comunitario, a través del ejercicio de sus tareas intraestatales.

La asimilación del Derecho Europeo y del Derecho Nacional es resultado de estas influencias mutuas; que conduce indirectamente al hecho de que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se aproximen recíprocamente, sin perjuicio de la identidad de que los fundamenta en cada caso. Por lo tanto, en el curso del proceso de integración europea, se produce una creciente concordancia –*Konkordanz*–; tanto del Derecho Constitucional Europeo y Nacional, como también una concordancia del

<sup>48</sup> Fundamental, acerca de este tema: H. Steinberger, *Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, en *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, p. 1326 s.

<sup>49</sup> J. Schwarze, *Die europäische Dimension des Verfassungsrechts*, en: *Festschrift für Ulrich Everling*, 1995, p. 1355, esp. p. 1376 ss.

<sup>50</sup> Exposición detallada en BVerfGE 73, 339 (378 ss).

Derecho Constitucional de los Estados miembros; en los que con razón ya se vislumbran los perfiles de un Derecho Constitucional Europeo común<sup>51</sup>.

No hay que temer que las constituciones nacionales pierdan su importancia durante este proceso, porque el Derecho Constitucional europeo y el de los Estados miembros son dependientes unos de otros y; por eso, mutuamente recíprocos. La indispensabilidad de las constituciones nacionales aflora de manera especialmente evidente en la formación básica de los principios democráticos del ordenamiento fundamental de la Unión. Por lo pronto, estos principios son tomados en cada caso necesario, a través de las funciones de la Unión. Pero, es el elemento democrático de la formación de la voluntad a través del pueblo o del Parlamento en los Estados miembros, sobre el que descansa la existencia de la Unión y, sobre el que se funda su legitimidad democrática; convirtiéndose, así, en un principio irrenunciable.

Todas estas conexiones son de fundamental importancia para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal; por cuanto, la tarea principal del Tribunal es la interpretación vinculante y obligatoria a todos los órganos estatales, de los principios constitucionales y del contenido de la Constitución, que no se puede sin considerar la dimensión europea del Derecho Constitucional; la misma que se ha convertido en la condición del perfeccionamiento jurídico *-Rechtsfindung-* constitucional.

Por eso, el instrumento de este perfeccionamiento jurídico, interpretación de la Constitución y la interpretación jurídica por excelencia, ya no pueden desarrollarse de una manera aislada, sustentadas solamente en el propio derecho nacional. Deben dirigir la mirada también hacia las soluciones de los mismos problemas o de problemas similares en otros Estados constitucionales. Porque éstos contienen sugerencias, confirman, o presentan alternativas de solución y, con ello, dan lugar a aplicaciones críticas. De ese modo, esos ejemplos pueden mostrarse como una ayuda importante o incluso decisiva a la solución apropiada del problema. Por eso, en caso de aceptación de la solución de un orden legal distinto, se contribuye a la mencionada concordancia.

El Derecho Comparado *-Rechtsvergleichung-* juega ya un papel no insignificante en la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional Federal; sobre todo, en el ámbito de los derechos fundamentales; papel que ciertamente no siempre destaca de manera explícita en las razones de las decisiones. Así, el Tribunal ha declarado que en la interpretación de la Ley Fundamental, hay que tener en consideración el contenido y el estadio de desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por eso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirve como ayuda interpretativa, tanto para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, como los principios de Estado de Derecho de la Ley Fundamental<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> P. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, en *Europäische Rechtskultur*, 1994, esp. p. 37 ss.; M. Heintzen, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäische Union, Europarecht* 1997, pp. 1 ss.

<sup>52</sup> BVerfGE 74, 358 (370). Una indicación expresa a las consideraciones de derecho comparado se encuentra en los procedimientos constitucionales sobre la prórroga de los mandatos electorales y de la cláusula fundamental del mandato electoral del § 6 Sec. 6 Inciso 1 Ley Electoral Federal (BVerfGE 95, 335 (347) y 408 (416)); en éstos, el Tribunal Constitucional ha recogido el dictámen de Derecho Comparado, del Instituto Max Planck para el Derecho Público Extranjero y el Derecho Internacional de Heidelberg.

Lo mismo se aplica a la labor judicial de los otros tribunales constitucionales europeos<sup>53</sup>; que, por su parte, siguen atentamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y, muchas veces, se orientan por él. De modo que en la jurisprudencia del máximo tribunal europeo ha originado una cierta cooperación, de la cual se dependerá cada vez más en el futuro.

La concordancia entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional de los Estados miembros se muestra, según ello, en una parte substancial como obra de la jurisdicción europea y de los estados miembros. Este proceso gana alto significado en la puesta en práctica de los objetivos de la Unión Europea. Pues, cuanto más éxito alcance a producir y a obtener aquella concordancia, tanto más pequeño será el peligro de conflictos fundamentales; los que, a diferencia de los inevitables conflictos entre los miembros, que en cierto modo son necesarios en la vida de una comunidad, podrían conducir a severos contratiempos en las bases y principios del accionar de la Unión.

---

<sup>53</sup> No menos importante es la labor judicial del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que ha logrado una significativa importancia, especialmente para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal acerca de la libertad de la opinión.