

ENTREVISTA DE FRANCISCO  
BALAGUER CALLEJÓN.\*  
UN JURISTA EUROPEO NACIDO  
EN ALEMANIA\*\*

*Es habitual, en este tipo de entrevistas, hacer una referencia a la trayectoria intelectual, en su faceta más personal, del entrevistado. Me gustaría comenzar, como no podía ser menos, con el recuerdo de sus primeros años de universidad, años difíciles, sin duda, así como con la colaboración con su maestro, el profesor K. Hesse.*

Comencé mis estudios jurídicos en Tubinga, continuándolos en Friburgo; estuve después un semestre en Bonn, otro posterior en Montpellier, volviendo luego a Friburgo, de cuya Facultad de entonces guardo los mejores recuerdos que puedan imaginarse. Inicialmente me concentré en el derecho penal y estudié con el muy conocido, también en España, profesor Jescheck. Pero entonces, era mi quinto semestre, en el año 1956, asistí por primera vez al nuevo seminario del joven profesor Konrad Hesse, con el que, desde el principio me entusiasmé, sobre todo por su arte para conducir un seminario de manera sistemática.<sup>1</sup>

\* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Granada.

\*\* Texto tomado de *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, 1997.

<sup>1</sup> Con la intención de ofrecer una relación bibliográfica útil para el lector español, se incorporan aquí algunos títulos traslúcidos al castellano y ya publicados (hay otros en curso de publicación):

“Derecho constitucional común europeo”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, Madrid, 1993.

“Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades*. núm. 1, 1993, Madrid, pp. 149-167 (traducido del alemán).

*Quisiera igualmente que nos explicara, si le parece oportuno, qué factores fueron para usted determinantes en su orientación hacia la universidad, como profesión y como proyecto vital y específicamente cuales lo fueron en relación con su dedicación al ámbito del derecho público.*

La ciencia ha sido, desde el principio, mi gran proyecto vital. Ciertamente, habría podido convertirme también en juez; sin embargo, he tenido permanentemente la referencia del ideal universitario de Humboldt: la unidad de la investigación y la enseñanza, la comunidad de *docentes y discentes*, que siempre he intentado practicar desde mi primera cátedra en Marburgo en 1969. Desde un principio consideré sólo la posibilidad de realizar estudios jurídicos. Ante todo, porque me permitía integrar los fundamentos histórico-espirituales de la ciencia, así como establecer una vinculación con la filosofía y la historia, incluso con la música. Hasta

También en «Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania», en *Pensamiento constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 45-60 (traducido de la versión italiana).

“El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, edición de José María Sauca, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994, pp. 81-126.

“Retos actuales del Estado constitucional” (incorpora diversos trabajos). IVAP, Oñati, 1996.

“La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el derecho”, en *Dereito*, vol. 5. núm. 2. Santiago de Compostela, 1996, pp. 159-165.

*La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Universidad Católica del Perú, 1997.

“Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada”, en AAVV. *Estudios de derecho público homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Editorial Tecnos. 1997, vol. II, pp. 1161-1190.

Diversas aportaciones en relación con los derechos fundamentales se encuentra también en la obra coordinada por A. López Piña. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid, Editorial Cívitas, 1991.

“El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos”, entrevista al profesor Häberle realizada por César Landa, en *Pensamiento Constitucional*, núm. 3, 1996, pp. 279-289.

el presente, me he esforzado siempre en desarrollar el derecho constitucional sobre la base de sus profundas dimensiones filosófico-jurídicas.

*Su labor como investigador es, sin duda, impresionante. Sus trabajos han tenido un profundo eco no sólo en Alemania y ni siquiera sólo en Europa. Posiblemente sea usted, entre los actuales, el autor más conocido en el ámbito del derecho constitucional. Esta dedicación a la ciencia no hubiera sido posible sin un gran sacrificio personal. Pero al mismo tiempo, me atrevo a preguntarle por la incidencia que ese esfuerzo ha tenido desde el punto de vista de su actividad docente, como profesor. Si esa actividad se ha resentido por la intensa dedicación a la investigación o si, por el contrario, la atención a sus alumnos y a sus discípulos le han supuesto un estímulo más en la reflexión y la elaboración teórica.<sup>2</sup>*

<sup>2</sup> La conversación se desarrolló durante los días 21 y 22 de julio de 1997 en la residencia del profesor Häberle, en Bayreuth. El día 21 hablamos de las líneas generales de la entrevista y el día 22, en sesiones grabadas de mañana y tarde, el profesor Häberle fue respondiendo a cada una de las preguntas. La ordenación de las preguntas intenta seguir un criterio sistemático, aun siendo consciente de posibles desventajas de este planteamiento. Preparé seis preguntas para cada uno de los seis bloques en que se divide la entrevista: trayectoria personal, la atmósfera intelectual de Alemania, los derechos fundamentales, cuestiones metodológicas, la proyección europea y el derecho constitucional del siglo XXI. He intentado ofrecer al lector, a través de todas estas cuestiones, un panorama lo más completo posible de la obra del profesor Häberle así como del ambiente intelectual en que la misma se ha desenvuelto y de sus planteamientos sobre la evolución del derecho constitucional. Con su habitual sentido del humor, el profesor Häberle llegó a decir que algunas de mis preguntas eran mejores que sus respuestas. No es algo infrecuente en él: en sus estancias en Granada, suele decir que mis traducciones de sus conferencias o de sus cursos de Doctorado mejoran el original. Aconsejo al lector que se limite a leer las respuestas: comprobará cuan innecesarias (por no decir disfuncionales) son las preguntas. Lo que el lector no podrá comprobar, por fortuna, es que mi traducción no ha mejorado el original. Con esa pequeña ventaja, debo decir que he intentado hacer una traducción comprensible, procurando no sacrificar los múltiples matices que ofrece el discurso del profesor Häberle. Pese a la riqueza de su lenguaje, no es un autor de difícil comprensión en alemán: el carácter sis-

Con el paso de los años se han doctorado unos cuarenta de mis discípulos y cinco de ellos son hoy catedráticos. He tenido la suerte de encontrar excelentes discípulos, por ejemplo en Jena, en Berlín (Humboldt-Universität), en Munich o en Würzburg. Los discípulos suponen un gran enriquecimiento a la larga. Inicialmente, en los primeros años, es necesario invertir mucho, también en un plano personal, aunque hoy son una alegría. Más todavía por cuanto cada uno de ellos ha desarrollado su propio perfil sin pretender imitarme. También en sus intereses científicos se han diversificado mucho. Mientras uno ha manifestado especial interés por el Este, otro se ha dedicado más a la dimensión social del derecho constitucional. En cierta manera me he convertido hoy en discípulo de mis discípulos, y en el transcurrir de los años venideros esa tendencia se incrementará seguramente.

*Desde hace ya bastantes años, es usted profesor tanto en la Universidad alemana de Bayreuth como en la Suiza de St. Gallen. Me gustaría que me hablara también de esta experiencia, sin duda gratificante, pues siempre se manifiesta satisfecho con la misma, pero también, pienso, muy absorbente desde el punto de vista del tiempo y de la necesaria tranquilidad que debe tener todo investigador.*

Mi actividad en St. Gallen comenzó con motivo de un feliz nombramiento (el sexto como catedrático) en el año 1981. Los viajes (duran seis horas en tren) y las correspondientes jornadas en St. Gallen son, de hecho, una suerte: la tensión entre la pequeña Bayreuth y la algo más grande St. Gallen, la diferente cultura universitaria y científica, la gran tradición de tolerancia y la diversidad lingüística de Suiza (piense usted en las aportaciones de Suiza en materia de libertad lingüística como derecho fundamental no escrito) son un modelo para nosotros. Además, Suiza me ha parecido siempre un gran taller de experimentación debido a su

temático y riguroso de su pensamiento facilitan mucho la tarea del traductor. Un motivo más para recomendar la lectura de una obra indispensable para entender el derecho constitucional de la Europa del próximo siglo.

federalismo tan fuerte y tan vivo. Esto se manifiesta también en las grandes reformas constitucionales de los Cantones, culminadas en los últimos años, en curso actualmente en St. Gallen, tras el punto culminante alcanzado por la excelente reforma cantonal de 1993 de Berna. Por lo demás, los estudiantes suizos tienen un temperamento distinto al de los alemanes. No se inclinan a la exageración ni al radicalismo, son «pragmáticos» en el buen sentido del término, y en algunos aspectos podría decirse que son más aplicados. He preparado varios doctorandos en Suiza, que participan, a menudo, en las actividades académicas que organizo en Bayreuth. En Suiza me han atendido siempre con gran hospitalidad. En cierto modo, Suiza se asemeja todavía a una *gran familia*; se cultiva aún, de forma parecida a España e Italia, el arte de la amistad y la virtud de la hospitalidad.

### *¿Y las virtudes de los estudiantes alemanes?*

¡Sin duda, sin duda! Los estudiantes alemanes también tienen grandes virtudes: trabajan y piensan con gran compromiso, están especialmente motivados desde el punto de vista político; los mejores estudiantes intentan continuar la buena tradición del idealismo alemán. Esto ha ocurrido ocasionalmente también en Bayreuth, aunque su *cielo tormentoso* (¡Richard Wagner!) puede tener, naturalmente, su propia repercusión.

*Me consta, profesor Häberle, que ha rechazado usted, reiteradamente, la posibilidad de ocupar cargos institucionales (incluso de naturaleza técnico-jurídica) que le hubieran supuesto desviar una gran parte de su esfuerzo investigador. Sin duda esa negativa a salir del ámbito de la investigación científica ha sido extremadamente fructífera. ¡No cree, sin embargo, que la atención a la práctica puede ser enriquecedora para un jurista?*

Sobre mi escasa actividad práctica tengo que decir que, por un lado siempre he declinado las solicitudes de dictámenes de partidos políticos, gobiernos o círculos económicos, temiendo que, de

manera inconsciente, pudiera actuar con parcialidad. Por otro lado, reconozco que los colegas que se han ocupado de esta faceta práctica, también como jueces, han conseguido un material adicional de aprendizaje y enseñanza gracias a la abundancia de estímulos de la práctica. Yo, sin embargo, he preferido seguir tan sólo mi camino como profesor, valorando absolutamente que los colegas elijan otro distinto. Desde luego, no dejo de ver los riesgos que este último puede suponer para la investigación, como acaso los que pueden derivarse de la intensa actividad dictaminadora de los colegas de otros países.

*A pesar de la negativa a ocupar cargos, como antes indicaba, sí ha tenido usted una experiencia importante como asesor constitucional de diversos gobiernos. ¿Cuál considera que ha sido su aportación en ese ámbito? ¿Se ha tratado de una experiencia positiva para usted?*

Desde la hora mundial del Estado constitucional en 1989, he tenido la suerte de poder participar como experto en procesos constituyentes de diversos países, fuera de Alemania. Primero en 1991, bajo la forma de un amplio dictamen en el marco del proceso constituyente de Estonia. En Polonia en diversas ocasiones, como por ejemplo en la subcomisión del Sejm en materia de derechos fundamentales y posteriormente en el marco de dos grandes congresos. He presentado propuestas concretas para los trabajos constituyentes en Polonia, que se han publicado en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* que dirijo y que se han traducido, además, al polaco y al inglés. Esas propuestas han sido tenidas en cuenta, especialmente en relación con la garantía del contenido esencial de los derechos o las fuentes del derecho. Entre los compromisos posteriores cabe mencionar las conversaciones con miembros de la bicameral en Roma, así como un seminario en la Fundación Agnelli en Turín sobre el regionalismo en Italia. He mantenido también conversaciones informales permanentes con muchos colegas que estaban implicados en procesos de reforma constitucional.

Recientemente tuve la hermosa experiencia y el honor de impartir la ponencia científica inaugural en la reforma constitucional cantonal de St. Gallen en septiembre de 1996. Allí presenté propuestas concretas, como por ejemplo, sobre si la constitución cantonal de St. Gallen debería incorporar *una pequeña cláusula sobre Europa*. Esta propuesta despertó gran interés en la opinión pública de St. Gallen. Suiza se mueve con dificultad en relación con Europa, pese a que es un país central de la vieja Europa. Mayor motivo para intentar, de manera prudente, abrir Suiza a la idea de Europa. Suiza pertenece ya desde hace tiempo a la CEDH, pero la cuestión es, si y como incorporarse a largo plazo a la Unión Europea. En todas esas actividades consultivas, me he esforzado en aplicar un *academic self restraint*. Es desagradable cuando algún profesor quiere influir de forma demasiado didáctica en los procesos constituyentes de otros países europeos. Para mí se trata sólo de proponer alternativas concretas de textos y posibilidades desde el pensamiento jurídico-constitucional, pero sin presentar soluciones definitivas.

*Pasamos ahora, si le parece, a otras cuestiones relativas a la atmósfera intelectual de Alemania. En una entrevista realizada por el Dr. Cesar Landa, de la Universidad de Perú, hace poco más de un año, le describía como uno de los dilectos herederos de la cultura jurídico-constitucional alemana del presente siglo, después de Kelsen, Schmitt, Heller, Smend y Hesse (descripción que se reproduce en el espléndido perfil biográfico que realiza con motivo de la traducción parcial al español de su obra Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz). Usted mismo suele referirse a algunos de los autores anteriores para caracterizarlos como los gigantes sobre cuyos hombros los autores de nuestra época, entre los que usted se incluye, pueden ver más allá, gracias precisamente al trabajo desarrollado por ellos. Me va a permitir que le pregunte por esos gigantes, sobre la influencia que tuvieron en su época y sobre las aportaciones que ha contribuido a desarrollar la ciencia jurídica y el derecho constitucional que hoy co-*

*nocemos. Comencemos por R. Smend, que fuera el maestro de su propio maestro, el profesor Hesse.*

De hecho utilizo gustosamente la imagen de los enanos sobre los *hombros de los gigantes* de la que podría añadir que procede del siglo XIII y en nuestros días la ha hecho suya un erudito americano. La teoría constitucional bajo la Ley Fundamental de Bonn, debe mucho, si no la mayor parte, a los gigantes de la época de Weimar. Y si utilizo la palabra *gigantes* no lo hago irónicamente, sino muy en serio. Sobre los hombros de esos gigantes vemos nosotros, como enanos, quizás ocasionalmente, más lejos que esos gigantes, pese a lo cual seguimos siendo enanos! Me pregunta por las grandes figuras de la teoría constitucional de Weimar y le contesto con gusto: de Rudolf Smend puedo considerarme su nieto pequeño, de alguna manera, a través de mi gran maestro Konrad Hesse. Rudolf Smend es para mi especialmente valioso en atención a su principio científico-espiritual así como a su teoría de los derechos fundamentales que en su tiempo produjo un giro con su conocido trabajo sobre la libertad de expresión (1928). Ciertamente, se reclamaron algunas correcciones que se realizaron en atención a algunas exageraciones de la teoría de la integración. Sin embargo, yo no participo de la crítica de otro de los grandes, Erich Kaufmann, que llegó a establecer, en retrospectiva, una relación entre la teoría de la integración y el fascismo. Las correcciones que la teoría de la integración, de 1928, necesitaba fueron realizadas por Rudolf Smend en los años sesenta.

*Quisiera conocer igualmente su opinión respecto de H. Heller, un autor muy cercano a los españoles, como usted sabe, y que sigue siendo una referencia inexcusable para un amplio sector de constitucionalistas.*

Es manifiesto que yo le debo más a que a nadie, tanto en el aspecto personal cuanto en el científico, a Hermann Heller. Él es, para todos nosotros, un modelo debido a su integridad personal e independencia, su compromiso democrático y ciertamente, su in-

clinación a España, donde pudo encontrar asilo en su exilio. En el plano científico, debo a Hermann Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que yo he intentado continuar bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución.

*También me gustaría que nos hablara de Kelsen, si es que es posible tratar un pensamiento tan complejo en los reducidos términos de la contestación a una pregunta dentro de una entrevista.*

Unas palabras sobre Kelsen. No necesito decirle que yo me separo del mundo de Kelsen en el aspecto metodológico; pero debo señalarle igualmente que su gran contribución sigue viva, por un lado en cuanto a la teoría de la *construcción escalonada* del sistema jurídico. Hoy tenemos en muchas constituciones nuevas la indicación expresa de la primacía de la Constitución norma suprema, como *norma de las normas* lo que es claramente también un gran mérito de Kelsen. Finalmente Kelsen es, por otro lado, uno de los padres de la jurisdicción constitucional en Europa.

*En relación con Schmitt, también muy conectado a España por motivos familiares, y cuyas obras han tenido una cierta difusión en nuestro país, sería muy interesante conocer su valoración de este autor.*

El enjuiciamiento de Carl Schmitt es todo lo difícil que se pueda imaginar. En una recepción en Roma, hace cuatro años (durante una de mis ya siete estancias como profesor invitado allí) me preguntó el entonces presidente de la República Cossiga, entre un círculo de ilustres colegas, lo siguiente: “profesor Häberle, ¿qué opinión tiene de Carl Schmitt?”, a ello contesté yo, provocando sonrisas entre los presentes: venerado presidente, ¿a que Carl Schmitt se refiere usted?, al gran Carl Schmitt de la *Verfassungslehre* de 1928, no superado hasta ahora por su fuerza sistemática y sus innovaciones, o se refiere usted al otro Carl Schmitt, completamente diferente, el que escribió ese indescriptible trabajo *Die Juden in der deutschen Rechtswissenschaft* (Los judíos en la

ciencia jurídica alemana) o el nefasto artículo *Der Führer schützt das Recht* (El Führer protege el derecho). Veo con pesar que, en algunos países latinos, ante todo en Italia, pero también en España, se ha producido una especie de renacimiento de Carl Schmitt. También a mis colegas y amigos de Suiza, por ejemplo, en Berna o en Fribourg, les resulta incomprensible este renacimiento, si se tiene en cuenta esa doble faceta de la persona y muchas de las manifestaciones de Carl Schmitt durante el régimen nazi.

*Por último, si me permite, la inevitable referencia a su maestro, K. Hesse, también muy conocido en España, especialmente desde la traducción parcial de los Grundzüge realizada por el profesor Cruz Villalón.*

Es una alegría para mí que me pregunte por mi maestro Konrad Hesse. Precisamente fue ya entrevistado magistralmente en el marco de esta publicación, por el profesor y magistrado constitucional P. Cruz Villalón, él ha aportado mucho a la recepción de Konrad Hesse en España por medio de sus traducciones. Al profesor Hesse le debo yo la formación en un pensamiento disciplinado y estrictamente sistemático, así como la disposición para una revisión permanente de las propias posiciones y la cercanía a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Él fue uno de los pocos jueces no vinculado a los partidos, de los considerados como jueces neutrales; quizá el último (1975-1987). Por lo demás, me ha alentado desde el principio, desde los tempranos tiempos de estudiante en Friburgo hasta hoy y me ha honrado con su dedicación amistosa.

*Parece claro que en el derecho constitucional alemán de este siglo, se pueden distinguir, al menos, dos períodos: el de la República de Weimar y el de la Ley Fundamental de Bonn. Ahora bien, me gustaría conocer su opinión respecto de hasta qué punto la reunificación no ha abierto un nuevo periodo histórico que supera los límites del sistema de la Ley Fundamental de la antigua República Federal de Alemania (ahora, por cierto, caracterizada ante el exterior, simplemente como*

Alemania). Cierta que no ha habido una transformación del régimen constitucional, una vez descartada la vía del artículo 146 GG. Pero también lo es que, la propia unificación no puede dejar de considerarse en sí misma una modificación constitucional en sentido amplio, una reconstitución de Alemania, aunque sólo fuera por la aportación de territorio y de población que supone. Se trata, además, de una incorporación que conlleva también la integración de valores inevitablemente distintos, por parte de los nuevos ciudadanos del Este. Usted mismo ha destacado en sus más recientes trabajos hasta que punto la reunificación de Alemania ha marcado un cambio importante, incluso en el ámbito del derecho constitucional. Las constituciones de los nuevos Länder incorporan aspectos muy avanzados respecto del sistema constitucional de la Ley Fundamental. Me gustaría que se detuviera en esa cuestión, por un lado, y que me indicara en qué medida la reunificación puede suponer un impulso renovador para el derecho constitucional en Alemania.

El feliz acontecimiento de la reunificación de Alemania en 1989/1990, nos ha situado a todos nosotros ante difíciles cuestiones constitucionales. Ante todo, el debate sobre la vía correcta para la reunificación; la del artículo 23 GG, que fuera calificado por Willy Brandt como un camino equivocado o la del artículo 146 GG, que algunos tomaron por el mejor camino para la reunificación. El profesor Grimm y yo propusimos simultáneamente y de manera independiente el uno del otro, una solución de compromiso, basada en la combinación de la vía relativamente rápida del artículo 23 con la vía del artículo 146. Recordemos que en la historia constitucional francesa, en el año 1793, un gran texto decía: “una Constitución que no ha sido aprobada por el pueblo no es Constitución”. De ahí la propuesta de que el proceso constituyente derivado de la reunificación de 1990, debía haber sido coronado por una decisión final del pueblo. Sigo siendo de la opinión de que esto era y es necesario y de que hubiera sido el mejor camino. También por cuanto hubiera permitido salir al paso de ciertas críticas.

Usted sabe que la reunificación interior está todavía pendiente, que hay grandes problemas para esa *unidad interna*. Ante todo, no podemos conseguir la unidad interna de Alemania sólo con la transferencia anual de 150 miles de millones de marcos. La unificación interior es una cuestión de cultura política, de respeto por las tradiciones, en parte distintas, del este de Alemania, de la psique de los ciudadanos de allí, tanto como ellos saludaron y quisieron en 1990 a la Ley Fundamental. Un acto formal del constituyente alemán hubiera sido necesario en 1990 como es necesario (aun siendo complicado) un acercamiento a largo plazo, que no puede conseguirse sólo con dinero, sino con mucha tolerancia y con el reconocimiento del perfil propio de las cinco nuevas constituciones de los *Länder* del este de Alemania. Las cinco constituciones de los *Länder* orientales a las que les precedieron aproximadamente 35 proyectos, han sido publicadas en mi *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*. En particular la de Brandenburgo y parcialmente también la de Sajonia, han supuesto un gran enriquecimiento en diversos aspectos. Por ejemplo, se gana en la delicada cuestión de la elección de los jueces constitucionales en Brandenburgo, debido a que se prevé una audiencia pública para los candidatos. Tendremos que ver, desde luego, si da buen resultado en la práctica. Usted conoce el modelo de *Hearings* en la elección de los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos; también hay allí excesos, decepciones y retrocesos, pero en conjunto merece la pena el intento. Ya en el coloquio en homenaje a Ernst Friesenhahn de 1972, abogué, como él mismo, por este sistema. Pero también en el ámbito de los derechos sociales, de la protección del medio ambiente, del fortalecimiento de la oposición parlamentaria dentro del parlamento del *Land* y de la formación del poder constituyente estatal encontramos materiales notables que expresan un nuevo nivel en los textos constitucionales de los cinco *Länder* orientales. En esa medida, podemos hablar, en relación a la parte oriental de Alemania, de un *taller* para el naciente derecho constitucional de la Alemania reunificada. Con ello se corresponde, claro está, el perfil propio que ha alcanzado la abundancia de gé-

neros de la literatura científica en el ámbito jurídico: desde manuales hasta comentarios, pasando por monografías, comentarios de jurisprudencia y recensiones de libros, así como la repercusión temprana que está teniendo en relación con la literatura científica de la parte occidental de Alemania. Ante todo, debemos evitar los alemanes occidentales toda autocomplacencia y arrogancia frente a los perfiles propios de las constituciones de los *Länder* del este de Alemania.

*Vamos a pasar, con su permiso, a otro ámbito de cuestiones de gran interés, como es el relativo a los derechos fundamentales. El objetivo fundamental de esta entrevista, no es otro, me parece, que ofrecer a los lectores del Anuario que dirige el profesor Garrorena, una visión general de su obra, de sus aportaciones fundamentales a la ciencia del derecho y especialmente, al derecho constitucional actual (diría más, al derecho constitucional futuro, pues, como indica César Landa, usted ha sabido ir siempre un paso adelante de las circunstancias históricas). Comoquiera que su pensamiento se ha diversificado en ámbitos muy variados, me va a permitir que abordemos esta parte de la entrevista diferenciando algunos de esos campos. No se trata, como comprenderá, de seguir aquí la estructura del pensamiento encasillado que usted tanto crítica. No son comportamientos estancos, sino aspectos sustantivos de una obra con una permanente tendencia hacia el sistema, como es la suya. Espero que así lo entiendan también los lectores de esta entrevista, porque una de las facetas que más llama la atención de su trabajo investigador es la coherencia interna y el intento permanente de agotar al máximo las consecuencias de cada una de sus teorías, dentro de un sistema en el que la flexibilidad y la multifuncionalidad son valores esenciales. Estos últimos rasgos los ha aplicado usted especialmente a los derechos fundamentales. Si me permite, quisiera comenzar por el principio: la gran aportación que supuso su teoría (Die Wesensgehaltsgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz, 1962), sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales. Me gustaría que explicara esta tesis y que, al mismo tiempo, expusiera si se considera que de este*

*planteamiento puede inferirse un reforzamiento de la posición del Tribunal Constitucional respecto de la del legislador.*

Desde el principio he criticado el *pensamiento encasillado*. Con ello quiero decir lo siguiente: hay muchas teorías de los derechos fundamentales para las que la dogmática es un fin en sí mismo. Para mí, sin embargo, toda dogmática jurídica tiene un carácter puramente instrumental, debiendo desarrollarse para servir a los derechos fundamentales y a las exigencias de la justicia. Esto significa: toda dogmática tiene que permanecer abierta, teniendo ciertamente la función positiva de proporcionar seguridad jurídica, pero sin que sus conceptos lleguen a alcanzar vida propia, pues están al servicio del desarrollo continuo de los principios jurídico-constitucionales. En relación con este tema propuse, en la ponencia de la reunión de profesores de derecho público de Regensburg, que toda *política de derechos fundamentales* y toda interpretación de los derechos fundamentales debería estar al servicio del perfeccionamiento de la eficacia garantizadora de los derechos fundamentales. Esto significa también que no deberíamos estar satisfechos encerrándonos en casillas pequeñas, pues éstas no pueden ser la última palabra del desarrollo de los derechos fundamentales.

En relación con su pregunta sobre el doble carácter de los derechos fundamentales. Desarrollé esa tesis del *doble carácter* de todos los derechos fundamentales en mi tesis doctoral de 1962. La idea directriz era la siguiente: todos los derechos fundamentales tienen una doble faceta, una subjetiva-individual y una objetiva-institucional. Yo estaba entonces fuertemente influido por el gran teórico del Estado Maurice Hauriou. Tan sólo la faceta institucional, jurídico-objetiva permite reconocer las necesidades de conformación de todas las libertades, que no nos son *naturalmente* dadas. Ambos aspectos están en una relación de condicionamiento recíproco. Esto se puede explicar, del mejor modo, en relación con la familia y la propiedad. La familia no es sólo un haz de derechos subjetivos aunque, actualmente, en las Constituciones más

recientes, por ejemplo en Polonia y en Sudáfrica, se vean fortalecidos cada vez más los derechos de los niños. La protección de la familia, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 6o. GG, tiene también referencias objetivas, está necesitada de configuración y así el legislador fiscal tiene que tomar en consideración la unidad de la familia en interés del llamado *equilibrio de contribuciones familiares* y también debe atender a las extraordinarias prestaciones culturales y financieras que los padres llevan a cabo en el marco de sus funciones educativas. Pero hay que tener en cuenta que este doble carácter de los derechos fundamentales no ha sido mi última palabra sobre la materia. En mi ponencia de la reunión de profesores de derecho público de Regensburg (usted precisamente conoce como ningún otro colega español Regensburg!) desarrollé ampliamente esta teoría y propuse la comprensión pluridimensional de los derechos fundamentales, lo que significa que, en función de las nuevas situaciones de riesgo que acechan a los derechos fundamentales habrá que descubrir nuevas direcciones, niveles de eficacia y dimensiones de las garantías de los derechos fundamentales. Aquí hay que situar, en particular, el *status activus processualis* que ha sido especialmente considerado, ante todo en Polonia y Japón —gracias a diversas traducciones de mis trabajos—.

Hay que recordar, en relación con este tema que el Tribunal Constitucional Federal en una temprana sentencia pionera estableció las tres garantías del matrimonio y la familia: la faceta subjetiva-individual, el significado de la protección de la familia como garantía de instituto y su significado como norma principal que expresa valores. Con ello se anticipó la hoy conocida teoría *principial* en materia de derechos fundamentales y se desarrolló por el Tribunal Constitucional Federal, en los años cincuenta, *in nuce*, una concepción pluridimensional de los derechos fundamentales. Algunos críticos que han maximizado la faceta individual, deberían tenerlo presente.

Se podría objetar que la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales y de la correspondiente concepción pluridimensional fortalece únicamente a la ciencia y a la dogmática o

favorece a la jurisprudencia. Pero no es así. En mi opinión tendríamos que hablar de una división del trabajo jurídico funcional entre todos los interesados en la optimización de los derechos fundamentales y en su mayor eficacia. Junto con el Tribunal Constitucional Federal, que ha realizado múltiples aportaciones a través de sus grandes sentencias directivas, también el legislador parlamentario tiene hoy (piense usted en el derecho fiscal o en el medio ambiente) una función primaria de conformación. Precisamente la garantía jurídico-objetiva del medio ambiente (y algunas constituciones hablan incluso de un derecho fundamental al medio ambiente) exige un compromiso intenso del legislador democrático. La efectividad de los derechos fundamentales depende en gran medida de la fuerza del legislador parlamentario; también depende mucho del tacto y de la sensibilidad de los correspondientes tribunales constitucionales, en cuanto a la función complementaria que realizan. Por lo demás, podríamos dirigirnos a la rica experiencia de los Estados Unidos de América: allí hay una y otra vez períodos de activismo judicial y de restricción judicial. Quizá sólo el espíritu reinante pueda decir al fin y al cabo cuando es necesario un activismo judicial y una restricción judicial en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero quisiera subrayar, en cuanto modelo teórico, que todos los interesados en la protección de los derechos fundamentales tienen una función que cumplir y especialmente le resulta exigible al legislador hoy como nunca antes, en cuestiones como la de la ingeniería genética para la protección de la dignidad humana.

*Siguiendo con sus propias aportaciones, quisiera detenerme ahora en su concepción de los derechos fundamentales en el Estado prestacional, en el Estado social (Grundrechte im Leistungsstaat, 1972). Ante todo, respecto de las dificultades crecientes del Estado para garantizar este tipo de derechos. También, sobre las perspectivas de futuro. Usted mismo ha dicho que las prestaciones estatales deben entenderse bajo la reserva de lo posible, pero que, al tiempo, los derechos fundamentales deben entenderse bajo la exigencia de lo real. ¡Cree que*

*esta exigencia se podrá seguir realizando en el futuro, o que, por el contrario, la presión de los mercados y la orientación progresivamente limitadora del Estado se van a imponer reduciendo cada vez más el ámbito de estos derechos?*

El mercado es hasta hoy *un ser desconocido*. Necesitamos una teoría constitucional del mercado. Yo sostengo que el mercado no es el sentido último del Estado constitucional. La sociedad abierta no es un juego de ganancias económicas. Una república se basa en el trabajo, como dice la Constitución italiana de 1947, se fundamenta en la dignidad humana, descansa sobre la cultura, pero no se basa en los mercados. Por fructífero que pueda ser el *proceso de descubrimiento*, en el sentido de F. A. von Hayek, el mercado como “proceso de descubrimiento”, el mercado tiene que tener sus fronteras, debiendo situarse como instrumento al servicio de la dignidad del hombre. Por lo demás, no me siento muy feliz con la economización y comercialización propia del espíritu de nuestro tiempo, que podemos observar hoy a nivel universal. Es casi una dialéctica en el sentido de Hegel que precisamente en el momento en el que el mundo de valores occidental y la idea del Estado constitucional han prevalecido sobre el materialismo del leninismo, precisamente desde 1989 observamos como va ganando terreno el pensamiento económico unilateral. A este pensamiento tenemos que marcarle fronteras. Podría objetarse que el Estado social debe limitarse y transformarse, recordamos la cuestión de los *límites del Estado social*. Ciertamente el Estado social tiene que ser capaz de ofrecer prestaciones; tenemos que pasar de un entendimiento cuantitativo del Estado social a un entendimiento cualitativo. Pero aquí el proceso científico y el político están todavía en sus comienzos. En el transfondo de su pregunta está también la reflexión sobre si existe una *prohibición de retroceso* del Estado social. En mi opinión hay un núcleo de elementos del Estado social que se fundamentan en la dignidad humana y también en el principio democrático, que no pueden ser eliminados. Pero es admisible, sin duda, la reformulación de las prestaciones sociales. Algu-

nas prestaciones sociales se han desbordado tanto en Alemania durante los años setenta, que las correcciones son necesarias y lícitas.

*Nos quedan todavía cuestiones relativas a los derechos. Me gustaría que explicara su concepción respecto de lo que usted ha definido como el status activus processualis: las condiciones organizativas y procedimentales de garantía de los derechos fundamentales (Grundrechte im Leistungsstaat, 1972). Se ha hablado mucho de la inflación de derechos fundamentales y de cómo esta inflación podía producir una hipertrfia y una devaluación de los mismos. Usted mismo ha señalado como característica positiva, y sin duda lo es, el creciente desarrollo de nuevas instituciones de protección en los últimos textos constitucionales de los Länder del este de Alemania y de Europa del Este. ¡No cree, sin embargo, que una proliferación de procedimientos e instituciones de garantía pueden también suponer un peligro para la protección de los derechos? Un ejemplo lo podríamos tener en los derechos procesales: la acumulación de garantías junto con la falta de medios materiales provoca un retraso en los procesos absolutamente incompatible con la tutela judicial de los derechos. ¡Cree que los Estados actuales están cumpliendo las obligaciones que les corresponden en relación con ese status activus processualis?*

Usted conoce la teoría de los *status* de Georg Jellinek, universalmente difundida. Como desarrollo minúsculo de esa gigantesca teoría de Georg Jellinek, presenté yo en su día esta propuesta del *status activus processualis*. Con ella se quería decir lo siguiente: los derechos fundamentales necesitan para su efectividad de la garantía de los derechos en sentido amplio y en sentido estricto. La idea clave no se discute hoy apenas: “la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el proceso”. El Tribunal Constitucional Federal ha confirmado esta tendencia, inicialmente en un voto particular (E 53) y posteriormente en su jurisprudencia. La protección de los derechos en sentido estricto, en mi opinión, es la clásica protección jurídica por medio de los

tribunales, ya sean tribunales constitucionales, tribunales contencioso-administrativos o tribunales ordinarios, a los cuales ya usted se ha referido. Pero lo que hoy se ha desarrollado casi a nivel mundial es la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio, como por ejemplo por medio de la institución de origen escandinavo del *ombudsman*. Así ocurre en Polonia donde la señora Letowska, la primera *ombudsfrau* de ese país, ha prestado grandes servicios en ese ámbito. Precisamente porque la protección judicial a menudo es costosa y también a menudo llega demasiado tarde, resulta necesaria la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio. Así, por ejemplo, los comisionados o las agencias para la protección de datos personales, protección de la familia, y otros similares. Es digno de mención que precisamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo haya censurado hace pocas semanas, por primera vez al Tribunal Constitucional Federal alemán porque su protección jurídica (por medio del recurso de amparo) se hubiera llevado a efecto de una manera excesivamente lenta: un reclamante en amparo había tardado cinco años en obtener una sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Vemos como la protección jurídica europea de la CEDH proyecta su eficacia de una manera positiva hacia Alemania y por primera vez, incluso el Tribunal Constitucional Federal alemán, tan elogiado con razón, recibe una *censura* de Estrasburgo. En mi opinión, la protección jurídica en sentido amplio es todavía susceptible de desarrollo y está necesitada de ese desarrollo. En Sudáfrica, en la nueva Constitución de 1996/7, se ha previsto un defensor del menor que también es una muestra de la protección de los derechos fundamentales en sentido amplio, por cuanto la protección de éstos en sentido estricto, la protección judicial, a menudo no es suficiente.

*Pasamos a otro ámbito de la protección de los derechos, la protección de los derechos de los grupos, que usted ha definido como *status corporativus*. Se trata de un principio de progresiva implantación en Europa respecto de la protección de las minorías. Me gustaría que nos*

hablara de esta cuestión y también respecto de cómo solventar las tensiones que se generan. Por un lado, entre el Estado unitario y las minorías nacionales que aspiran a mantener su identidad o a alcanzar su autogobierno. Por otro, entre los nuevos poderes políticos que se forman en torno a minorías nacionales (sean Estados o regiones) y las minorías que deben someterse a esos nuevos poderes políticos.

Sobre la idea del *status corporativus*, propuesta por mí por primera vez en 1980, se trata de lo siguiente: muchos catálogos de derechos fundamentales de los primeros tiempos son, por influencia de la Declaración de Derechos de 1789, ahora como antes, unilateralmente orientados en sentido individualista. Hoy sólo hay correcciones parciales. Una aportación temprana fue el artículo 19.3 GG, de acuerdo con el cual los derechos fundamentales son aplicables también, en lo que su naturaleza permita, a las personas jurídicas. Igualmente el artículo 2o. de la Constitución de Italia (“sea como individuos, sea en el interior de formaciones sociales”). Este principio me ha inspirado la idea del *status corporativus*, en base al cual puede decirse que el ser humano no vive sólo como individuo aislado para sí, sino que vive desde el principio en una plenitud de grupos sociales, comenzando por la familia, culminando acaso en una asociación Mozart o Goethe, mostrándose en los sindicatos, manifestándose en cierto modo también en las sociedades religiosas. Casi la totalidad de la vida individual tiene también una referencia de grupo, incluida la libertad ideológica y de creencias.

Una cuestión especial es la referente a la protección de las minorías. Aquí me gustaría remitirme al extraordinario texto de la Constitución reformada de Hungría de 1989, que ha producido el avance textual por el cual las minorías se consideran *factores de formación del Estado*, uno de los mejores textos constitucionales que pueden encontrarse a nivel mundial sobre este tema. Piense usted como, por el contrario, en la exYugoslavia, las minorías han sido un factor de destrucción del Estado. Hungría ha desarrollado una práctica ejemplar de protección de las minorías y ese modelo

ha hecho escuela. Así, por ejemplo, la nueva Constitución de Polonia del año 1997, dice en su artículo 35.2: “Las minorías nacionales y étnicas tienen el derecho a fundar instituciones culturales y educativas propias e instituciones para la protección de su identidad religiosa, así como a participar en las decisiones sobre su identidad cultural”. Esta es una prueba de la evolución de los textos en materia de libertad cultural corporativa. No niego que son posibles tensiones entre la garantía corporativa de esa protección de las minorías y la unidad del Estado. Pero el Estado constitucional moderno vive también de su diversidad regional o federal. El desarrollo de la protección de las minorías como garantía corporativa, promovida por el Consejo de Europa, dependerá del arte de los constituyentes y de la praxis constitucional de las próximas décadas, especialmente en Europa oriental. La cultura constitucional de Suiza ha llevado a cabo contribuciones pioneras en esta materia: en el campo de la libertad lingüística es un modelo para las tensiones que se originen y para las posibles soluciones que se arbitren.

Existen ya algunos modelos en relación con la protección de las minorías corporativas. Así en Austria, tanto el Convenio estatal de 1955, como también la Ley de Grupos Nacionales de 1976, han desarrollado soluciones ejemplares. Existe un comité consultivo de los grupos nacionales y deberíamos preguntarnos si otros países que como Austria (acaso Croacia y Eslovenia) tienen minorías culturales, no deberían establecer este tipo de comité consultivo para los grupos nacionales, que mas allá de la influencia de los partidos políticos, asumiera facultades deliberantes y, en sectores determinados, decisorias.

*Antes de pasar a la última pregunta de este bloque sobre los derechos, me gustaría que expusiera su percepción actual sobre la garantía del contenido esencial, a la que dedicó su tesis doctoral. No hace mucho, con motivo de un coloquio celebrado en España, manifestaba usted su convencimiento de que el éxito de esta idea en las constituciones y en la jurisprudencia implica ya un progreso considerable y que pese al*

*significado retórico de la fórmula, no dejaba de ser una garantía para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para los derechos fundamentales. Debo decirle que en nuestro sistema constitucional, este concepto (además de expandirse en la jurisprudencia constitucional hacia otros campos ajenos al de la garantía de los derechos e incluso al de los límites del legislador: el contenido esencial de la autonomía territorial, de la reserva de ley, del proceso, etcétera) ha resultado muy útil en orden a reforzar la propia normatividad de la Constitución frente a las omisiones del legislador en el desarrollo de los derechos. Así se ha percibido en la jurisprudencia constitucional e incluso se ha incorporado (creo que con esa pretensión) por el propio legislador, al regular el procedimiento administrativo común, determinando la nulidad de pleno derecho de los actos de las administraciones públicas que “lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional” (artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de RJAP y PAC). Me gustaría conocer su opinión sobre este desarrollo de la garantía en nuestro ordenamiento.*

Estoy contento de haber podido analizar hace ya tiempo, bajo la dirección de mi maestro Konrad Hesse, la garantía del contenido esencial de la Ley Fundamental. Es de notar, que la garantía del contenido esencial del artículo 19.2 GG, sigue haciendo *carretera*. Así la Constitución polaca de este año contiene una cláusula propia en la que establece una protección del contenido esencial. También, por ejemplo, la nueva Constitución de Kwazulu-Natal, una región de Sudáfrica, del año 1996 y la nueva Constitución de Sudáfrica (que ha entrado en vigor este año) contiene una formulación que recuerda a la garantía del contenido esencial. La dogmática del contenido esencial no se ha quedado en el año 1962, sino que hay nuevos intentos como el de la Constitución de Berna de 1993, donde se dan elementos de una teoría mixta del contenido esencial, que pueden considerarse como un nuevo nivel en el desarrollo de los textos constitucionales. La teoría mixta del contenido esencial del año 1962 venía a decir que debían combinarse los elementos relativos, el principio de proporcionalidad, con la

protección absoluta de la garantía del contenido esencial. Sobre ese planteamiento, el artículo 28 de la Constitución de Berna de 1993 supone un afortunado avance: de un lado ha consagrado la “prohibición de exceso”, de otro habla al mismo tiempo de una intangibilidad del *núcleo* de los derechos fundamentales. Se puede ver como toda la protección de los derechos fundamentales en Europa y más allá es, al fin y al cabo, una *acción concertada* de textos constitucionales innovadores, buenas doctrinas y sentencias directivas de los tribunales constitucionales europeos. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco ha aportado recientemente una jurisprudencia notable sobre el contenido esencial, y también el TJCE en Luxemburgo ha introducido, a través del caso Liselotte Hauer, una cláusula del contenido esencial no escrita en el derecho comunitario europeo. Entretanto, hoy somos más sabios que en el año 1962, cuando escribí la primera edición de mi tesis doctoral. En 1983 apareció la tercera edición, a la que siguieron, lo que es de agradecer, traducciones en italiano (1994) y en español (1997).

Me recuerda mi tesis del significado retórico de la garantía del contenido esencial; se trata, naturalmente, de una agudización retórica, pues lo que se quería decir era: si se defiende una perspectiva de la cláusula del contenido esencial del tipo *tanto-como* o *relativa-absoluta*, entonces se trata de una regla declaratoria, aunque, por así decirlo, es constitutiva en su sentido de reserva. La orientación de la literatura y la jurisprudencia española a los contornos más firmes de la barrera del contenido esencial, es merecedora de elogio. Precisamente cuando una cultura de los derechos fundamentales está todavía en construcción, deben desarrollarse muchos principios específicos en orden a perfilar cada vez más la cláusula general del contenido esencial. Entretanto, yo soy de la opinión de que, otro contexto cultural, como en el que hoy se encuentra la República Federal de Alemania, como un Estado constitucional más antiguo, tiene que tener una repercusión distinta en la dogmática. Esta idea es aplicable también en otras cuestiones como en relación con el tema del regionalismo o

el federalismo. En mi opinión, el específicamente *joven* contexto cultural propio de España ha conducido, con razón, a que la garantía del contenido esencial sea directamente aplicable también contra la administración y en el ámbito de la jurisdicción contenido-administrativa.

*Por último, profesor Häberle y, a pesar de que estoy provocando yo mismo una cierta inflación de los derechos en esta entrevista, quisiera que nos expusiera su concepción pluridimensional o poliédrica de los derechos fundamentales, concepción que usted caracteriza como flexible y abierta, que parte de un entendimiento mezclado o mixto de los mismos. Igualmente, que nos expresara su opinión sobre el entendimiento generacional de los derechos, tan extendido en la doctrina.*

Vuelvo aquí a mi posición negativa contra el pensamiento encasillado o cuadriculado. Usted conoce la teoría de las tres generaciones de derechos humanos: los derechos humanos clásicos, los económicos, sociales y culturales y ahora el derecho al desarrollo, a la protección del medio ambiente, etcétera. En mi opinión, estas tres generaciones son una muestra de la fuerza y la necesidad del perfeccionamiento de la eficacia garantizadora de los derechos fundamentales; de la visión de los derechos fundamentales en el sentido de su evolución histórica y su desarrollo continuo de manera abierta. No podemos, sin embargo separar de manera estricta, en casillas: 1a. generación, 2a. generación y 3a. generación, los derechos humanos: una parte de la protección del medio ambiente está también contenida en la garantía clásica de la dignidad humana. Una parte de los derechos sociales, como por ejemplo, la asistencia social, se encuentra ya en el artículo 1 GG. Las casillas deben entenderse, por tanto, en sentido relativo, puesto que hay múltiples relaciones entre las generaciones de derechos humanos. Estoy convencido de que posiblemente en el año 2010 se desarrolle una nueva generación de derechos humanos, que un John Locke del año 2000 proponga como utopía concreta, pero que hoy nosotros no podríamos reconocer. También esta generación se si-

túa en la *interminable cadena de la existencia* en materia de derechos fundamentales, para aplicar una hermosa imagen de Goethe sobre el género humano. Por lo demás hay que pensar también en las generaciones futuras, en el sentido de H. Jonas, a través de los derechos fundamentales. Recordemos su nuevo “imperativo categórico” sobre la supervivencia de la humanidad.

*Pasamos ahora a un bloque de preguntas relativas a cuestiones metodológicas. Ante todo, quisiera que expusiera su idea sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación. Se trata de un planteamiento que ha tenido un éxito inmediato, habida cuenta de las referencias permanentes que se encuentran sobre el mismo en la doctrina. Igualmente, me gustaría que hiciera una breve referencia al paradigma del desarrollo gradual de los textos.*

El derecho comparado debería practicarse en dos direcciones. Hay derecho comparado en el tiempo, la tradicional historia jurídico-constitucional, y hay derecho comparado en el espacio, hoy en el espacio global o en el europeo, la comparatística. Ambos aspectos del derecho comparado podrían agruparse para formar un nivel más elevado. Desgraciadamente no hay científicos en Alemania que se hayan dedicado a los dos aspectos. Ulrich Scheuner, por ejemplo, era excelente en relación con la historia constitucional, pero no se dedicó al derecho comparado. También el gran Rudolf Smend se ha dedicado más bien a la historia jurídica, no a la comparación jurídica. Yo, por mi parte, me he centrado más en la comparación en el espacio y he hecho raramente comparación en el tiempo (sólo un amplio artículo sobre el tema *1789 y el Estado constitucional*). Lo ideal sería que ambos campos de la comparación se cruzaran: si observa, hago el signo de la cruz, un préstamo de los precedentes teológicos. Estoy convencido de que Aristóteles conoció ambas dimensiones de la comparación jurídica; se ha transmitido tradicionalmente que elaboró una recopilación de todas las constituciones de su época, desgraciadamente perdida.

En cuanto a mi propuesta sobre *el derecho comparado como quinto método de interpretación*: Son conocidos los clásicos métodos de interpretación que Friedrich Carl v. Savigny elaboró en 1840, partiendo de los conceptos acuñados por los grandes juristas romanos. Precisamente en Madrid, en un Congreso celebrado en 1988, gracias a la invitación de Antonio López Pina, propuse que había que entronizar el derecho comparado como *quinto* método de interpretación. Hasta ahora no se conoce ningún esquema de combinación de los cuatro o los cinco métodos de interpretación. Tan pronto se sitúa en primer plano el criterio histórico como el teleológico, el gramatical o el sistemático. Tiene algo de positivo el que hasta ahora ningún jurista haya realizado un esquema organizativo para la combinación variable de los cuatro métodos de interpretación, pues de este modo permanece la interpretación constitucional flexible y abierta: en suma, mi propuesta sobre la *interpretación constitucional abierta*. Le puedo poner dos ejemplos acerca como el derecho comparado se ha convertido hoy en el *quinto* método de interpretación. En la Constitución de 1996 de KwaZulu Natal, en Sudáfrica y en la propia Constitución de Sudáfrica, que ha entrado en vigor en 1997, en relación con la interpretación del *Bill of Rights*, se menciona en último lugar, que el juez puede atender a los *foreign cases* a los casos de otros países. En mi opinión se trata de un acontecimiento sensacional: la institucionalización y positivización del derecho comparado como una posibilidad de interpretación, para mi una gran alegría, sobre todo en el horizonte de mi *pensamiento posibilista* (G. Zagrebelsky ha hablado acertadamente de “*possibilismo*”). Es conocido que la doctrina constitucional sudafricana sigue muy de cerca los debates metodológicos en Europa. Por lo demás, se expresa aquí una tendencia general.

Me pregunta también por mi *paradigma de los niveles textuales*. Los constituyentes están hoy, en todo el mundo, en una intensa relación de producción y recepción. En concreto: las constituciones de los Lander orientales, que he mencionado anteriormente, no se han limitado a incorporar, por ejemplo, instituciones que

proceden del texto de la Ley Fundamental o de las constituciones de los Lander occidentales, sino que han avanzado, incorporando también el desarrollo constitucional que se ha producido en Alemania occidental desde 1949, el despliegue de la dogmática y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Podría ponerle muchos ejemplos de como las constituciones del este de Europa posteriores al año 1989 han recibido también las experiencias prácticas y la doctrina de los países de Europa occidental. Por lo demás, el paradigma de las etapas textuales no es sólo un proceso formal, en otras palabras, *externo*, sino que por medio de los nuevos textos se hace visible una parte de la realidad constitucional de otros Estados constitucionales (más antiguos), produciéndose una recepción creativa.

*Quisiera pedirle que se detuviera un momento en la relación entre el derecho constitucional y el contexto cultural. ¿Debe entenderse esa relación como complementaria, también, de la condición del derecho comparado como quinto método de interpretación? ¿El derecho comparado, aislado de ese contexto cultural, de la sistemática del ordenamiento y de la realidad del derecho constitucional vivo, no puede resultar distorsionante? Me permite ponerle un ejemplo propio, relacionado con la sistemática constitucional: en España se han recibido planteamientos relativos al concepto de reserva de ley como reserva de Parlamento o reserva de procedimiento legislativo, procedentes del derecho alemán. No se ha tenido en cuenta, sin embargo que esos planteamientos eran coherentes en un sistema jurídico como el alemán que carece de fuentes con valor de ley (decretos-leyes o decretos legislativos), pero que resultaban inconsistentes en un sistema como el nuestro en el que la mera existencia de esas fuentes con valor de ley obligaba a buscar otros fundamentos de la reserva de ley. No todas las instituciones tienen el mismo significado en todos los países, pero no siempre el comparatista introduce ese elemento en su reflexión.*

En 1982 emprendí un primer intento programático de conformar la teoría de la constitución como una ciencia cultural. Ello

recurriendo a los debates de la época de Weimar, en particular a Hermann Heller, aunque también a otros grandes autores, como Max Weber o Gunter Holstein. Lo que se pretende decir es lo siguiente: las normas constitucionales no pueden interpretarse de manera, por así decirlo, autónoma, sólo *en sí y de por sí*, sino que deben situarse, desde el principio, en su contexto cultural. Debemos ser sensibles al contexto cultural. Rudolf Smend escribió ya tempranamente: aunque dos constituciones expresen lo mismo, no por ello quieren decir lo mismo. Esto debe fundamentarse ahora en relación con la ciencia cultural. Así, acaso tenga la libertad de prensa en Alemania un contenido algo distinto que en España, debido al especial temperamento de los *líderes de opinión* españoles.

*Siguiendo con la relación entre constitución y cultura, ¿cómo afrontaría usted una crítica formalista desde el punto de vista metodológico? ¿Cree que esta perspectiva puede llegar a disolver los aspectos normativos (para algunos, los únicos estrictamente jurídicos) dificultando el análisis jurídico-constitucional?*

No debe temerse, en mi opinión, por una *disolución de la Constitución* como ocasionalmente se ha afirmado (inicialmente por Ernst Forsthoff), como consecuencia de esa apertura del Derecho constitucional a la cultura, más bien lo contrario. Hace posible una fundamentación a partir de la cual debe procederse de manera disciplinada y controlable racionalmente. La sociedad abierta necesita alimentación cultural. La sociedad abierta en el sentido del concepto de Popper estaría literalmente sin suelo y sin fondo si no consigue una cimentación cultural. Las investigaciones americanas sobre el concepto de “cultura política” han abierto aquí los primeros caminos. Lo que yo he hecho es aplicar la cultura en un sentido material a los textos constitucionales, como he mencionado, y creo que se puede verificar la existencia de estructuras internas básicas.

*La crítica formalista no ha estado ausente en la valoración de su teoría sobre la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”*

(Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten 1975). Usted mismo sale al paso de las objeciones relativas a la posible afectación a la unidad de la Constitución. Quisiera pedirle que expusiera brevemente la tesis y la respuesta a esas objeciones.

En 1975 aventuré el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Con ello se quería expresar lo siguiente: quien tiene relación con las formas, participa también, de manera consciente o inconsciente, en su interpretación. El ciudadano que interpone un recurso de amparo, el partido que promueve un proceso ante el Tribunal Constitucional, influyen finalmente en la interpretación de las normas constitucionales. Le puedo poner un ejemplo especialmente preciso: el papel de la concepción propia de los intérpretes y los titulares de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido en cuenta (por primera vez en E 24), la *concepción propia* de las Iglesias y sociedades religiosas, para la interpretación de los artículos 4o. y 140 GG. Yo extendí esos planteamientos a otros derechos fundamentales y los generalicé finalmente. Hoy se defiende usualmente en materia de libertad de asociación y, sobre todo, de libertad artística y científica. Los juristas han tenido, a menudo, grandes dificultades para la interpretación de la libertad artística. Piense usted en la delimitación de la pornografía o en el enjuiciamiento del famoso cuadro de Georges Gross en los tiempos de Weimar: “Cristo con la máscara de gas”, que hoy se considera una obra clásica. Los juristas tienen que atender, en la interpretación de la libertad artística y científica, a lo que el propio artista ha creado en el ámbito artístico y científico. Esto es para mi una muestra de la interpretación constitucional en sentido amplio, sobre la base de un concepto amplio de arte y de cultura, como el que propusiera a finales de los años setenta el gran artista J. Beuys. Ocasionalmente se podrá objetar que con esto se pierde en seguridad jurídica. En la medida en que pueda controlarse, de manera racional, esa atención a la autocomprensión de los creadores y los receptores de arte, no hay que temer un peligro para la “fuerza normativa de

la Constitución” en el sentido de mi maestro, Konrad Hesse. En todo caso, los juristas no tienen el monopolio definitivo en el arte de la interpretación constitucional. La perspectiva del desarrollo histórico del Estado constitucional enseña como todas las fuerzas políticas y los grupos sociales o grandes figuras como Nelson Mandela en Sudáfrica, han realizado aportaciones creativas. Hermann Heller, lo formuló en relación con una frase de Goethe: la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla viva”.

*Una cuestión que preocupa a muchos constitucionalistas en nuestro país, es el crecimiento desproporcionado (desde el punto de vista de su legitimidad democrática por contraposición a la legitimidad que dan las urnas) de la capacidad de influencia de los medios de comunicación en relación con los partidos políticos y con los legítimos representantes de los ciudadanos. Volveremos sobre ello más adelante. Tan sólo quisiera plantearle ahora la interrogante *¿La capacidad de interpretación, incluso constitucional no depende también, en gran medida, de la capacidad de influencia social que se tenga?* Con esta reflexión no pretendo criticar su tesis, sino tan sólo dar cuenta de los peligros que encierra una ampliación de la legitimación para interpretar en una sociedad en la que los poderes privados cuentan con bastante capacidad de acción, mientras que se les exige muy poca responsabilidad (lo cual no quiere decir que esa ampliación no se haya dado ya en la realidad fáctica). Esta es una cuestión que tiene mucho que ver con el entendimiento del pluralismo y el equilibrio entre democracia como expresión de la voluntad de la mayoría y democracia como expresión del pluralismo. Si el pluralismo en la interpretación constitucional no se basa en un auténtico pluralismo de los agentes sociales y, en especial, de los medios de comunicación, *¿no cree que, aunque el pluralismo de los intérpretes constitucionales no produzca una disolución de la unidad de la Constitución sí puede dar lugar a una reconstrucción de la misma por aquellos que tienen una posición dominante en los medios de comunicación?* *¿Cómo se puede garantizar la efectividad del pluralismo?**

Aborda usted, de nuevo, un tema central. El Tribunal Constitucional Federal ha establecido, especialmente en el campo de la radio y la televisión, la excelente diferenciación entre pluralismo externo y pluralismo interno. *Pluralismo externo* significa que las empresas privadas de radio y televisión se mantienen recíprocamente a raya gracias a la competencia, porque los mercados son abiertos. Quizá se trata de un modelo algo idealista, pues ahora se observa la existencia de una concurrencia en negativo: la pérdida cultural en el campo de la televisión privada es enorme. En Italia es especialmente grande en Alemania, la televisión privada es casi incomestible. Respecto de la televisión pública, el Tribunal Constitucional Federal, partiendo de su primera sentencia sobre la televisión (en E 12) ha desarrollado, en ocho sentencias, el concepto de pluralismo interno: la idea de que la completa pluralidad de grupos sociales, opiniones e intereses, independientes del Estado, debe estar representada en la televisión. Este modelo funciona relativamente bien, y debo añadir que la Constitución de Baviera ha incorporado, mediante revisión, el pluralismo interno. Esta es una nueva confirmación del paradigma del nivel de los textos: una sentencia judicial termina convirtiéndose en texto constitucional. También respaldo yo la idea de servicio público: puesto que la televisión tiene una tarea cultural fundamental hay una garantía de existencia y desarrollo de la televisión pública que, por cierto, a veces cae en el peligro de una *autocomercialización*.

Me habla del desequilibrio entre los medios de comunicación. Aquí podemos observar un creciente déficit, en particular en el campo de los grandes grupos periodísticos. Los medios regionales disminuyen y hay, cada vez más, grandes consorcios de medios de masas. Usted sabe que en Alemania el periódico *Bild* de Hamburgo consigue las mayores ventas. No tiene, sin embargo, ciertamente, el nivel cultural más alto. Aquí se abren, ante todo, en atención a una *democracia cultural* como dice la nueva Constitución de Sudáfrica, nuevos problemas. Resulta tranquilizador, pese a todo, que el canciller Federal Kohl, a pesar de las críticas unilaterales de los medios y de grandes cadenas de televisión, sea ree-

lecto una y otra vez. En otras palabras: hay felices ejemplos de que un jefe de gobierno que ha prestado grandes servicios en el ámbito de la reunificación alemana y en el europeo, puede imponerse incluso contra la mayoría de los medios de comunicación.

*Por último, y para terminar con este apartado, me gustaría profundizar en un aspecto que no es estrictamente metodológico, aunque tiene una influencia determinante en las cuestiones metodológicas. Se trata de la concepción de la Constitución como Constitución del pluralismo. Me gustaría que se detuviera un momento en esta cuestión. Le agradecería también una referencia singular al significado de la institución del voto particular como manifestación de una concepción pluralista en el ámbito de la jurisdicción. Por último, para avanzar más en esa línea y puesto que estamos entrando en instituciones que son también una garantía de la independencia de los tribunales, le pediría una opinión sobre el sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal en Alemania.*

Entender la Constitución como pluralismo, presupone la clarificación del concepto de *pluralismo*: es la representación de un diversidad de intereses e ideas. Esta teoría constitucional pluralista rechaza, por tanto, todo lo que podemos caracterizar con la palabra *fundamentalismo* o como Estado totalitario. Esta pluralidad no es sólo empíricamente dada, sino también continuamente replanteada. Tenemos que promulgar leyes pluralistas, por ejemplo, en el campo de los medios de comunicación o en el campo económico: tenemos que organizar la libertad de información de manera pluralista, lo que resulta especialmente difícil; y tenemos que procurar que en el gremio de los magistrados constitucionales el pluralismo de la Constitución tenga su continuación en el aspecto personal. La fundamentación teórica de la Constitución del pluralismo hay que buscarla en Popper. La idea de la sociedad abierta podemos tomarla de él. Lo que en Popper falta, sin embargo, es el principio científico-cultural: toda sociedad abierta necesita un consenso cultural fundamental, que hace posible la apertura y la

cohesiona. Así, acaso sean muestras de ese consenso cultural fundamental en Suiza la adhesión al juramento de Rutli de 1291, la adhesión a la democracia, a la república y, ante todo, a la división federalista del poder. A pesar de sus diferencias idiomáticas, los suizos tienen una voluntad nacional. Suiza ha experimentado de manera ejemplar, como se puede practicar el pluralismo en cuanto diversidad, también de grupos étnicos, en el marco global de un único Estado constitucional.

Que la Constitución del pluralismo se realice no puede ser ordenado desde arriba, puede ser tan sólo apoyado desde los parlamentos, los tribunales constitucionales y la comunidad científica. La Constitución del pluralismo comienza su vida en los fines educativos, en las aulas escolares, pero al fin y al cabo, tiene que ser vivida por todos los ciudadanos, los partidos políticos y los grupos privados. Las asociaciones culturales tienen aquí un especial significado en todos los campos, tanto si se trata de academias como de círculos económicos o de sociedades sobre Goethe o sobre Lessing, le dan un impulso decisivo a la vitalidad de la Constitución del pluralismo. La democracia interna de los partidos, está expresamente establecida en el artículo 21.1 párrafo tercero de la Ley Fundamental y nosotros hablamos de una “analogía democrática”. Sin embargo, debemos retener que el hombre no vive sólo de democracia. La democracia es la forma estatal que se corresponde con la dignidad del ser humano, pero tiene que haber también ámbitos en los que el principio democrático no pueda ser la máxima de organización dominante, pues en caso contrario se produciría una nivelación en todos los sectores culturales de los ciudadanos (por ejemplo: iglesias, orquestas).

Respecto de la cuestión del voto particular hay que decir, ante todo, que esta institución tiene una especial importancia en los tribunales constitucionales. La praxis de los votos particulares en el Tribunal Constitucional Federal, desde 1970, los ha acreditado. Le pongo un ejemplo: al igual que en USA, existen muestras de como un voto particular termina convirtiéndose, con el tiempo, en mayoría en el Tribunal Constitucional Federal. Así, acaso,

la gran magistrada constitucional Rupp-von Brunneck, defendió tempranamente (en E 32) la concepción de que los derechos a la protección social son *propiedad* en el sentido del artículo 14 GG. Tras muchos años, el Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado en su Sala primera por esa posición. Cuando la interpretación constitucional se concibe como un proceso abierto, entonces se manifiesta el voto particular como *jurisprudencia alternativa*, como un fragmento de pluralismo en el plano de la jurisdicción constitucional. Sirve de base la idea de la comprensión de la Constitución como un proceso abierto. Estoy especialmente contento de que ahora, como muestra del paradigma de la evolución gradual de los textos, su gran Constitución de 1978, haya previsto expresamente la posibilidad del voto particular en su artículo 164, mientras que en Alemania se había introducido por medio de una simple ley federal (artículo 30 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). En Italia se discute actualmente la posibilidad de introducir el voto particular. Los tres últimos presidentes de la Corte Constituzionale en Roma me han preguntado por las ventajas e inconvenientes del voto particular, y yo siempre he abogado por él. Ciertamente, es necesario un uso prudente de este instrumento: un voto mayoritario no debe disolverse en muchos votos particulares. El magistrado constitucional tiene que esforzarse en no presentar permanentemente votos particulares (*self restraint*). Mi gran maestro Konrad Hesse consiguió que sus votos conformaran siempre la mayoría, sin ningún *dissentig vote*, un arte especial. Con gran alegría recibí la semana pasada el último voto particular del magistrado Cruz Villalón, que es corto y preciso. Los votos particulares no deben ser excesivamente locuaces, pero tienen que tener un despliegue de fundamentación intelectual especialmente elevada y aquí juega el método de interpretación comparatista un papel especial, como se puede constatar.

En relación con su pregunta sobre la elección de los magistrados constitucionales, hay que comenzar diciendo que la influencia de los partidos en los procesos de nombramiento de los magistrados de los órganos jurisdiccionales superiores es dema-

siado fuerte, aunque esto no se suele poner sobre la mesa, desgraciadamente, con la necesaria sinceridad. En Alemania es hoy casi imposible llegar a juez federal sin carnet de partido. También los *puestos* de magistrados constitucionales federales se reparten hoy proporcionalmente entre los partidos políticos. En ese aspecto, lamentó que hasta ahora no se haya nombrado a ningún magistrado de los partidos ecologistas, pues los otros partidos se han repartido todas las plazas. Ciertamente, una vez elegidos, los magistrados del Tribunal Constitucional Federal son independientes. Sin embargo, debería tenderse a incorporar en Karlsruhe a todo el espectro que sea representativo de la comunidad política. Por tanto, aunque se puede afirmar con rotundidad que, hasta ahora, a la República Federal le ha ido tan bien como pudiera pensarse en este tema, se puede constatar ese pequeño defecto, como es que los partidos acaparan todos los puestos para sus magistrados constitucionales. Konrad Hesse fue el último de los llamados magistrados neutrales, que no estaban políticamente vinculados de manera especial a ningún partido. Siempre hay nuevas propuestas sobre como debería modificarse el sistema de elección. Sería pensable orientarse hacia el modelo italiano. Hasta ahora un tercio de los magistrados es propuesto en Italia por el presidente de la República. Es conocido que magistrados excepcionales son nombrados por este sistema y no por los partidos políticos: ejemplo de ello son el magistrado Baldassarre y recientemente el colega de Turín, Zagrebelsky, del contingente del presidente de la República. Se puede objetar, sin embargo, que nuestro presidente es demasiado débil en lo que a sus competencias se refiere para poder proponer a magistrados constitucionales. Otro modelo posible sería el de las vistas preliminares. Este modelo es el de USA. Recuerdo un viaje a USA en 1971, cuando el país entero debatía sobre el modo y manera en que el Senado americano preguntaba a los candidatos al Tribunal Supremo sobre su *filosofía del derecho*. Este modelo se ha implantado ahora entre nosotros en la nueva Constitución de Brandenburgo, donde los candidatos tienen que someterse a una vista pública. Sé perfectamente que este modelo tiene también in-

convenientes y que depende mucho de la cultura de la opinión de pública que tales audiencias públicas sean o no recomendables. Debemos esperar a ver el funcionamiento práctico de este modelo en Brandenburgo. En cuanto a la propuesta, que suena por ahí, de que el Tribunal Constitucional Federal se complete a sí mismo mediante cooptación de los magistrados constitucionales, me manifiesto decididamente en contra. Faltaría legitimación democrática y, a pesar de todas las críticas a ciertos aspectos del Estado de partidos: no hay ninguna alternativa a los partidos políticos, que representan entre sí, respectivamente, las alternativas.

*Pasamos ahora a otro bloque de cuestiones relativas a la proyección europea, así como a su muy afortunado concepto de “derecho constitucional común europeo”. Se trata de un planteamiento que ha obtenido un eco inmediato extremadamente positivo. Me gustaría que hiciera una breve referencia al mismo.*

Como transfondo de la idea expresada por mí, por primera vez en 1991, del “derecho constitucional común europeo”, puede mencionarse la teoría de Josef Esser que, como privatista, formuló la concepción del carácter “principial” del derecho, con referencia a Hermann Heller. Criticó también, como privatista, de manera impresionante, el definido por él como “monopolio estatal” de las fuentes del derecho. El año 1789, con su correspondiente idea de “nación” eliminó todos los valores jurídicos comunes europeos de un golpe, aunque los siglos anteriores estaban llenos, también en el recurso al derecho romano, de ejemplos de ius europaeum. En mi opinión hoy ha sonado ya la hora del derecho constitucional común europeo, que no comprende sólo principios escritos sino, ante todo, principios no escritos. Puedo ponerle ejemplos: derecho constitucional común europeo se encuentra en la dignidad humana, la división de poderes, el principio de Estado de derecho, el principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad, la democracia.

*En el campo específico de los derechos fundamentales, ese derecho común tiene una incidencia posterior en los ordenamientos nacionales no sólo directa sino también indirecta por medio de cláusulas interpretativas como la que se incorporó al artículo 10.2 CE. Sobre ella ha manifestado usted una opinión positiva. Sin duda, la confluencia hacia un nivel superior de protección de los derechos es un elemento esencial de ese derecho constitucional común europeo. Quisiera, sin embargo, plantearle una interrogante: el peso trascendental que tienen los juristas en la formulación de los principios comunes en esta materia no se ve acompañado, como en el ámbito interno, de una política promovida por el legislador de los derechos fundamentales. Ese desequilibrio no podrá ser compensado en el futuro con la existencia de un legislador europeo, pues, como usted señala, no hay perspectivas de creación de un Estado europeo (más allá de las fórmulas institucionales propias del ámbito territorial más limitado de la Unión Europea). ¿Cree que pueden existir otros mecanismos de compensación que superen un derecho tan exclusivamente pretoriano?*

Ciertamente, el concepto de derecho constitucional común europeo debe entenderse también bajo el aspecto de la subsidiariedad: no podemos, en cierto modo, deducirlo de un cielo idealista de conceptos, sino que tenemos que tomar en serio su condición de principio abierto y remitirnos al derecho constitucional común europeo allí donde falten principios jurídicos o estén necesitados de desarrollo. Aquí le corresponde un especial papel, de nuevo, al método de la comparación jurídica como quinto método de interpretación. Me es conocido que la Corte Constitucional italiana, antes de decidir en procesos importantes, una y otra vez compara, por medio de sus colaboradores, como se conciben las cuestiones planteadas, por ejemplo, en cuanto a la libertad de información en otros países de Europa. El ideal de Constitución pluralista de los medios, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal, contiene elementos del derecho constitucional común europeo en confluencia con los principios incorporados a la Constitución española y los recogidos en la jurisprudencia de

la Corte Constituzionale de Roma, junto con algunos ejemplos de los textos constitucionales de Europa oriental.

El derecho constitucional común europeo es, en parte, derecho judicial o pretoriano, como usted dice, pero en parte lo encontramos ya en los textos constitucionales, acaso también en la Carta Social Europea, en parte reconocible, en formación, en la comunidad científica europea. No hay que olvidar al legislador democrático, cuyo papel he descrito antes, acaso en el ámbito de la ingeniería genética: aquí son pertinentes también las recomendaciones del Consejo de Europa. Una parte del derecho constitucional común europeo debe ser desarrollada por la función de conformación del legislador. En el ámbito de la introducción de los *ombudsmen*, pueden señalarse las buenas propuestas que ha presentado el Consejo de Europa; hay una Conferencia de los *ombudsmen* europeos, hay también propuestas desde la ciencia y una y otra vez, los parlamentos nacionales se hacen eco, en las nuevas leyes, mediante la comparación jurídica, de concepciones jurídicas que existen inicialmente sólo de manera *sutil*, si se quiere, como formas platónicas previas del derecho constitucional común europeo.

*Entramos ya en el terreno más reducido de la Unión Europea. Lo que Europa se está jugando en su proceso de integración, es su propia existencia como entidad económica y política capaz de participar en los procesos de recomposición de las estructuras productivas a nivel mundial. No parece haber, por tanto, alternativas a la integración, aunque sí alternativas en la integración. Es ahí donde sin intentar poner obstáculos, pero sin cerrar los ojos a los mismos, quisiera abrir algunas cuestiones. La primera de ellas respecto de la posibilidad de mantener una situación permanente de transición como la que se da en la fase actual de integración europea: ¿cree usted que es necesario un acto constituyente, una Constitución europea que culmine la integración, o por el contrario, es partidario de una situación de tensión constitucional que haga de contrapeso al incremento de los poderes de la Unión que*

*podría provocar ese acto constituyente (de acuerdo, por ejemplo, con las tesis de un J. Weiler)?*

Me pregunta por la alternativa entre elaborar una *gran Constitución* para Europa o un proceso más lento de integración. Aquí debemos, ante todo, preguntarnos por las condiciones culturales de un proceso constituyente. La cultura y el derecho *hacen* la cultura jurídica europea. Una condición cultural previa es, por ejemplo, la existencia de una opinión pública europea. En mi opinión hoy existen formas previas de una opinión pública constitucional en Europa. Por ejemplo, la opinión pública europea vive ya en el arte y la cultura en Europa. Pienso no sólo en la cadena televisiva Arte sino también en el vivo intercambio de museos, exposiciones y conciertos. Europa existía ya como cultura desde hace mucho y podemos hablar de una opinión pública cultural de Europa. En el tratado de la Unión Europea encontramos ya formas previas de una opinión pública política en la medida en que en el artículo sobre los partidos se dice que los partidos políticos, en el plano europeo, tienen que promover la conciencia europea. También el *ombudsman* europeo, el derecho de sufragio municipal para los ciudadanos europeos y, naturalmente, el Parlamento europeo, son, en mi opinión condiciones previas suficientes para la elaboración de una Constitución europea. Ciertamente tenemos que preguntarnos, de manera crítica, lo siguiente: una mirada al taller de las constituciones del Estado nacional en el pasado y en la actualidad nos muestra como cada constituyente ha tenido que esperar *la hora* del poder constituyente. Así Polonia desaprovechó, desgraciadamente, su primera hora posible del poder constituyente en 1989, y no la ha encontrado hasta 1997 para dotarse de una buena Constitución. Hungría no ha tenido hasta hoy una Constitución totalmente reformada, mientras que otros países como Eslovenia o Chequia han podido tener, de un tirón, una nueva Constitución. Usted conoce la famosa disputa entre Thibaut y Savigny en el año 1815: sobre si la hora de un código civil alemán había llegado o no. Ese debate es paradigmático más allá del dere-

cho civil: nosotros tenemos que preguntarnos si la hora del poder constituyente ha llegado a Europa o si haríamos mejor en promover, fragmento a fragmento, una constitucionalización parcial. Podría ser que, atendiendo a las turbulencias económicas y bajo los especiales ajustes actuales, no haya llegado todavía la hora de un poder constituyente global para Europa. Podría objetar contra mí mismo: precisamente cuando la integración europea se estanca, necesita el valor de una *utopía concreta* en relación con Europa. En este tema me siento todavía inseguro y puesto que, de todos modos, muchas de sus preguntas son mejores que mis respuestas, tengo que dejar esta cuestión hoy abierta.

*Me voy a situar en la hipótesis deseada de una intensificación del proceso de integración, sea cual sea la formulación que finalmente cristalice. Permítame que le exprese algunos problemas que pueden surgir de la acumulación de asimetrías (por utilizar una expresión muy utilizada en nuestro país) que se produce actualmente en la Unión. Comenzando por la primera: cómo hacer compatible el respeto a los intereses de los países territorialmente más reducidos con un proceso de integración en el que finalmente se consagre una representación europea que se corresponda plenamente con el criterio de la población. ¿Habrá que ir quizás a una estructura federal similar a la de Estados Unidos?*

Me pregunta por la asimetría, sobre la cual le hago las siguientes reflexiones: ante todo, es interesante que en Suiza se haya desarrollado la idea del llamado federalismo diferenciado y paralelamente entre ustedes se esté produciendo el debate sobre el *regionalismo asimétrico*. Podemos ver felizmente en el derecho europeo actual como, por ejemplo, la Presidencia del Consejo Europeo pasa, de manera igualitaria, de los países grandes a los pequeños y a la inversa: en otras palabras, actualmente y durante medio año la Presidencia de la Unión Europea la tiene el *minúsculo* país de Luxemburgo. Esta es una buena disciplina para los Estados con grandes superficies como Francia, España o Alemania. Quizás po-

dría seguirse el modelo del Senado americano, según el cual en una eventual segunda cámara cada país tendría el mismo peso, porque así podríamos preservar la pluralidad en la unidad de Europa. No me gustaría que un pequeño país, después de la ampliación hacia el Este quizá Estonia o Eslovaquia, pudiera ser aplastado por un gigante como la Alemania reunificada. En Suiza existe también un Consejo Permanente en el que cada Cantón, sea grande o pequeño, tiene dos votos.

*Sigamos con las asimetrías. Países con una descentralización muy consolidada, frente a estructuras fuertemente centralistas. ¿Es posible una articulación coherente de esas estructuras tan diversas? ¿Qué papel puede jugar un Comité de las Regiones que integra entidades tan diferentes en su seno?*

Para mí, el Comité de las Regiones es un buen comienzo institucional. Ciertamente tiene sólo, de momento, funciones consultivas, pero me alegra de que sean españoles, últimamente de Cataluña, los que están desarrollando un importante papel en el Comité de las Regiones, porque ellos podrían, en mi opinión, desarrollar de manera prudente las competencias del Comité. Podría pensarse en un derecho propio de queja para las regiones europeas pudieran dirigirse directamente la TJCE en Luxemburgo. Sería funesto que bajo el techo de Europa pusiéramos en cuestión la diversidad de sus miembros: Europa se constituye como una pluralidad de países diferentes. No olvidemos a Suiza, la cual es un fragmento clásico de la vieja Europa: por su federalismo, su libertad lingüística, su tolerancia de las diferentes culturas, forma un modelo para Europa en pequeño. También el federalismo y la democracia semidirecta son motivos para que Suiza vuelva, a largo plazo, de alguna manera, hacia Europa.

*Por último, para terminar con las asimetrías y también con el tema de Europa: monarquías frente a repúblicas. Usted se ha ocupado recientemente de este tema (Monarchische Strukturen und Funktio-*

nen in europäischen Verfassungsstaaten —eine vergleichende Textstufen-analyse, 1994—). *Como quiera que el interés por el mismo resulta evidente en nuestro país, me gustaría que comentara las conclusiones a las que ha llegado.*

Unas palabras sobre esta cuestión de las estructuras monárquicas y sus funciones en el Estado constitucional europeo. Ante todo debo mencionar que soy un admirador tanto de su rey Juan Carlos I, en cuanto defensor del Estado constitucional español, como de su reina por su labor de promoción de la cultura. En Venezuela Juan Carlos I fue presentado, recientemente, como “el rey de la República de España”, una espléndida formulación, porque de ese modo el contenido objetivo de la *República*: libertad pública, bien público, que en España rigen, quedan de manifiesto; pero al mismo tiempo se dice que el titular del cargo que representa al Estado está desempeñado por su acreditado rey. Desde luego, estas tradiciones no pueden fundarse de hoy para mañana en Europa: no podrá haber nunca, por suerte, una reina o un rey de la Unión Europea. Pero no deberíamos perder de vista la importancia de una institución como el rey de España, cuanto más porque se trata de un europeísta, para el conjunto de Europa. La corona española es una joya especial en el concierto de los colores de Europa, que puede ser muy fecunda por sus especiales vinculaciones con latinoamérica.

*Me va a permitir, profesor Häberle, que pasemos a otro grupo de cuestiones para hablar un poco del derecho constitucional del siglo XXI. Con ello no pretendo que haga una predicción sobre el futuro, sino que nos aporte su reflexión sobre el presente. El impresionante desarrollo que el derecho constitucional ha experimentado (gracias, entre otras, a sus aportaciones) en materia de derechos fundamentales, no se ha visto correspondido con una elaboración tan sustancial en otros aspectos donde seguimos viviendo de conceptos que se elaboraron hace doscientos años, para una realidad socio-política radicalmente diferente. Tanto por lo que se refiere a la relación entre la sociedad y el Esta-*

*do, cuanto por lo que hace a los propios confines del Estado (o de lo público, si se quiere), así como a la estructuración orgánica del Estado, se siguen manejando planteamientos que se corresponden más con las exigencias de los procesos políticos del siglo XIX, propios de un constitucionalismo oligárquico, que con los del constitucionalismo pluralista del ya casi siglo XXI. Permítame que le sugiera algunas interrogantes sobre estas cuestiones, comenzando por las aparentes contradicciones del constitucionalismo pluralista (que podrían considerarse también como una falta de desarrollo de las consecuencias de la estructuración pluralista del derecho constitucional): ¿se puede seguir reconociendo a los poderes privados el valor de expresión del conflicto y de contrapeso de las mayorías gobernantes sin incorporar a ese valor una dimensión constitucional? Dicho en otros términos: la orientación pluralista parte del reconocimiento a la propia sociedad de una capacidad de intervención decisiva en los procesos políticos equilibrando el poder de los partidos pero, ¿pueden seguir los poderes privados (especialmente los medios de comunicación) actuando sin someterse a ningún tipo de responsabilidad como sí la tienen los partidos? ¿No nos conduce esta situación a un debilitamiento progresivo del principio democrático?*

En cierto modo, el jurista siempre llega demasiado tarde. Hegel ha expresado esta idea con una formulación plástica: “el búho de Minerva, que sólo alza su vuelo en el crepúsculo”, Por eso me produce especial inquietud tratar este tema sobre cuales sean o pudieran ser las líneas de desarrollo del derecho constitucional del siglo XXI. Sólo puedo manifestarle algunas reflexiones muy provisionales. Ante todo, debe quedar claro que el Estado constitucional debe mantenerse preparado para la reforma y apto para ser reformado. Precisamente hoy, en esta época constitucional hay grandes necesidades de recuperación en materia de reforma. Esto no sólo es válido para Alemania, sino también para muchos países europeos; así Bélgica, finalmente, tras muchas luchas, consiguió llevar a cabo una reforma constitucional en 1993, en relación con el federalismo, Italia, sin embargo, tiene infinitas dificultades para encauzar una reforma constitucional en pro de un regionalismo

efectivo. También me es conocido que incluso en España existen ciertas necesidades de reforma. Y para comenzar con mi país: en Alemania, por ejemplo, la transformación del Estado social necesita un enorme impulso en atención a las cuestiones relativas al derecho constitucional laboral: igualmente hay que decir que reformas constitucionales que hubieran sido necesarias en muchos campos, como consecuencia de la reunificación, no han sido acometidas. Usted sabe que los trabajos de la Comisión Constitucional Conjunta del Bundestag y el Bundesrat han fracasado, lamentablemente. Tenemos que estar contentos de que en la Ley Fundamental se hayan incluido referencias a la protección de los minusválidos, así como a la equiparación efectiva del hombre y la mujer, junto con otras reformas puntuales. El Estado constitucional está siempre, de alguna manera *en el camino*, se caracteriza por procesos históricos de desarrollo que finalmente están relacionados con las cuestiones relativas a la evolución cultural en su conjunto. Yo estoy profundamente preocupado, por ejemplo, por los procesos de ingeniería genética como el de la oveja *Dolly*: no sabemos todavía que desafíos inminentes presentarán a la garantía de la dignidad humana.

Menciona, con razón, la cuestión de cómo de pluralista podemos considerar al Estado constitucional y cómo podemos controlar la monopolización de los mercados o la acumulación de poder por los poderes privados como, por ejemplo, los Bancos. Le doy un ejemplo del derecho privado. El Tribunal Constitucional Federal dictó hace poco una sentencia precursora sobre la cuestión de los límites de los avales en el derecho privado. En caso concreto se constató un desequilibrio entre una ciudadana y un poderoso tomador de fianzas (un gran banco), y aquella fue liberada de sus deberes. Para mí esto es una muestra de la división de poderes y de garantía de la libertad en el ámbito privado. Hay también problemas con la subvención de la prensa y con los topes para la acumulación de mercado por los medios de comunicación privados. En otras palabras: una política del pluralismo es necesaria a lo largo y ancho de las relaciones sociales. Aquí se plantea el reto de la glo-

balización. El Estado constitucional ya no puede dominar mucho más en el campo de los medios de comunicación (piense en los problemas de Internet) su poder disminuye, si bien, antes como ahora, sigue siendo el garante de la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

Otro campo de desafío son las organizaciones no gubernamentales como, por ejemplo, Greenpeace o Amnistía Internacional. Hasta hace dos años yo era, también desde el punto de vista jurídico-filosófico, un defensor de Greenpeace, porque junto con otras organizaciones han llamado siempre la atención sobre los déficits de justicia y de atención al bien público en la sociedad abierta. Han funcionado como un sistema de alarma. Condición previa es, sin embargo, una obligación de vincularse a la verdad, en el sentido de I. Kant. Greenpeace infringió su deber de investigar la verdad: en el asunto Brent Spar, en el que hizo doblar las rodillas a un gran consorcio internacional como Shell. Posteriormente ha resultado que había realizado falsas imputaciones (Greenpeace se disculpó). Greenpeace se había ganado en poco días a la opinión pública, confirmando así la sentencia de Hegel: “en la opinión pública todo es falso y verdadero al mismo tiempo”. Como un ejemplo positivo de identidad entre opinión pública y verdad hay que mencionar el feliz acontecimiento de la reunificación de Alemania. Todos los elementos del Estado constitucional fueron durante semanas objeto de las pacíficas manifestaciones en la antigua DDR. Sólo una constitución pluralista óptima de la opinión pública es también una garantía para el desarrollo de la Constitución del pluralismo. Aquí tienen los instrumentos jurídicos sólo posibilidades parciales de garantía. Los recursos de los juristas no pueden sobrevalorarse, tenemos que ser modestos. Finalmente dependerá de los ciudadanos, de sus virtudes de tolerancia, de su disposición para interiorizar el pluralismo, de su respeto a la dignidad de los otros, de su orientación a la protección del medio ambiente, como se formula en los fines educativos de las Constituciones de los *Länder* del este de Alemania.

*En relación con la cuestión anterior, pero también respecto de otros problemas que ya hemos tratado (como es el caso de los derechos fundamentales en el Estado social), la pretensión creciente de reducir el margen de maniobra del Estado, la privatización progresiva de lo público *ino* nos conduce a una situación aun más contradictoria con el principio democrático cuando las funciones estatales sean desarrolladas por instituciones privadas a las que no se les puede exigir responsabilidad desde ese principio democrático? En todo caso, quisiera también que expusiera su reflexión personal sobre los límites de esa pretendida y progresiva privatización del Estado.*

El espíritu de la época exige hoy casi en todos los Estados constitucionales una intensa y extensa privatización. La privatización es ciertamente un instrumento legítimo y también en muchos campos recomendable para el caso de empresas o sectores económicos estatales ineficientes. La privatización supone que se abren al mercado nuevos ámbitos pero, con todo respecto a los específicos rendimientos del mercado, tienen que recordarse los límites de la economía de mercado y de la privatización. Un límite de la economía de mercado está ya formulado en su responsabilidad social y ecológica, como queda de manifiesto en algunas Constituciones de los *Länder* del este de Alemania. Recuerde usted que, en el sentido del paradigma de la evolución gradual de los textos, la nueva Constitución de Etiopía (1994) ha convertido en principio constitucional en uno de sus preceptos el concepto de “desarrollo sostenible” de la Conferencia de Río de Janeiro (1992). La protección del medio ambiente es un límite del mercado y de la privatización. Pero hay otros límites, ante todo en el ámbito cultural. El campo del patrocinio cultural está siendo muy debatido actualmente en Alemania. En el marco de las crecientes necesidades públicas de financiación, se están reduciendo funciones culturales de la Federación, de los *Länder* y, sobre todo, de los municipios, de tal manera que muchas instituciones culturales pasan a ser financiadas por círculos económicos privados. Se habla así de *Kultursponsoring*. Me pregunto si no deben marcarse

aquí fronteras. Precisamente en el ámbito municipal existe el “derecho csupeditación a los deseos de los patrocinadores privados, significa yonstitucional cultural municipal”, concepto propuesto por mi en 1979 y convertido hoy en patrimonio general: los municipios no pueden desprenderse de todas sus funciones culturales, pues la economización de estos campos culturales, su a un peligro para la diversidad cultural y para la libertad cultural. Es un caso afortunado, por ejemplo, que en Frankfurt/M, se haya creado por la ciudad el puesto temporal de escritor y nada menos que la más grande poetisa alemana actual, Sarah Kirsch, pueda crear libremente sus poesías.

*Siguiendo con el tema planteado, dejamos ahora los poderes privados, o al menos así definidos, y pasamos al nivel de la reordenación de las instituciones. La concepción pluralista del derecho constitucional, ha llevado a una proliferación de instancias autónomas, así como de instancias arbitrales que contrapesan el poder de las mayorías: paradigmático es el caso de los bancos centrales, en cuanto instituciones públicas cuyas decisiones (como las de otras instituciones similares tienen una gran incidencia sobre la vida de los ciudadanos pero que actúan con plena autonomía y sin que se les pueda exigir responsabilidad política alguna. Esta es una gran paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: instituciones estatales con gran capacidad de maniobra política (por más que se pretenda ocultar la naturaleza política de sus decisiones caracterizándolas como puramente técnicas) no están sometidas a las condiciones de responsabilidad propias de las instituciones democráticas. ¿No estamos llevando la ordenación constitucional hacia un cierto enfrentamiento entre democracia (democracia pluralista, sin embargo) y pluralismo, quizá por no haber extraído todas las consecuencias que se derivan de esa ordenación pluralista?*

Sobre la cuestión de la legitimación de los bancos estatales independientes, el modelo alemán, del Bundesbank, que ha realizado una aportación muy positiva en los últimos decenios con su política de estabilidad, es fuertemente criticado en la actualidad en

Francia. Intelectuales franceses han hablado del “sistema Tietmeyer”, para criticar la política de estabilidad con vistas al Euro. En la doctrina se ha discutido mucho cómo se legitima el Bundesbank en la estructura de las funciones estatales: ¿es un quinto o sexto poder tras los Tribunales de Cuentas independientes? Los Tribunales de Cuentas tienen en Alemania una independencia similar a la del Poder Judicial. Están legitimados porque sus miembros son elegidos por el gobierno o el Parlamento. Forman una instancia independiente y se han acreditado en Alemania de manera creciente. En mi opinión, en el Estado constitucional existe la posibilidad de crear estas instancias independientes en determinados ámbitos, a pesar de que su legitimación democrática y su relación de responsabilidad sea indirecta. El Consejo del Banco Central en Alemania es nombrado por el gobierno federal y los correspondientes gobiernos de los *Länder*. Los gobiernos de los *Länder* y el federal están a su vez, democráticamente legitimados. Se trata de una institución independiente, pero conocemos ya la relativización del principio democrático que supone el Poder Judicial. Los jueces alemanes son nombrados para el cargo de por vida (hasta los 65 años). Suiza tiene un modelo completamente diferente. Allí los jueces son elegidos para un tiempo y, por lo común, reelegidos. También se conoce ese modelo en USA. Por tanto: no podemos emplear el principio democrático sólo en la *pura* variante rousseauiana, sino que en ámbitos puntuales, pueden permitirse también instituciones que sean elegidas para un plazo largo. Por lo demás, es válida la hermosa frase de nuestro primer y más significativo presidente federal Theodor Heuss: la democracia es “sobranía sometida a término”.

*Dentro de este bloque de cuestiones relativas a las posibles incongruencias entre el derecho constitucional actual y las exigencias de estructuración constitucional de la sociedad desde el principio democrático, habría que plantearse también que se debe hacer, o que se puede hacer en el interior de los propios procesos políticos. iQué líneas de*

*actuación podrían abordarse para dotar de mayor dignidad a la vida política?*

Los niveles de dignidad y de ética en el campo político dependen mucho de la cultura política de cada pueblo. En relación con Alemania hay que decir, en sentido positivo, que en varios casos espectaculares, la presión de la opinión pública sobre políticos en activo, cuando han faltado a un mínimo de ética y de corrección, ha resultado eficaz para provocar su dimisión. Recuerdo el caso B. Engholm, era candidato a canciller del SPD, y tuvo que dimitir por haber mentido al Parlamento del *Land* Schleswig-Holstein. Dos presidentes de gobierno, desgraciadamente de *Länder* del sur de Alemania, Baden-Württemberg y Baviera, tuvieron que renunciar anticipadamente a su cargo porque, al parecer, habían aceptado ventajas personales, por ejemplo, en forma de viajes de vacaciones privados. La crítica de la opinión pública fue tan poderosa que tanto Streibl como Späth dimitieron. En Inglaterra observamos un puritanismo quizás exagerado. Ciertos políticos tienen que dimitir rápidamente por faltar al decoro y a la moral en ámbitos muy personales de su vida privada. Lo mismo vale para USA. En este aspecto no sería yo tan riguroso, ¡a pesar de que soy protestante!

En Alemania se habla a menudo de *crispación política*. Me es conocido que también en España hay cierta inclinación de determinados círculos a criticar a los representantes de los partidos políticos de manera parcial o con un juicio exclusivamente negativo. Ciertamente, tiene que haber un mínimo de ética en la vida política. Pero no podemos desconocer que los políticos se dedican a la *res pública*, a menudo con grandes sacrificios personales. Desde luego, los políticos se ven tentados una y otra vez en el marco de la financiación irregular de los partidos. Aquí hay un enorme déficit de reformas. Pienso, por ejemplo, en Italia, aun cuando allí se ha encauzado algo por el buen camino. El aprendizaje de un comportamiento correcto en el debate político comienza ya en las escuelas, en los fines educativos como, por

ejemplo, la tolerancia. En mi opinión, la joven democracia española, que es ya un caso afortunado en Europa, ha mostrado cuanto se puede construir en pocos años en cultura política. He observado también con gran pesar que quizás en los últimos tiempos algo parece marchar sin timón y que algunos medios han criticado, de forma altamente injusta a su anterior presidente F. González, antes de las últimas elecciones. A pesar de todo: necesitamos una opinión pública crítica. El precio de la democracia consiste precisamente en que tengamos libertad de expresión y de prensa tan amplia como sea posible, aun cuando ocasionalmente los sacrificios sean altos. No existe, en principio, alternativa.

*Antes de terminar esta entrevista, me va a permitir que haga una breve referencia al Poder Judicial. La combinación entre actuaciones judiciales y presión periódistica se ha revelado capaz de derribar provocando cambios de mayorías. La capacidad de influencia política de jueces que tienen bajo su jurisdicción casos con especial relevancia puede llegar a ser extrema. En nuestro país, algunos de estos jueces no se limitan a desarrollar sus funciones jurisdiccionales sino que están permanentemente en las primeras páginas de los periódicos, e imparten conferencias en las que realizan críticas severas al sistema político y al Parlamento o al gobierno, por ejemplo. Es sintomático que ese fenómeno no dependa de la trascendencia de los casos (los llamados “casos estrella” en España) sino de la actitud misma de los jueces y de la prensa, como lo demuestra el hecho de que en muchos casos absolutamente relevantes, el nombre de los jueces que instruyen es prácticamente desconocido por la opinión pública. Por otro lado, no se puede obviar tampoco el profundo significado que sigue teniendo el Poder Judicial como instrumento de control en relación con los casos de corrupción. La pregunta es, teniendo en cuenta estos antecedentes y otros que usted ya conoce en Francia e Italia, por ejemplo, ¿no sería necesario equilibrar la función de control de los jueces con los controles sobre los propios jueces que evitaran una utilización del cargo en el sentido en que antes se ha mencionado?*

Me pregunta por la posición del tercer poder en una perspectiva comparada. Aquí tendríamos que diferenciar: por un lado debe mencionarse que el tercer poder ha desarrollado actuaciones muy positivas en algunos países de la vieja Europa, en el descubrimiento de la corrupción. Pienso en el ejemplo de Italia, también en la lucha con la mafia. Igualmente puede pensarse en Bélgica. En Francia el tercer poder ha prestado igualmente un servicio positivo en relación con el tema de la financiación irregular de los partidos. Puede ser necesario, por tanto, que en el supuesto de fallo de otras funciones estatales, como el Parlamento o el ejecutivo, recaiga sobre el Poder Judicial una particular función de manera ocasional (esto es aplicable también a la jurisdicción constitucional). Tenemos que interpretar aquí de manera flexible la combinación de los distintos poderes. Por otro lado no se puede descartar la tentación que gravita sobre el Poder Judicial en algunos países: por motivos de vanidad personal pueden algunos jueces aislados ser tentados a jugar un papel especial en la opinión pública. En Italia hay ejemplos de jueces y fiscales que por vanidad personal se precipitan en las candilejas. En Alemania no es de temer un desarrollo en la actualidad. Sé, sin embargo, que en España hay ciertos problemas. Cabe preguntarse como puede ser *controlado* el tener poder (controlar a los controladores). De manera espontánea he pensado en el Consejo Superior de la Magistratura en Roma. Sin embargo, me es conocido que, como en España, está fuertemente sometido a la influencia de los partidos políticos.

Permanece sólo la apelación a la reserva personal, al tacto, a la cautela y la confianza en la organización judicial en la ética profesional de los jueces. Por lo demás hay otros ejemplos de una ética profesional limitadora, como en el campo de los periodistas. Como para el médico rige el *juramento hipocrático*, hay en Alemania para los periodistas un estatuto correspondiente. Aquí estamos en la frontera de lo que las instituciones estatales pueden hacer. Tenemos, como he mencionado anteriormente, el llamativo caso reciente, de que incluso el Tribunal Constitucional Federal ha sido controlado por un tribunal europeo: por una violación del artículo

60. de la CEDH, por duración excesiva de un proceso. Personalmente saludo esto, aun cuando quizás algunos magistrados constitucionales alemanes no estén especialmente felices con ese control de Estrasburgo. En el fondo, todo depende mucho de un mínimo de ética en el Estado constitucional, de un mínimo de recíproco autocontrol de las organizaciones responsables. Personalmente, creo que sería posible la creación de una institución propia que acaso controlara a los jueces. Mucho tendría que aportar también la formación universitaria. En Alemania se dio recientemente el desdichado caso Henrich. Un juez de un tribunal superior había obtenido una retribución muy importante gracias a un dictamen encargado por los sindicatos, que elaboró, además, desde su despacho oficial. La opinión pública alemana funcionó. El juez fue suspendido y jubilado anticipadamente, y la cantidad le fue reclamada. Este es un buen ejemplo de como la opinión pública junto con la organización judicial y todos los partidos políticos, incluido el SPD que había colocado al juez en esa alta posición, condenaron unánimemente su conducta.

*Profesor Häberle, no sin antes agradecerle de nuevo su disposición para realizar esta entrevista, le dejo a usted, sin pregunta alguna, la última respuesta: para aquel mensaje que considere conveniente transmitir al lector de este Anuario, usualmente, como ya sabe, un lector especializado en derecho constitucional.*

A esta última pregunta le respondo especialmente gustoso y agradecido. Es un gran honor y una alegría para mí mantener esta conversación con usted para un foro tan acreditado como el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Me parece una singularidad especial de la cultura científico-jurídica española tener y cuidar ese foro. Antes de mi hablaron, por ejemplo, Rubio Llorente o mi maestro Konrad Hesse. En Alemania no hay, que yo conozca, hasta ahora, ejemplos en los que una revista científica especializada organice una entrevista de este tipo con profesores de derecho público. Habría, sin embargo, motivos para organizar-

las, si recordamos las que el respetaba *Die Zeit* realizó a mi maestro Konrad Hesse y al magistrado constitucional H. Simon, hace algunos años. Aquí podemos aprender los alemanes de la cultura científica española. Sólo el *Deutsche Richterzeitung* incluye de vez en cuando una conversación con algún magistrado federal o con algún magistrado constitucional. Por lo demás, le agradezco a usted especialmente el desarrollo extraordinariamente consecuente y meditado de esta conversación aquí y ahora. En el arte y manera en que ha planteado una pregunta tras otra, me ha recordado un poco la consecuencia con la que L. v. Beethoven desarrollara los movimientos de sus sonatas.

Para mí es desde hace tiempo una gran alegría ver con que fuerza, intensidad e innovación, España se vuelve *hacia Europa*. En algunos campos puede aprender hoy la cultura científica alemana de España. Estoy contento también de que, desde hace varios años, vengan cada vez más españoles invitados por mí a Bayreuth, entre otros, en el marco del Programa Erasmus. Me pregunta por lo que especialmente quisiera expresarles a los lectores de este acreditado Anuario. Por un lado quisiera dirigirme a la generación de los mayores. La comunidad de profesores de derecho constitucional puede sentir orgullo por el tiempo tan corto en que España ha desarrollado una elevada cultura tanto en su jurisprudencia constitucional en Madrid, cuanto en sus Comunidades Autónomas, como en sus universidades. Sigo de cerca, con el mayor interés (en la medida en que me es posible), la abundancia de géneros literarios, desde libros homenaje, como el que ustedes han publicado en estos días para su maestro J. J. Ruiz-Rico, o algún manual de los que han aparecido en España, o también buenas monografías. A la generación más joven de los lectores de este Anuario quisiera rogarles que promovieran con toda su fuerza, sobre los hombros de la generación de los mayores, la integración de España en Europa y hacia Europa. Este es un momento único, en el que las jóvenes generaciones pueden realizar intercambios entre sí en los diversos países europeos. Esto presupone, ciertamente, que cada joven estudiante se proponga, oportunamente, estu-

diar un país europeo, su cultura jurídica y su cultura en plenitud; cuanto antes, mejor. Me produce pesar haber podido entablar contactos con Italia relativamente tarde (desde 1990), aunque estoy contento de haber tenido esa oportunidad en Suiza desde 1978, y agradecido de haber podido desarrollarlos desde 1980 con Grecia y desde 1988 con España. La joven generación tiene que elegir un país. Así ocurre con varios de mis discípulos: uno se ha identificado con USA, otro con España y otra discípula con Italia; cuando más pronto, mejor. No es suficiente con estudiar la dogmática jurídica, los textos jurídicos o la jurisprudencia; por buenas que sean, es necesario estudiar también el contexto cultural, su trasfondo, los grandes clásicos que ha producido cada país europeo. Así, son importantes, por ejemplo, en Alemania, grandes textos de un Bertold Brecht. El dijo: "todos los poderes del Estado vienen del pueblo pero, ¿adonde van?" Un gran poeta nos proporciona aquí un texto clásico a los juristas. Así podríamos ocuparnos de los textos clásicos de un C. Mortati en Italia y tener ante nuestros ojos la plenitud del paisaje cultural del país si quisieramos analizar cómo puede hoy construirse un nuevo regionalismo, en Italia, que sea efectivo. Y así reconozco yo mucho del perfil propio de muchas regiones de España, en lo que sus personalidades creativas, en la pintura o la poesía, como un Picasso o un García Lorca, han producido. La vivacidad y la capacidad de desarrollo de las Comunidades Autónomas en España depende mucho también de que prestemos atención precisamente a lo que aportan las singularidades de su identidad cultural y a cómo pueden ser fecundas para nosotros, los juristas, a largo plazo. Muchas gracias.