

*La jurisdicción constitucional en
Alemania: Reflexiones del profesor
Konrad Hesse
ex magistrado constitucional**

Entrevista del Dr. César Landa

Dr. Landa: Buenos días Profesor Hesse. En el Perú estamos muy interesados en conocer de cerca la relación que ha mantenido el Tribunal Constitucional alemán con respecto a los demás poderes del Estado; a raíz del grave conflicto suscitado entre el Tribunal Constitucional y el Congreso peruanos, en relación a la sentencia que declaró inaplicable al Presidente Fujimori la ley de reelección presidencial; enfrentamiento que terminó con la destitución de tres magistrados constitucionales. En general, a su juicio, ¿cuál es el rol que desempeña un Tribunal Constitucional en un proceso democrático?

* El Prof. Dr. Dres. hc. Konrad Hesse, nació en Königsberg (Prusia Oriental) el 29 de enero de 1919. Es Profesor de Derecho Público y Eclesiástico (emérito) de la Universidad de Freiburg (Alemania). Después de la II Guerra Mundial, retomó sus estudios de Derecho en la Universidad de Breslau y los culminó en la Universidad de Göttingen en 1950, donde fue destacado discípulo de Rudolf Smend y alumno de Gerhard Leibholz; obtuvo el Doctorado con la tesis *Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz im Deutschen Staatsrecht. Entwicklung und Problematik*; en 1956 obtuvo la Habilitación para ocupar la Cátedra de Derecho Público y Eclesiástico en la Universidad de Freiburg (i. Br.), con la tesis *Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, Zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Verhältnisses von Staat und Kirche in der Gegenwart*, siguiendo la más profunda tradición universitaria alemana. Si bien un año antes había iniciado su labor docente en 1955 en Göttingen, va a ser en la Universidad de Freiburg donde hará toda su carrera docente hasta 1990; allí tuvo como discípulos entre otros a Häberle, Hollerbach, Müller, Schneider y Fiedler. Su larga y exitosa trayectoria académica fue distinguida con el Doctorado Honoris Causa por la Universidad de Zürich en 1983 y por la Universidad de Würzburg en 1989. Hesse también ha sido magistrado del Tribunal Constitucional alemán entre 1975 y 1987, destacando por su independencia y solidez de criterios. Ha publicado entre otras las siguientes obras y contribuciones: *Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen*, informe en 1956; *Die normative Kraft der Verfassung* en 1959; *Der unitarische Bundestaat* en 1962; *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* en 1967, que lleva más de 20 ediciones, además fue traducido al ruso

Dr. Hesse: Esta es una pregunta fundamental, que por supuesto no puede ser respondida de modo categórico. Antes, yo era de la opinión de que un Tribunal Constitucional no era indispensable para una democracia (hay muchas democracias sin tribunales constitucionales). Pero, si voy a pronunciarme ahora, en realidad sólo puedo hacerlo desde nuestra perspectiva alemana; para lo cual, tendría que retroceder hasta los tiempos previos a la Ley Fundamental, porque sólo después de la Primera Guerra Mundial Alemania recién se abrió a la democracia. En ese tiempo la jurisdicción constitucional no jugaba ningún rol y tampoco lo jugó durante la República de Weimar; no obstante que, si bien hubo un Alto Tribunal del Estado Alemán con funciones propias de una justicia constitucional, sus atribuciones eran tan limitadas, que en realidad no influenciaba para nada en el desarrollo político y democrático del país. Usted sabe que luego pasamos por la experiencia terrible del régimen totalitario. Posteriormente, vino la decisión de establecer un nuevo orden democrático en Alemania, aunque esto ocurriese en realidad durante el período de la postguerra –después de la segunda guerra mundial– en los que éramos regidos predominantemente por las fuerzas de ocupación. Estas eran de la opinión, con excepción de las fuerzas de ocupación rusas, de que Alemania debía convertirse en una democracia. Estos son los inicios del proceso democrático. Por eso, en la actualidad, para la democracia alemana el rol del Tribunal Constitucional es indispensable.

Ahora, hay que tomar en cuenta que todo depende de qué se entiende por proceso democrático. Si se tratara de establecer un gobierno directo del pueblo, no se necesitaría un Tribunal Constitucional; sin embargo, para nosotros la democracia es también una democracia del Estado de Derecho, una democracia del Estado social. Por eso, en un proceso democrático –democracia liberal– comienza a ser imposible su funcionamiento sin un Tribunal Constitucional. En este proceso democrático el Tribunal Constitucional tiene diferentes funciones, pues la democracia liberal justamente es un Estado constitucional. Esto significa que se tiene que resguardar que la Constitución realmente se mantenga como la ley suprema del país y que no refleje simplemente las relaciones de poder o algo semejante. No sé si volveremos sobre este tema más adelante: pero, todo esto está relacionado con el balance de poderes. En todo caso la democracia en la Ley Fundamental de Bonn, está concebida bajo el principio y la premisa del pluralismo, es decir, que el pueblo no tiene una voluntad monocrorde, sino que hay múltiples

en 1981, al japonés en 1982, al coreano en 1985 y, parcialmente al español –por Pedro Cruz Villalón– en 1983, bajo el título de *Escritos Constitucionales*, donde reúne también *Die normative Kraft der Verfassungen y Grenzen der Verfassungswandlung* de 1974; *Ausgewahlte Schriften* en 1984; *Verfassungsrecht und Privatrecht* en 1988, traducido al español en 1995 por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez; asimismo, tiene publicadas destacadas ponencias y contribuciones, como: *Die Verfassungsrecht. Stellung der politische Parteien im modernen Staat*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, en 1959; contribuciones a los libros de homenaje a su maestro Rudolf Smend en 1962 y a Ulrich Scheuner en 1973. Sus artículos más difundidos son: *Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung*, en *Archiv öffentliches Recht (AÖR)* 98, en 1973; *Bemerkungen zum heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Geschichte*, en *Die öffentliche Verwaltung (DÖV)* 28, en 1975; *Der Gleichheitssatz in der neueren deutscher Verfassungsentwicklung*, en *AÖR* 109 (1984); *Die Vereinigung Deutschland und die gesamtdeutsche Verfassung* (1991), en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR)* 44, en 1996; *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *JöR* 46 (1998). Asimismo, es coeditor del *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, donde escribió: *Verfassung und Verfassungsrecht, Die Verfassungsentwicklung seit 1945 y, Bedeutung der Grundrechte*, publicado en 1994, traducido al español por Inter Naciones en 1996; asimismo es coeditor de la revista *Archiv des öffentlichen Rechts*, desde 1967 hasta la fecha.

tendencias en la voluntad popular (corrientes políticas, fuerzas políticas), que toman y establecen decisiones dentro de un proceso democrático; en el cual el Tribunal Constitucional juega un rol fundamental.

Hay por cierto, países sin tribunales constitucionales, sobre todo Gran Bretaña –que es una democracia– así como Suecia, Noruega y Dinamarca. A mí me parece interesante comentar el singular caso de Francia. Pues Francia es el país en el que nació la idea de soberanía popular (J.J. Rousseau); esto ha dado lugar desde un principio a una profunda desconfianza a los jueces. Esto tiene que ver con la historia de Francia, con la historia prerrevolucionaria. Los franceses siempre le tuvieron desconfianza a los jurados y al rol de una jurisdicción constitucional; por lo que, no tuvieron una jurisdicción constitucional hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

Una cosa tal vez sea interesante señalar: en la Constitución de De Gaulle de 1958 se aprobó una norma de creación del Consejo Constitucional –*Conseil Constitutionnel*–. Allí, todavía nadie había pensado en una jurisdicción constitucional. En principio, el Consejo Constitucional sólo se suponía que debía tener la función de formar un seguro contrapeso a los partidos políticos en el Parlamento, en tanto que había que proteger a todos del fuerte y gran poder de la mayoría parlamentaria. Pero, es a partir de esta idea que con el tiempo surgió la jurisdicción constitucional. Esto no quiere decir que sea una corte o tribunal; es un consejo –*Conseil*–; es decir, está constituido de manera similar al Consejo de Estado –*Conseil d'Etat*–. Sin embargo, hoy en día el Consejo Constitucional juega un rol muy importante y asume prácticamente el rol total de una jurisdicción constitucional, con lo cual ha tenido muchos éxitos. Por ello, hoy en día la democracia francesa, también, es prácticamente impensable sin el Consejo Constitucional.

Dr. Landa: Si la función principal de un Tribunal Constitucional es el control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos; es decir, asegurar la defensa de los derechos fundamentales y la división de poderes, entonces, ¿qué posición ocupa el Tribunal Constitucional en la teoría clásica de división de poderes?

Dr. Hesse: Bueno, si es que hay una teoría clásica de división de poderes: ésta tiene sólo ciertos elementos que son los que suelen considerarse como obvios. Por una parte, está la división entre la función legislativa, judicial y ejecutiva, es decir, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Por supuesto este es un elemento esencial y es el fundamento de la división de poderes. Así pues en relación de esto, yo diría que en cuanto a la posición del Tribunal Constitucional es relevante tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional es un órgano del Poder Judicial, así consta en el artículo 1° de la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, pues así también lo establece la Constitución. El Tribunal Constitucional es un organismo jurisdiccional independiente y autónomo y no simplemente un Consejo de Estado o algo parecido, al que se le atribuyen tareas de control constitucional. Esto, por ejemplo, había existido antes en la historia constitucional francesa, pero se trataba ciertamente de un órgano político y no de un órgano jurisdiccional. Por eso, es importante indicar que el Tribunal Constitucional sólo puede ser observado en relación con su función judicial, es decir con una función jurisdiccional.

Esto por una parte, pero por la otra, está el hecho de que el Tribunal Constitucional es un elemento esencial en el balance de poderes; debido a que, en la situación actual, el Tribunal Constitucional está inmerso dentro de un sistema de división de poderes. En Estados Unidos esto ya es así, desde siempre, desde la famosa sentencia de principios del siglo pasado (*Marbury vs. Madison*, 1803); mientras que en la actualidad, ese mismo rol sólo recién es atribuido a los tribunales constitucionales en Europa. Así, en Alemania esto se da con el transcurso y desarrollo de eventos más recientes. No se le podía atribuir este rol al Alto Tribunal del Estado del Imperio Alemán de antaño; pero sí al Tribunal Constitucional de hoy, y esto sobre todo porque su función es de proteger a las minorías políticas, que hoy pueden recurrir al Tribunal Constitucional.

La Ley Fundamental permite así el surgimiento simultáneo de múltiples fuerzas políticas con poder más o menos equitativo, lo cual en el fondo es una idea pluralista. En el marco de esta equiparación de poderes, es decir de balance de poderes, se asegura –diría yo– la protección actual del principio de la división de poderes, a través de la protección de la oposición en tanto instrumento del balance de poderes y mediante procesos que se llevan a cabo ante el Tribunal Constitucional; de donde surge la pregunta: ¿hasta qué punto este sistema ha tenido éxito? Tenemos los *conflictos orgánicos*, en los cuales se pueden plantear determinados casos, donde la oposición parlamentaria trata de revertir o de limitar el poder de la mayoría del gobierno, a través del Tribunal Constitucional. En este sentido, esta es una tarea esencial también para la democracia; acá se puede ver qué tan estrechamente están vinculados la división de poderes y la democracia liberal.

Dr. Landa: El rígido principio de la división de poderes se ha convertido con el tiempo en un principio flexible de cooperación o colaboración entre los poderes. ¿Pero, acaso este proceso no puede poner en peligro el fundamento democrático del control de la mayoría en el poder, cuando el Gobierno cuenta con la mayoría absoluta en el Congreso, que se encarga de nombrar a los miembros del Tribunal Constitucional? ¿Cómo puede ser garantizada la independencia judicial de los magistrados del Tribunal Constitucional, con respecto al poder político gubernamental?

Dr. Hesse: Esto definitivamente se debe responder clara y afirmativamente: el peligro existe. Por lo tanto, la cuestión del nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional es un asunto de gran importancia, y; esto ha sido resuelto de diversos modos en las diferentes democracias. En los Estados Unidos es el Presidente el que nombra a los magistrados del Tribunal Supremo, con la ratificación del Senado; y si se piensa en España, vemos que se da un sistema mixto: el Congreso, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial ejercen conjuntamente la designación; lo cual me parece muy bien. Usted seguro conocerá nuestro sistema alemán; aquí los magistrados son elegidos en un cincuenta por ciento por el Congreso, es decir por el *Bundestag*, y el otro cincuenta por ciento por el Consejo Federal o Senado –*Bundesrat*–. En ambas cámaras se requiere de una mayoría de las dos terceras partes; es decir que se requiere una mayoría de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento, no sólo una mayoría simple o absoluta, sino que tiene que ser una mayoría calificada.

Dr. Landa: En la Constitución peruana de 1979 tuvimos un sistema mixto de designación de los magistrados constitucionales –como existe en España– y; con la

nueva Constitución de 1993 se ha incorporado un sistema político como el que hay en Alemania, pero que nos ha traído muchos problemas...

Dr. Hesse: Si le interesan las elecciones de los magistrados en la práctica; hay que decir que en realidad los que eligen son los partidos políticos. Pero, como un partido político no puede nombrar a los magistrados (porque no tiene la mayoría requerida) se tiene que llegar a consensos y a concesiones entre la mayoría y la minoría. Esto no deja de ser peligroso, que todo magistrado esté cercano a algún partido político. Pero, hay jueces miembros de partidos políticos, y por supuesto que todo juez tiene sus puntos de vista, que son afines a uno u otro partido político: los socialistas, por ejemplo, piensan distinto que los demócratas cristianos. Estas posiciones fundamentales son tomadas en cuenta en las elecciones parlamentarias y; en este sentido, ningún partido que esté en desacuerdo con una sentencia puede decir: «no tengo nada que ver con esta sentencia»; pues, son ellos mismos los que han elegido a los jueces. En este sentido, esta solución en realidad resulta siendo muy buena. No obstante, la elección de magistrados constitucionales en Alemania es muy controvertida; pero, a grandes rasgos se puede decir que hemos tenido experiencias positivas. Nunca hemos tenido problemas realmente graves. Tampoco cabe decir que hayan habido sentencias, de las que se pueda mostrar que el Tribunal haya tomado la posición del Partido Socialdemócrata Alemán, es decir, de los socialistas o la posición de los conservadores o de los liberales. Ese es el sistema, y mucho se discute sobre él y más aún se escribe sobre él, pero yo siempre diré: no considero que este sistema sea malo.

Dr. Landa: *He leído unas encuestas en el Der Spiegel, acerca de la confianza de la población alemana en sus instituciones: corresponde a los partidos, la televisión, las empresas, la prensa, el gobierno y la iglesia, los mayores grados de desconfianza ciudadana; mientras que, por el contrario, las instituciones con mayor respaldo ciudadano son: la policía, el Tribunal Constitucional, el ejército, las cortes de justicia, el Parlamento y los sindicatos. ¿La legitimidad ciudadana en el Tribunal Constitucional no se vería reforzada estableciendo audiencias públicas –hearings– para la elección de los magistrados?*

Dr. Hesse: Si bien siempre se anda exigiendo eso, no hay mayores probabilidades de que se lleve a cabo, porque la capacidad de un magistrado, no se mide por su habilidad de aparecer talentosamente en escena en una audiencia pública ante las cámaras de la televisión; es decir, ante los medios de comunicación, los cuales luego transmiten una imagen que nada dice sobre sus cualidades como juez. En los últimos tiempos, justamente en los Estados Unidos, se dieron dos casos muy problemáticos de elección de magistrados, en los que dos personas fueron cuestionadas de la manera más inescrupulosa ante el Senado. Uno era un candidato negro, siendo ese justamente el problema, y; el otro fue mostrado como un ultraconservador. Todo esto me pareció una situación penosa y no una forma muy eficiente de elección de magistrados.

Dr. Landa: *¿Hasta qué punto un Tribunal Constitucional se excede de su función de control constitucional pasando a un ejercicio cuasi-legislativo positivo y no sólo negativo, cuando en determinados casos y circunstancias se abstiene de declarar inconstitucional una ley, limitándose a dar unas directrices generales para la futura actuación del legislador?*

Dr. Hesse: La tarea del Tribunal Constitucional consiste inequívocamente en el control de la constitucionalidad de los actos del poder público. El control, esa es la verdadera tarea del Tribunal Constitucional y no hacer una forma de control positivo. El tribunal sólo puede decidir lo que los demás poderes *no* pueden hacer, por ser anticonstitucional. Pero, no les puede prescribir lo que deben de hacer. Esto tiene que ver con el hecho de que el Tribunal Constitucional es un organismo jurisdiccional y que según el principio de la división de poderes no puede y no debe permitírsele actuar políticamente. Visto así, el tribunal en principio está limitado a una función casatoria. Es posible decir, que esto no es factible o que lo otro tampoco. Muchas veces, en casos poco claros sólo queda una alternativa para que la ley sea constitucional y, claro, de manera mediata hay una cierta forma de actuación política.

Por ejemplo, hemos tenido estos problemas recientemente en el caso de la ley del aborto. Esta es una sentencia de gran importancia; en la que en el fondo a los demás poderes se les prescribió todo un catálogo de obligaciones en la sentencia constitucional, con las que tenían que cumplir. Esto no me parece correcto, más aún, me pareció inaceptable; pero, fue así como sucedió. La cuestión fue –políticamente– especialmente controvertida. El tribunal habría procedido mucho más apropiadamente si simplemente se hubiera limitado a decir que esa solución legal era constitucional o anticonstitucional, en vez de decir cómo es que por último debería darse una solución constitucional. En la práctica, sin embargo, muchas veces he presenciado que cuando hemos objetado leyes, los políticos nos han dicho: «Bueno, pero entonces, ¿qué es lo que debe considerar la ley?» Nosotros sólo les habíamos dicho lo que no debían hacer y ellos entendían que también deberíamos decirle cómo hacer para que la ley no volviese a ser cuestionada ante el Tribunal. Pero, justamente este es el costo que se debe asumir.

Dr. Landa: El caso de una transgresión de la división y balance de poderes, causada por una sobrelegislación del Poder Ejecutivo, a raíz del exceso de delegación de facultades legislativas del Congreso al Ejecutivo o del exceso del uso de los decretos de urgencia –ley– por el Gobierno, al punto de dar más normas legales que leyes parlamentarias ¿podría representar una justificación material para una demanda de inconstitucionalidad?

Dr. Hesse: Las transgresiones de la competencia siempre son anticonstitucionales; pero, el asunto es saber si realmente se ha dado una transgresión de competencias. En nuestro sistema alemán es relativamente fácil pronunciarse al respecto; porque, la cuestión decisiva es, si determinada norma se puede dictar sólo por ley o si también puede ser expedida por decreto y en este caso, según la Ley Fundamental, valen las restricciones generales de la ley. Está firmemente establecido, que decisiones de cierto tipo sólo pueden ser desarrolladas con carácter vinculante por una ley y no por un decreto. La prevalencia y la reserva de la ley (artículo 20° de la Ley Fundamental) forman parte de los pilares máximos de todo nuestro Estado de Derecho y también de nuestra democracia. Esto significa que las decisiones importantes sólo pueden ser tomadas por el Parlamento (es decir, por el órgano realmente democrático) a través de leyes, no a través de decretos promulgados por el Ejecutivo.

Los franceses siempre se plantean este problema: si la legislación debe darse a través del Parlamento o a través del Presidente, que en este caso es el Ejecutivo. Este ha sido un problema ancestral en Francia y ha ido resuelto en la nueva Constitución de 1958, a través de un catálogo normativo. Así, en el artículo 34° se especifica qué es lo que se debe regular por ley del legislador; y en el artículo 37° se especifica qué es lo que se debe normar por decreto del Ejecutivo. No sé si estarán satisfechos con esta solución, pero en todo caso es una solución clara. Ahora, si de acuerdo al Derecho Constitucional de un país se requiere de una ley y, en vez de una ley, el asunto se norma a través de un decreto; entonces esto es anticonstitucional, porque es una clara transgresión de competencias. Pero el asunto justamente de si esto es una violación de sus facultades o no, se rige en cada caso por la Constitución respectiva. Y yo diría que en una democracia los asuntos importantes deben ser regulados por el legislativo. El gobierno y el Ejecutivo no deben hacerlo.

Dr. Landa: ¿El control constitucional que el Tribunal Constitucional ejerce sobre las resoluciones de los tribunales judiciales ordinarios, no le lleva a convertirse en una nueva instancia de revisión, que podría socavar la confianza de los justiciables y ciudadanos hacia los tribunales ordinarios?

Dr. Hesse: El control constitucional de las resoluciones judiciales de la justicia común no existe en todas partes. En Austria no se da un control constitucional de las decisiones judiciales, en Francia tampoco. No sé como será en otros países, pero acá tenemos esto: existe la posibilidad de recurrir las decisiones judiciales con una acción de amparo —*recurso de queja constitucional*—; pero, esta sólo se puede plantear cuando previamente se han agotado todas las vías jurídicas previas, de conformidad con esto es el artículo 90°-2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. En general, se puede decir que los recursos de amparo, en última instancia, son revisados como demandas contra las decisiones judiciales. Entonces, surge efectivamente la gran pregunta: ¿El Tribunal Constitucional se convierte así en un tribunal de revisión?

Este es uno de los problemas centrales del derecho constitucional alemán; al respecto hay gran cantidad de jurisprudencia y de doctrina jurídica. En todo caso, se puede decir que el principio a regir, es que el Tribunal Constitucional no debe convertirse en una instancia de revisión, sino que sólo debe decidir si una sentencia judicial es o no anticonstitucional. Si el Tribunal declarase que dicha sentencia es contraria al derecho civil, a la ley procesal civil, al derecho penal, o a cualquier otra cosa, sería irregular; porque no es un asunto constitucional. Así, pues, el Tribunal Constitucional no debe tomar este tipo de decisiones, porque esto es sumamente controvertido. Al respecto, nuestros tribunales ordinarios y, sobre todo, también los tribunales superiores, es decir, la Corte Suprema (*Bundesgerichtshof*) y el Tribunal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) son todos de la opinión de que el Tribunal Constitucional decide sobre demasiadas cuestiones, más allá de las que realmente le competen.

No se ha llegado a una solución. El principio que rige, sin embargo, es que el Tribunal Constitucional sólo decide sobre materia de *derecho constitucional*, no sobre derecho civil, derecho penal, etc. Por supuesto que ambas cosas no se pueden separar tan tajantemente sobre todo cuando de por medio están los derechos fundamentales,

y; por eso, se ha tratado de desarrollar pautas en la jurisprudencia, a partir de las cuales se decida hasta qué punto el Tribunal puede llegar su sentencia en una causa que tenga elementos de derecho civil. Aunque sólo de modo muy general, tal vez se pueda decir que hay una tendencia en el Tribunal, según mi propia experiencia, que sólo en casos muy graves y evidentes, aunque se trate de asuntos de derecho civil o derecho penal, que el Tribunal revisa con mayor intensidad si los fallos judiciales son compatibles o no con los derechos fundamentales. Es decir, que la intensidad es a veces más profunda y en otras no; esta justamente es la tendencia por el momento. Por lo general, sólo se hace un control reducido, pero en aquellos casos en los que sí ha ocurrido una injusticia, el Tribunal tiene todo el poder para intervenir intensamente. Si bien esto suena un poco pragmático, todo tiende en esa dirección.

Dr. Landa: En su experiencia como ex miembro del Tribunal Constitucional Alemán ¿Cuáles son los métodos de interpretación constitucional usados más frecuentemente en la defensa de los derechos fundamentales y del balance de poderes?

Dr. Hesse: Mi experiencia es que en mi Sala –o Senado–, en los 12 años en los que fui magistrado constitucional, no se habló ni una sola vez de la cuestión del método. Hay mucha doctrina y yo mismo tengo una posición propia al respecto. Pero yo sólo era uno de los ocho jueces y entonces no se puede decir: «bueno y ahora vamos a proceder según mi método». Cada juez tiene sus concepciones propias. En la práctica el resultado es el siguiente y esto es la regla: cuando un procedimiento está pendiente, el magistrado instructor o ponente elabora su voto o dictamen. El ponente o instructor siempre es un magistrado, que tiene que elaborar un dictamen y presentarlo ante la Sala, proponiendo una sentencia. Luego procede la deliberación que es decisiva.

Según mi experiencia, en principio, las sentencias siempre son el resultado de una disertación muy intensa y seria, a partir de la cual se discute exponiendo todos los argumentos. Esto puede llevar a producir que jueces (y lo he presenciado esto muchas veces), que en un principio han entrado con determinada posición a las deliberaciones terminan finalmente defendiendo otra posición. Esto ha sido posible gracias al mutuo convencimiento; esto es lo más esencial y en el fondo lo más importante en una jurisdicción: que todos estén racionalmente convencidos –totalmente– del fallo al que se ha llegado. Por supuesto que a veces se hacen concesiones, pero en esos casos, esas concesiones son aprobadas; en ese sentido, puede suceder que la decisión final sea totalmente distinta al voto u opinión del magistrado instructor, elaborado antes de la deliberación.

En general, los métodos de la interpretación jurídica juegan un rol en la interpretación constitucional: como la literal, por supuesto, nadie la va a dejar de lado; la histórica siempre importa, también es importante la interpretación sistemática y la teleológica, que buscan la unidad racional y el sentido de la norma. Claro que estas son casi siempre las preguntas centrales en lo que se refiere a la interpretación. La doctrina siempre ha criticado que el Tribunal Constitucional no ofrece un método claro de interpretación constitucional. Y yo diría que un método no existe.

Dr. Landa: El método de la interpretación constitucional como concretización –Konkretisierung–, que usted ha aportado en una toma de posición jurídica, es un tema que debatimos en nuestra universidad. Pero, ¿no requiere acaso que los intérpretes

actúen con una lógica muy rígida; siendo que cada uno tiene diversos puntos de vista previos que se oponen a una interpretación objetiva?; ¿hasta que punto esto es factible?

Dr. Hesse: Por supuesto que este es un tema muy popular. Se lo discute bajo el término de «preconcepción». Cada juez tiene un pasado, un horizonte, una procedencia social y todo lo demás, y nadie puede por decirlo así, argumentar a partir de un punto cero. Lo único que se puede decir, es cómo cada uno ha entendido algo, a partir de lo que uno lee en el texto en debate. Esta pre comprensión es inevitable, no se puede evitar. Pero, lo esencial es que todos intenten liberarse de esta pre comprensión del entendimiento –tal vez inevitable–, para tratar de ser objetivos.

Bueno, la pregunta es hasta qué punto es posible esto. En todo caso es el trabajo de cada juez el abstenerse de sus propias concepciones y buscar aquellas soluciones que objetivamente van de acuerdo al texto de la leyes o de la Constitución. Pero esto no puede lograrse totalmente, porque la objetividad pura es una mentira piadosa de los juristas.

Dr. Landa: ¿Entonces, se podría fundamentar la legitimidad del Tribunal Constitucional a partir de una concepción de la Constitución en un sentido material?

Dr. Hesse: Yo diría que sí. La legitimidad se basa en que el Tribunal Constitucional está llamado a asegurar el respeto de la Constitución. Esto es así, porque la Constitución es la ley suprema del país, el orden legal fundamental de la comunidad. Y si existe una legitimidad de este tribunal, se basa sólo en el respeto a la Constitución. Por supuesto que ésta se entiende de modo material, no formal; porque, no se entiende que la Constitución sea simplemente una ley de leyes, que sólo puede ser modificada por una mayoría de las dos terceras partes. Pero, como dice el Tribunal Constitucional, son los *valores de la Constitución*, los que tienen que ser defendidos, comenzando por la dignidad humana, la libertad, igualdad, libertad de expresión, etc.; es decir, los contenidos esenciales de la Constitución, que deben ser protegidos por el Tribunal Constitucional. Eso es lo que fundamenta su legitimidad. En todo caso mi legitimidad la he visto, en la defensa de los derechos fundamentales.

Dr. Landa: ¿Considera usted que, el recurso de amparo y la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, acerca a los ciudadanos alemanes a la Ley Fundamental, o ese sentimiento constitucional hacia el Tribunal Constitucional es tan sólo un resultado de su jurisprudencia?

Dr. Hesse: No considere esto como una alternativa. Lo que es seguro es que existe el recurso de amparo constitucional, mediante el cual los ciudadanos pueden defender sus derechos fundamentales y; claro, esto los acerca a la Ley Fundamental. Este sentimiento constitucional por los derechos fundamentales, tal como los interpreta y los aplica el Tribunal Constitucional, en principio, hasta donde yo veo, ha tenido acogida en Alemania. Claro que uno puede haber estado en desacuerdo con determinadas sentencias aisladas, pero en general los ciudadanos tienen la sensación de que este Tribunal resguarda nuestros derechos fundamentales y, entonces, ese sentimiento constitucional, también, es el resultado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Todo esto plantea sin embargo algunos problemas, pero que no son de principio. Por supuesto hay decisiones que han sido o son políticamente muy discutibles. Estas

no suelen ser realmente cuestiones sobre los derechos fundamentales, como la que se decidió en un momento acerca de hasta qué punto pueden colocarse misiles nucleares en suelo alemán. También tuvimos un caso en el sector educación hace dos años, referida a la sentencia de los crucifijos en Bavaria, que efectivamente desató protestas entre la población. Lo mismo vale para las decisiones de la primera Sala con respecto a la libertad de expresión; por ejemplo, con respecto a si está permitido llamar a los soldados «asesinos». En este caso se notó una gran oposición por parte de la población, no quedando muy claro lo siguiente: Si esa mecha se había prendido espontáneamente o por los medios de comunicación. Esto se nota mucho en el caso de las manifestaciones; así, cuando se organizan huelgas contra salarios muy bajos y se muestra en la televisión a 3000 trabajadores con banderolas, gorros y uniformes; si no es por la televisión, ¿quién se enteraría en Alemania con 80 millones de habitantes, que hay 3000 personas descontentas? El rol de los medios de comunicación no ha sido estudiado aún lo suficiente.

Dr. Landa: ¿Con el cambio del sistema de la división de poderes a uno de colaboración entre los poderes, la Ley Fundamental asume rasgos de lo que usted califica como una «Constitución mixta»? Entonces, ¿llegaría a afirmar que una sentencia del Tribunal Constitucional puede ser mejor que una solución política?

Dr. Hesse: El hecho de que la Ley Fundamental tenga rasgos de una *Constitución mixta*, es una opinión política y yo tal vez me encuentre en minoría con respecto a esa posición, pero es mi posición. Esto tal vez tenga que ver con la nueva jurisprudencia, que es algo distinta de una subsumisión puramente formal. Esto no se puede decir en el caso de los derechos fundamentales, ya que aquí surgen preguntas que no pueden ser respondidas desde un punto de vista meramente jurídico. Existe cierta concertación entre los poderes, así por ejemplo le menciono el caso de las normas para la radiodifusión.

La pregunta de hasta qué punto la radiodifusión privada es compatible con la Ley Fundamental, es en sí una cuestión jurídica y sobre este asunto han habido grandes desacuerdos entre los partidos políticos. La radiodifusión es una materia que compete a cada Estado Federal *–Land–*, no es competencia del Estado Federal a nivel nacional *–Bundeszuständigkeit–*. Todos los Estados Federales están en manos de diferentes mayorías políticas. En Bavaria por supuesto que hay una mayoría de la Unión Social Cristiana (CDU) y en Renania del Norte/Westfalia hay una mayoría socialdemócrata (SPD); nosotros distinguimos los Estados Federales *–Länder–* en Estados *A* y Estados *B*, los unos son los de derecha y los otros son los de izquierda. Estos no lograron ponerse de acuerdo y finalmente todo terminó en un callejón sin salida. Las discusiones no avanzaron; entonces se presentaron pedidos para que una ley estadual *–landesgesetz–* resolviese el tema de la radiodifusión privada; la primera fue una ley del Sarre y la segunda fue una ley de Baja Sajonia.

Cuando el Tribunal Constitucional tuvo que resolver las demandas de inconstitucionalidad contra dichas leyes; desarrolló en base al derecho fundamental de la libertad de expresión la exigencia de un cierto orden, que asegure y garantice la libertad de expresión y la pluralidad de opiniones, entre otros valores. Se ha objetado esta decisión, porque se trata de algo más que de una función negativa de la jurisdicción

constitucional y, efectivamente así fue. Pero es así como se han desarrollado los acontecimientos. Otro ejemplo: No tenemos leyes sobre huelgas –este asunto no le compete al Tribunal Constitucional– pero el derecho de huelga y las reglas de la huelga, todo esto ha sido derecho de creación judicial, en este caso del Tribunal Federal de Trabajo. ¿Ya se ha topado Ud. con el concepto de derecho de creación judicial? La contradicción entre el derecho en base a las leyes y el derecho de creación judicial también es un problema muy difícil, aunque también un problema muy real. Y si observa nuestra más alta Corte Civil. ¡Todo lo que allí se decide, en realidad debería ser decidido por los legisladores! Sólo que los legisladores no se ponen de acuerdo.

Esto es lo que se entiende luego como constitución mixta: que finalmente tome la decisión aquel que pueda hacer mejor que los asuntos avancen. Lo mismo sucedió en la cuestión de la intervención del ejército alemán en el extranjero, es decir hasta qué punto el ejército alemán no sólo podía intervenir para la defensa interna, sino también en misiones de paz en Somalia y en todos los demás sitios donde estuvo. El gobierno no llegó a ninguna solución, las fuerzas políticas, la mayoría del gobierno y la oposición, no estuvieron en capacidad de ofrecer una solución dentro de los marcos constitucionales. Claro que también hubieran podido llevar a cabo una reforma constitucional de la Ley Fundamental con una mayoría de dos tercios de votos. Eso sin embargo no ocurrió, la situación se había estancado y se escribió mucho sobre el asunto; en la sentencia de la Sala segunda se dijo que las intervenciones del ejército federal en el extranjero sólo estaban permitidas previa aprobación del Parlamento. En este tipo de casos se guarda una cierta función de reserva, y me parece bien, pero es muy delicada y yo he añadido conscientemente por escrito que tiene sus requisitos previos.

Dr. Landa: ¿La concepción de unos controles constitucionales tan amplios no podría crear una inflación de expectativas y por lo tanto una posible devaluación del control de constitucionalidad?

Dr. Hesse: Probablemente ya se haya producido. Pues, no hay nada sobre lo cual el Tribunal Constitucional no deba decidir. Por ejemplo, si debe ser prohibido o no alimentar a las palomas en espacios públicos y cosas por el estilo, en realidad esto no es ningún problema constitucional, por eso en estos casos se afirma enfáticamente que no tenemos que controlar nada; pero queda un poco la preocupación en relación con nuestros derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional siempre se ha preocupado de salvaguardar los derechos fundamentales, y esa es también su función primordial. Muchas veces el área de aplicación de un derecho fundamental se determina de manera relativamente amplia, con la consecuencia, también, de que los procedimientos constitucionales que corresponden sean presentados de inmediato al tribunal. Es allí donde veo el peligro de una inflación. Cuestiones que a mi modo de ver no eran cuestiones de derecho constitucional han sido solucionadas por el Tribunal Constitucional apelando a algún derecho fundamental. No se puede hacer todo con los derechos fundamentales. Estos no ayudan mucho, si todo lo que hacemos resulta siendo ejercicio de derechos fundamentales. Este es un desarrollo algo desafortunado aquí en Alemania. Un caso reciente fue si el cabalgar en el bosque era una cuestión educativa; el asunto que se planteó fue, si era

factible prohibirlo y si esto no iría en contra del libre desarrollo de la personalidad. El Tribunal lo negó, mientras que mi sucesor en el tribunal emitió un voto contrario –*dissenting opinion*–. Como ve, ha empezado una cierta euforia de los derechos fundamentales, que puede llegar a ser muy delicada; ya que los derechos fundamentales tienen que limitarse a lo esencial e importante y no pueden ser utilizados para todo.

Dr. Landa: *¿Hacia dónde puede estar conduciendo al Tribunal Constitucional esa graduación funcional de la densidad de control?*

Dr. Hesse: Desde mi punto de vista esta es la única solución que es posible o que en todo caso promete algún éxito. El Tribunal Constitucional no puede decidirlo todo y tampoco debe decidirlo todo. La graduación de la densidad del control sólo puede significar una revisión sumaria o un examen minucioso, intensivo y constante. La regla general tendrá que seguir siendo el examen sumario. Sin embargo cuando se producen violaciones graves, sobre todo referidos a la persona humana, entonces se tiene que examinar con mayor profundidad que de costumbre el caso por el Tribunal Constitucional. La graduación de la densidad del control, esa es mi receta, y es así como se lo percibe en la práctica generalizada.

Dr. Landa: *¿Entonces, se podría decir que el Tribunal Constitucional decide con una conciencia jurídica propia del «judicial activism» antes que del «judicial self-restraint»?*

Dr. Hesse: En todo caso no generalmente. Yo no diría de modo general que este Tribunal es del *judicial activism* o del *judicial self-restraint*. Claro que hay decisiones como por ejemplo la de las normas de radiodifusión, donde se trató de *judicial activism*. El Tribunal Constitucional se ha compenetrado muy intensamente en las cuestiones especializadas y ha decidido. Así, también en el asunto del derecho a la cogestión de los trabajadores, que fue una cuestión política arduamente discutida, dijimos que no nos correspondía decidir. Esto viene de la *praxis* norteamericana. Finalmente, todo se rige según las circunstancias y la relación de las cosas, de las que se trata, éstas pueden demandar activismo; entonces tienen que tomarse decisiones y, además, siempre partimos de la premisa de que nosotros podemos hacerlo mejor que otros o, que nosotros somos los únicos que podemos hacerlo y otros no lo pueden hacer en absoluto.

Esa es la situación; pero no se puede generalizar si depende de la composición del Tribunal, el hecho de que se active o se abstenga. Tiene que ver un poco con la idea de la constitución mixta: hay casos en los que se incentiva un órgano y otros en los que no están capacitados o no deben intervenir. Es como en una orquesta, el rol conductor lo asumen a veces los bajos y otras veces las voces agudas. En ese sentido creo que no se pueden establecer reglas precisas...

Dr. Landa: *¿Acaso para el Tribunal Constitucional los límites de una ley se encuentran también en la opinión pública?*

Dr. Hesse: Esto es muy controvertido. En todo caso se puede decir, que no hay límites fijos. Depende de cada cuestión y en ese sentido en el fondo no se puede determinar tajantemente. Hay casos en los que se puede decir con toda seguridad que

el tribunal ha traspasado su ámbito de competencia. Esto por ejemplo lo diría yo en el caso de la sentencia más reciente sobre el aborto.

Dudo que la opinión pública puede servir de alguna medida. En todo caso la opinión pública no puede trazar límites obligatorios en estos asuntos. Tome el caso del crucifijo: si la mayoría de la población está en contra de la decisión del Tribunal y dice: «eso no les compete en absoluto», o, «debe ser decidido de la manera, que nosotros queremos», el Tribunal no puede dejarse llevar por esto. Claro que dentro de lo posible hay que tomar en cuenta que la decisión sea aceptada. La aprobación pública es esencial. Si a la larga nadie más acepta el Tribunal Constitucional, entonces se habrán traspasado los límites. Por otra parte el Tribunal Constitucional no puede estar simplemente tratando de complacer todo el tiempo a la opinión pública. Un juez no puede hacer eso y, además, me parece una actitud indigna; además no beneficiaría a nadie. El tribunal también tiene que imponerse de vez en cuando cuestiones en contra de la opinión de las grandes mayorías, lo que además en parte ya ha ocurrido. No se puede evitar que de vez en cuando le caigan palos.

Dr. Landa: ¿Qué rol juega el Tribunal Constitucional en la protección de las garantías sociales del Estado, cuando las tareas públicas son privatizadas o delegadas a la autoregulación social? ¿Acaso el principio del Estado social establecido en la Ley Fundamental alemana es una prevención a ese riesgo?

Dr. Hesse: Esto ya son nuestros problemas que surgen con la privatización de las líneas ferroviarias, el correo y las telecomunicaciones principalmente. Es muy probable que en el futuro se encuentren las mayores tareas del Tribunal Constitucional en salvaguardar que se mantengan y respeten las garantías a favor del bienestar público. Considero que esto es una de las cuestiones abiertas del futuro. En el fondo, el Tribunal no tiene pautas para tomar sus decisiones. La constitución sólo dice que se debe garantizar que en el caso del correo se ofrezca un abastecimiento suficiente y apropiado que abarque todo el territorio. Todos estos son conceptos constitucionales indeterminados. ¿Y el por qué y cómo el Tribunal Constitucional podría regular esto? El Tribunal sólo puede decir cuando en todo caso, está insuficientemente garantizado. Si tomamos un ejemplo del correo: el correo antes era del Estado y había el correo postal aquí en la Selva Negra, donde hay granjas aisladas de todos los demás pueblos, ciudades y centros. Cuando una carta tiene que llegar a una de esas granjas, tiene que ser llevada hasta allí por un cartero. Por supuesto que el correo, si es privado, ya no hará eso, porque no es rentable. Las empresas privadas sólo se interesan en aquello que aportará ganancias. Lo que no es rentable se elimina y nadie se encarga de ello de manera apropiada y; en este sentido, si este servicio de abastecimiento fuese asumido por el sector privado, finalmente serían los ciudadanos los perjudicados. Esto tiene que ser impedido, todavía ninguno de nosotros sabe cómo es que esto habrá de funcionar realmente. Por ejemplo, tomo nuevamente el caso del correo: hasta ahora era así, que en todas partes había una oficina de correos. No sé cuantas oficinas de correo habrán en Friburgo. Pero, más o menos veinte a veinticinco oficinas de correo han sido cerradas para abaratar los costos del correo. Es obvio que con esto el abastecimiento de la población por parte del servicio de correo no va a mejorar. Estos ahora son problemas de actualidad.

Dr. Landa: *¿Y usted cree que el principio del Estado social establecido en la Ley Fundamental alemana es una prevención a ese riesgo?*

Dr. Hesse: La prevención al riesgo no es un exigencia que se deduce directamente del principio de Estado social en tanto una tarea del Estado. El principio de Estado social sólo es una finalidad dentro de una perspectiva muy lejana. El Estado tiene la función de salvaguardar un orden social justo. Esto no se puede definir con mayor exactitud, por lo menos no sin la ayuda de la Ley Fundamental. La prevención al riesgo es algo de lo cual recién estamos siendo conscientes en estos últimos tiempos. Tome por ejemplo el caso de la energía nuclear. Tschernobyl queda en Rusia, pero toda Europa fue de repente contaminada radioactivamente. También hay otros riesgos actuales como las cuestiones climáticas en las selvas sudamericanas y su importancia para el resto el mundo. Todos los problemas que se derivan siguen como consecuencia de esto, nos plantean cómo y qué hay que hacer para, por lo menos, disminuir los riesgos, si acaso no fuese posible evitarlos: Esto es lo que aquí se entiende por prevención al riesgo y juega actualmente un papel muy importante también en mi especialidad. Se trata en este caso por lo general de tareas administrativas.

Dr. Landa: *¿Cuánta influencia tiene la jurisprudencia, legislación y doctrina extranjeras en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? ¿Se puede decir que las sentencias del Tribunal Constitucional se orientan en base a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*

Dr. Hesse: Sí, esto por una parte es ahora derecho extranjero y también es derecho europeo. Lo cierto es que en realidad, desde siempre, no nos hemos limitado a nuestra constitución nacional. Tenemos que admitir que, desde siempre, el derecho extranjero ha jugado un papel esencial y en especial la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en particular, la jurisprudencia sobre la libertad de expresión y la no determinación de religión —*no establishment of religion*—, juegan un papel considerable entre nosotros. Si bien esto no siempre se refleja con claridad en las decisiones, se están tomando en cuenta todo el tiempo. Las decisiones de los medios radiales, de los que hablé hace un rato, se han llevado a cabo siguiendo a grandes rasgos el modelo americano, sin que esto se mencionase específicamente. Esto, claro, puedo afirmarlo en mi calidad de involucrado.

Por otro lado, en el caso de los derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional está influenciada por el derecho europeo. Al respecto, es fundamental la Convención Europea de Derechos Humanos. Con relación a esto mismo, el Tribunal Constitucional ya ha declarado que si bien no se trata de derecho constitucional alemán, también hay que tomarlo en cuenta y, sobre todo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en tiempos recientes, en el caso de un fallo sobre derecho electoral, el Tribunal declaró expresamente que había recogido los dictámenes sobre la reglamentación del caso del Instituto Max-Planck de Heidelberg. Me parece que en general se recurre cada vez más al derecho comparado. Por otra parte, el derecho de la Unión Europea es un derecho vinculante directamente en la República Federal Alemana, de modo que no puede ser visto como derecho extranjero.

También tiene que ser considerado el derecho internacional, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales las normas de las Naciones Unidas, como la Declaración

Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los posteriores como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ya se han convertido en derecho válido para nosotros, por ejemplo en el caso de los derechos de la mujer. Todo esto juega un creciente papel y muestra que Alemania no es, hoy en día, un Estado nacional cerrado, sino un Estado dentro de la comunidad de los pueblos y que, por lo tanto, tiene la necesidad de saber cómo funcionan los demás sistemas jurídicos. Esto en principio forma parte para poder entender la propia constitución. Pues ya no es la constitución de un Estado soberano nacional, sino de un Estado en el mundo, que va creciendo día a día. Y es una constitución de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta es mi opinión personal. En Alemania hay otros que son de la opinión de que deberíamos defendernos de estas influencias extranjeras, y salvaguardar nuestra particularidad y cosas por el estilo.

Dr. Landa: ¿Existe una relación de cooperación entre la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional alemán?

Dr. Hesse: El espacio para la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se entrelaza en principio en gran parte con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Porque los derechos fundamentales son derechos humanos, independientemente de si lo son según la Convención Europea de Derechos Humanos o si lo son según el derecho alemán. Por supuesto que entre ambos hay diferencias particulares, por ejemplo en la limitación de los derechos humanos. Esto diferencia a la Convención Europea de Derechos Humanos de la Ley Fundamental, y estos son factores que hay que tomar en cuenta. Si ahora me pregunta de modo general, qué sistema ofrece mayor protección a las personas, yo diría que es el derecho constitucional alemán; porque protege muy intensa y ampliamente los derechos fundamentales. Pero, por otra parte, también, hay casos en los que la Convención de Derechos Humanos ofrece mayor protección que la Ley Fundamental alemana y; esos son los casos en los que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado repetidas veces a la República Federal de Alemania; así, por ejemplo, por la dilatación de los procesos judiciales, ya que hemos tenido procesos penales, que se han prolongado por seis o siete años. Contra esto las personas por supuesto han presentado un recurso judicial y luego han interpuesto un recurso de amparo, que no ha sido aceptado o ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional. Entonces, el Tribunal Europeo para los Derechos Humanos ha dicho: «no, esto no puede hacerse así», y ha condenado a la República Federal de Alemania. La protección de los derechos humanos en esencia se cubre pues equitativamente, por una parte, mejor en la Convención de los Derechos Humanos, por otra parte en la Ley Fundamental.

Dr. Landa: Pero, entonces, ¿cómo se establecen relaciones de cooperación entre las jurisdicciones internacionales y la jurisdicción constitucional?

Dr. Hesse: Con respecto a la relación de cooperación, la dificultad es la siguiente: se trata de la cuestión de hasta qué punto el Tribunal Constitucional alemán puede examinar, si el derecho europeo, es decir, el derecho que contiene las reglas del tratado de la comunidad europea –directivas, reglamentos– contiene normas que pudiese de alguna forma ser incompatible con los derechos fundamentales alemanes.

Con respecto a esto el Tribunal Constitucional ha declarado que cuando el derecho europeo no garantiza un derecho fundamental, se pasará a examinar si esa norma es compatible con nuestros derechos fundamentales. Esto ocurrió con la decisión «Solange-1», que en aquel entonces (1973) desató una indignación general, pero que llevó a que el Tribunal Europeo de Luxemburgo desarrollase pretóricamente los derechos fundamentales europeos a través del derecho judicial. Amparándose en el artículo 164° del Tratado de la Comunidad Europea desarrolló principios universales del derecho comunitario, apoyándose sobre todo en la *praxis* francesa, y creando así también para la Unión Europea un estándar para los derechos fundamentales. Luego de un período de transición, el Tribunal Constitucional resolvió que el estándar de protección de los derechos fundamentales había llegado a un punto en que podían limitar su examen, de si los derechos fundamentales están o no garantizados por el derecho europeo.

A eso se agrega una tercera decisión, la sentencia sobre el Tratado de Maastricht; es aquí donde encontramos la fórmula de cooperación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo. Esta cooperación por el momento es un problema central para el Tribunal Constitucional, porque nos encontramos ante una nueva etapa de la unificación, esto es la unificación monetaria. Con toda seguridad hay que calcular (me parece que las primeras demandas ya fueron presentadas en Karlsruhe) que la introducción de la unión monetaria va a ser atacada con el argumento de que no es compatible con el derecho constitucional alemán. Esta es mi gran preocupación, pero por el momento no puedo decir más al respecto.

Dr. Landa: A su juicio, ¿cuáles son las condiciones necesarias para crear un Tribunal Constitucional estable?

Dr. Hesse: Si la constitución democrática y el Tribunal Constitucional –alemán– ¿son un modelo que se pueda introducir en otros países...? La pregunta decisiva es si el modelo alemán se deja introducir fuera de Alemania, si es posible realizarlo y si esto se puede llevar a cabo. Esto, en principio, es una cuestión de supervivencia de una jurisdicción constitucional. La vigencia real de la Constitución y del Tribunal Constitucional, así como también la democracia y el Estado de Derecho (y esto tal vez es lo decisivo) tienen condiciones que la Constitución misma no puede crear (factores sociales, económicos, espirituales, Historia, cultura política y el factor más importante: la tradición). Esto se ve con toda claridad si miramos a los Estados Unidos. Allí, la jurisdicción constitucional tiene más de doscientos años, y prácticamente no ha sufrido modificaciones. También Austria tiene un Tribunal Constitucional desde hace mucho, o por ejemplo tomemos el caso de Suiza, en donde por cierto sí se dieron una serie de modificaciones de la constitución, pero donde el sistema político en principio se ha conservado igual. Esto también vale para el rol del tribunal alemán. A nadie se le ocurriría que las cosas se hicieran o pudieran hacerse de otra manera. Lo que pasa es que aparte de la Constitución misma están también las condiciones dadas. Donde éstas faltan, allí no importa qué tan bien puede haber sido redactada una constitución: lo decisivo son las relaciones de poder político reales.

Por eso el modelo de la democracia social y de Estado de Derecho (pues este es el denominador común, que por lo menos aquí en Europa, está rigiendo en la actualidad) y de la jurisdicción constitucional no se deja transferir sin más a otros países. Pero,

quiero también decir que en España se logró, y además relativamente bien, aunque todavía está en proceso. En Polonia y Hungría se puede calcular que tendrá éxito. Para Rusia o los países sucesores de la Unión Soviética, como por ejemplo Georgia o Aserbayán, esto todavía no es el caso. Si bien estos Estados ahora tienen una jurisdicción constitucional y una Constitución, se tiene que ver primero, si esta Constitución no sólo es «semántica». Tenemos muchas de este tipo en el mundo, donde todo es bueno, verdadero y hermoso, pero desgraciadamente sólo está en el papel y ese peligro también persiste entre nosotros en cierta medida. No todo es semántico, pero muchas cosas pasan a ser semántica, cuando la Constitución no puede obrar con efectividad real. Desde mi punto de vista éste es el problema central de la Constitución y de la jurisdicción constitucional.

Dr. Landa: ¿Bajo qué condiciones pueden hacerse efectivos en la realidad la Constitución y la jurisdicción constitucional, para no quedarse simplemente en lo semántico?

Si se fija en el mundo actual (si obviamos el mundo islámico, que es un capítulo aparte) verá que se esgrimen dos alternativas. Una, con un modelo para el desarrollo futuro, en realidad son regímenes autoritarios con una economía de mercado privada; por ejemplo Singapur, es un estado próspero, aunque desgraciadamente sin derechos humanos y sin ningún tipo de disposiciones sociales, quizás, todavía con una dictadura militar. El otro modelo es el Estado de Derecho con democracia social. Esta tiene sus contradicciones, pero no deberíamos verla con demasiado escepticismo.

El desarrollo actual es un desarrollo de la globalización, el mundo confluye y la pregunta es qué tipo de efectos tiene esto en una y otra dirección. Algunas cosas hablan a favor de que el modelo autoritario será económicamente más exitoso que los otros. Me temo que la tendencia en este sentido también se da un poco en Alemania, cuando se piensa que la economía lo es todo, y que por el bien de la economía tendríamos que retroceder en muchos otros planos, que en realidad deberían estar en un primer plano. En principio, entre nosotros sólo cuenta el éxito económico y asegurarlo necesariamente, para poder afirmarnos en este mundo, en este conglomerado global. La disposición para ello, el precio a pagarse, desgraciadamente se ha vuelto muy alto.

Por cierto, tenemos que decir que nadie se pregunta ya por la democracia y los derechos humanos o, que, por lo menos ya no tienen la misma importancia que la economía. Más aún, la Constitución cuando se interpone a estos intereses es modificada, en vez de atenerse a ella. ¿No será que el desarrollo democrático y de los derechos humanos se está rezagando un poco? Ojalá que no demasiado. Esto es una gran preocupación para nosotros. Yo no soy partidario de Lasalle, pero es cierto que se requiere de poderes reales, para que conserven y extiendan el pensamiento constitucional, los derechos humanos y todo esto. Estos factores reales del poder están presentes y probablemente inclusive se mostrarán como necesarios en lo que se refiere a la lucha por los poderes políticos. Porque, me parecería absolutamente cuestionable que todavía pueda ser posible gobernar los Estados de Europa Occidental con regímenes autoritarios. El perder de vista los derechos humanos y sobre todo los aspectos sociales en nombre de la economía probablemente chocaría con una resistencia insuperable.