

ENTREVISTA DE H. KURIKI*

Friedrich Nietzsche dice que es posible describir a una persona contando tres anécdotas sobre ella, ¿puede usted contarnos tres anécdotas sobre la Constitución federal alemana (CFA)?

Me conviene repetir el ejercicio de Nietzsche con respecto a las “anécdotas” sobre la Constitución federal alemana. En ella actúan dos veces ocho hombres infalibles.

Espontáneamente se me ocurren únicamente dos anécdotas:

- a) Sólo dos instituciones sobreviven en la historia escrita de Alemania, a saber: el Estado mayor prusiano y la Constitución federal alemana (M. Druon).
- b) Las correspondientes y esperadas decisiones asemejan un juego de lotería, o a un juego con más de un balón, o a una danza de espadas.

Por lo demás, hoy se remite al tomo de la Constitución federal alemana en caricatura.

¿Por qué razones, según su opinión, se han desarrollado de manera tan positiva las cortes constitucionales (jurisdicción constitucional) en Alemania y Austria?

* Entrevista para la revista de la sociedad de investigación japonesa sobre derecho constitucional alemán, 2002. La entrevista fue realizada en septiembre de 2000 en Bayereuth. Compendio sobre la actividad de la sociedad de investigación japonesa sobre derecho constitucional alemán, en: JöR 50 (2002), pp. 599 y ss. Traducción de Guillermo J. Mañón Garibay.

Cuando se pregunta por las cortes constitucionales en Alemania, debe pensarse en las 15 cortes constitucionales que hay en las provincias (frente a todas es de momento particularmente fructífero el trabajo de la Corte Constitucional de Baviera en München, incluso antes de la Constitución federal alemana; ahora se desarrollan las cortes constitucionales en las nuevas provincias alemanas). Sobre las razones del éxito del desarrollo de la Constitución hay que mencionar, primeramente, las enormes figuras de los jueces de los *primeros tiempos* (como E. Friesenhahn, G. Leibholz, W. Geiger) que se ocuparon del cambio en materia de derecho fundamental, Estado de derecho y federalismo que hasta el día de hoy gozan de validez, en parte también gracias a los clásicos de Weimar como R. Smend, G. Radbruch y H. Séllder. Además de la alta calidad objetiva de los veredictos, se encuentra una razón más a favor de la acreditación de las cortes constitucionales federales, a saber; la tendencia de los alemanes a apelar a los jueces. La Constitución federal alemana se ha colocado inteligentemente en el sistema de la vertical división de poderes y erigido en protectora del federalismo alemán, si bien en una democracia plural todos los ciudadanos son al fin y al cabo protectores dentro de la “sociedad abierta de los interpretes de la Constitución” (1975). Finalmente ha establecido exitosamente en la Constitución federal alemana un inteligente juego de intercambios entre *judicial activism* y *judicial restraint*. Debido a las críticas de la comunidad (científica) se ha reaccionado de manera sensible a mediano plazo. El Instituto para el Voto Extraordinario, creado en 1970 (§30 Constitución federal fundamental alemana), representó una *válvula de escape* que reforzaba la Constitución como un *proceso abierto* (1969) que permitía innovaciones que no rara vez ganaba la mayoría de los senadores (un ejemplo de esto lo proporciona el trabajo de la señora Rupp von Brünneck en la dilucidación del artículo 14 de la Ley Fundamental). También en el fase de transformación de la re-unificación alemana se ha acreditado la Constitución federal alemana, gracias a la pluma del gran jurisprudente E. G. Mahrenholz, el cual

procede del seminario de Smend en Göttinger como, por cierto, también es el caso del enorme juez K. Hesse.

Una palabra sobre Austria. Un padre de su corte constitucional es H. Kelsen, eso debe tomarse en cuenta en cualquier crítica que se haga de su método (el positivismo). A parte de eso, en los últimos años ha prevalecido también en Austria la orientación al pensamiento constitucional. Como aquí la EMRK tiene valor constitucional, proceden por el lado de la judicatura del EGMR buenas influencias, ocultas también en el derecho comparado, el cual es designado desde 1989 como *quinto* método de interpretación. Entre más *arruinado* está la BV austriaca de 1920, más aumentan las tareas del tribunal constitucional vienes.

Una pregunta fundamental: ¿cuáles ideas y concepciones fundamentales sostienen la Constitución federal alemana?

Sería una osadía pretender siquiera ofrecer un esbozo de respuesta a esa pregunta; así de compleja es la red de ideas y concepciones de la Constitución federal alemana. Entre las principales corrientes de pensamiento que pueden ser señaladas están la de muchos partidos políticos (Liberalismo, socialdemocracia, pensamiento cristiano), aunque también la influencia de grandes filósofos (por ejemplo; Popper en el tomo quinto del juicio de la KPD). La Constitución federal alemana hace lo correcto al no abreviar en una *gran teoría* en bien de permanecer una *constitución del pluralismo*. Por otro lado, es inconfundible encontrar el apuntemiento en las ideas de determinados maestro del Estado de derecho (esta vez sin citar a uno sólo). Primeramente, son dignos de mencionar los *métodos de interpretación*, que se practican según los *principios de interpretación* en el sentido expuesto por el gran H. Ehmke (1961) —que usted, señor Kuriki, conoce bien desde sus años de estudiante en Freiburg. Y el señor Tonami conoce bien las aportaciones de el señor Lerche—. El juego conjunto de los cuatro métodos clásicos de interpretación es claro para cualquiera, tal vez dirigidos en última instancia por el control de la justicia.

Pero en el trasfondo operan principios como “unidad de la constitución”, “división del trabajo en la función jurídica” entre la Constitución federal y los legisladores democráticos, “concordancia práctica” (K. Hesse), con el tiempo también “apertura hacia Europa”.

El gran éxito, considerado así por todo el mundo, lo ha alcanzado la Constitución federal alemana (en diálogo con la ciencia) en el desarrollo de la dogmática jurídica fundamental en temas como Estado de derecho, también Estado de derecho social (en formulación de H. Heller), en tema sobre el federalismo (compare el éxito de Smend “fidelidad federal” hasta en los Estados regionales como Italia y España). El principio democrático, antes bien modelo para la Ley Fundamental, no ha sido concebido a partir del modelo suizo de democracia parcialmente directa y está presente en la Constitución federal como en las judicaturas del trabajo público del gobierno alemán federal o en la interpretación de la libertad de opinión, prensa y reunión (decisión de Brokdorf). La protección a la privacidad no fue tomada en serio sino hasta el juicio sobre el censo poblacional, la libertad de coalición (política) es desde entonces permanentemente puesta de relieve (por ejemplo en el tomo 50). A esas *ideas* pertenece ciertamente la noción de protección a la Ley Fundamental a través de procesos (mi propuesta de 1971: *status activus procesualis*), como fue el caso en la decisión de Mühlheim-Kärlich, donde adquirió su forma definitiva. El muy alemán “derecho estatal de la iglesia” (en mi opinión sería mejor llamarlo “derecho constitucional de las religiones”) ha recibido su contorno definitivo en la judicatura de la Constitución federal alemana: referencia a temas como: “neutralidad del Estado ante la visión confesional” en sentido por Herb Krüger, así como igualdad como paridad material, carácter público de la iglesia, etcétera.

En mi opinión, la Constitución federal alemana se ha desarrollado a la par de las *grandes ideas* del Estado constitucional, dentro de las cuales pertenece el precepto sobre la igualdad y la exigencia por un “efectiva protección de derecho” (artículo 19, párrafo

cuarto de la Ley Fundamental). La protección al medio ambiente pertenece recientemente también a esto que me estoy refiriendo (comparar el artículo 20a de la Ley Fundamental). Algunos tambaleos e inseguridades se muestran en la judicatura del derecho de los partidos: se perciben carencias en las desventajas de los llamados “partidos municipales”. Por lo demás, análisis más detallados pueden responder con mayor precisión a su pregunta.

Algo así como a mediados de los años noventa fueron criticadas las decisiones de la Constitución federal alemana no sólo por políticos y los medios, sino también por científicos. Pienso en decisiones como “los soldados son asesinos”, o la decisión sobre los bloqueos, o la decisión contra los crucifijos (en los salones de clase). ¿Son en su opinión esas críticas acertadas? Permítame un complemento a la pregunta: la presidenta de la Constitución federal alemana, la señora Limbach, rechazó el problema: “¿debemos confiar en la demoscopia?” Sin embargo, con el uso de la fórmula judicial “en nombre del pueblo” no se dice otra cosa, que en un Estado democrático cada decisión se deriva de la soberanía popular. ¿Puede o debe ser entendida esa legitimación democrática como demoscopia?

Hacia mediados de los años noventa criticaron en efecto no sólo los medios, sino también algunos colegas, fuertemente a la constitución federal alemana —no siempre completamente libres de simpatía por algún partidismo político—. Yo personalmente veo inconvenientes sobre todo contra la decisión respecto a los crucifijos, porque se enfatiza negativamente la libertad de culto religioso que dentro del contexto cultural (no sólo en Baviera) deja mucho que desear. Es de reconocerse claramente, que la Constitución federal toma muy en serio a las críticas serias. De esta forma, por ejemplo, se revocaron las exageraciones con respecto al juicio sobre censo poblacional. De la misma manera se ha ganado recientemente más espacio para la jurisdicción constitucional de las provincias. Actualmente las hablillas sobre la “crisis” son en cualquier caso injustas. En la representación ex-

terior de la constitución federal ha mostrado en esto la señora presidenta Limbach mucha sensibilidad y quitado de la línea de fuego a el tema de la Constitución federal. Hoy día podemos nombrar como especialmente discutible la judicatura sobre la cuestión de la “bipartición del principio fundamental” —aquí pende la amenaza de que la Constitución federal olvide las fronteras de sus funciones—; claro está que en este caso se puede afirma su *judicial activism* debido a que el legislador, por ejemplo, el Parlamento federal, ha fracasado durante decenas de años en llevar a cabo una reforma hacendaría.

En mi opinión debería la Constitución federal practicar a largo plazo la autocritica en temas como las relaciones con la Corte Europea. Con otras palabras; el juicio de Maastrich merece la crítica, aunque en el extranjero no se entienda como he observado cuando he sido invitado ha ocupar una cátedra, como en el caso de Italia o España.

La exigencia de la señora Limbach de no confiar en la “demoscopia” vale tanto para la Constitución federal como también para el Parlamento. La formula “en nombre del pueblo”, empleada en los juicios, expresa plásticamente la corresponsabilidad en la que se encuentra y trabaja la constitución federal —posibilitado a través del nombramiento de los jueces mediante elección, así como indirectamente por su conexión pública—.

La así llamada “Comisión Beda” ha presentado un informe con recomendaciones que libera de responsabilidad a la Constitución federal alemana. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Será posible en el futuro que los jueces del fuero federal constitucional acepten quejas según su propio arbitrio? ¿Tiene usted una propuesta para Tribunal Superior alemán?

Refiriéndome a la cuestión sobre la descarga de responsabilidad de la Constitución federal, la “Comisión Beda” ha propuesto en 1997, un proceso libre de aceptación de quejas constitucionales, siguiendo el ejemplo de la Supreme Court de los Estados Uni-

dos de Norte América. En mi opinión esto debe ser completamente rechazado. Exactamente gracias a las quejas constitucionales es que se encuentra la Constitución federal alemana *dirigida par excellence al ciudadano*, colaborando como tribunal social de tipo especial en la formación de los consensos fundamentales de la Constitución, como lo formulé yo mismo en mi libro de 1979. La gran aceptación de la Constitución federal alemana en la conciencia de los ciudadanos descansa ante todo en las quejas constitucionales. Gran guía de decisiones, como es el caso del veredicto que hizo época sobre el caso Lüht (E 7, 198), que encaminó algunas quejas constitucionales. Es la *joya* del collar de perlas dentro del ámbito de competencias de la Constitución federal alemana. ¡El actual proceso de aceptación no es suficiente!

Antes bien debería pensarse en la abolición del llamado control abstracto de normas. Éste domina por mucho en la formación de la voluntad política, así como de los procesos de decisión. Su derogación podría en parte liberar de responsabilidad a la Constitución federal. Por lo demás, sería de tomar en consideración la multiplicación del número de jueces constitucionales federales (nueve por Senado). La creación de un *tercer senado* fracasaría permanentemente ante la ideología profesional del juez; así como también podría, por añadidura, poner en peligro la generalmente no preservada uniformidad en la administración de justicia (compárese el problema “el niño como perjuicio”).

A manera de pronóstico: ¿qué tarea debe cumplir la Constitución federal en el siglo XXI?

Incluso la misma Constitución federal carece del don profético en sus propios asuntos, como tampoco disponen sus estudiosos, comentaristas, reseñadores o “posglosadores” de esa capacidad. Pero a manera de pie de página hago la siguiente acotación: la Constitución federal alemana tiene que trabajar también en el siglo XXI en la conservación de la paz, en que el contrato social *progrese*, en la continua construcción de los derechos fundamentales

de los hombres y en asegurar el desarrollo de las tareas del Estado orientadas a promover la justicia y el bienestar común. Pero ante todo, debe tener claro que ira perdiendo en forma significativa su propia competencia y función como tribunal constitucional nacional dentro de la tendencia general de europización; y esto vale también para Luxemburgo y Estrasburgo (Tribunal europeo, por ejemplo, EGMR).

Junto con la pérdida de la soberanía nacional de los europeos se presenta en el orden del día la acelerada internacionalización (globalización). La fórmula de “cooperación de estados constitucionales” (1978) busca hacer justicia a esta cuestión. La solución de los problemas planteados por las nuevas formas de información tecnológica inquieta a la Constitución federal alemana; sean igualmente mencionados los sutiles instrumentos de las judicaturas constitucionales para el cuidado efectivo del medio ambiente (algo sobre ponderación o “judicatura para el bienestar común”).

Le pido por favor, su opinión sobre el proceso de elección de los jueces constitucionales federales en Alemania. Es tan complicado este proceso que puede uno preguntarse si cada juez recibe la legitimación democrática necesaria. ¿Qué opinión tiene usted acerca de llevar a cabo reformas introduciendo los Hearings públicos o candidatos a jueces como es el caso del modelo norteamericano? ¿Qué cualidades o preparación debe tener un candidato para ser elegido como juez constitucional? Permítame, además, una comparación con Japón: el OGH japonesa consta de 15 jueces, de ellos sólo uno es teórico del derecho que, por cierto, no tiene por especialidad el derecho constitucional. Se afirma que esa composición de jueces posibilita la moderación y pasividad de la OGH japonesa en caso de control interior respecto a la fidelidad constitucional de los actos más graves. Su opinión al respecto me interesa de manera suma.

El proceso de elección de los jueces, practicado en este momento en Karlsruhe me parece digno de sospecha, no obstante que los resultados desde hace 50 años hayan sido tan positivos. La

razón es que los partidos se comportan como los señores de las sillas de los jueces, y, además, como es necesario lograr la mayoría con sus dos tercios tienen que ponerse de acuerdo los grandes partidos. Por lo mismo, personalidades de los pequeños partidos, o que no realizan servicio alguno a los grandes partidos, han perdido toda oportunidad. Así es como falta al partido *verde* un vínculo con los jueces de la Corte Constitucional, no obstante que su importancia a nivel federal es mucho mayor que el FDP (liberales) que dispone de su lugar para *limpiarse los zapatos* gracias a sus coaliciones con los grandes partidos (CDU y SPD). Rara vez obtiene algún lugar en la Corte Constitucional Federal alemana personalidades que no pertenecen a partido alguno. Mi profesor K. Hesse fue un caso excepcional en 1975.

De la misma manera, recibe el juez constitucional, mediante su elección por el Parlamento federal o estatal, la legitimación democrática suficiente. La “cadena de legitimación”, que enlaza al pueblo con los órganos estatales, fue precisamente concebida por U. Schueuer para garantizar esta legitimidad.

En el coloquio celebrado en Friesenhahn en 1972 exigí que se orientaran para la elección de los jueces en el modelo norteamericano de la Supreme Court —E. Friesenhahn argumento de manera similar a la mía—. La Constitución de Brandemburgo (1992) exige en el artículo 112 una entrevista por la Comisión municipal. Yo tuve la experiencia en los Estados Unidos de Norteamérica de ver como casi toda la opinión pública sigue de cerca las preguntas sobre la *philosophy of law* que le hacen a los candidatos del Senado. Yo mismo, en mis trabajos sobre derecho comparado, he dirigido siempre la atención a Italia donde el presidente del Estado nombra a un tercio de los jueces. De esta manera, excelentes científicos son convertidos en jueces, como A. Baldassarre o G. Zagrebelsky, también, debido al *annus mirabilis*, algunos reformadores de Europa oriental adoptaron ese modelo.

La pregunta sobre la calificación para juez constitucional se puede responder con el derecho comparado. Podemos mencionar las precisas normas desarrolladas en las cinco nuevas provincias

alemanas: en mi opinión es recomendable una combinación de jueces de profesión con otros miembros capaces de ocupar el puesto (que tuvieran la capacidad de un profesor de una escuela superior de derecho) y personas experimentadas de la vida pública (por ejemplo: miembros del Parlamento). Se prohibiría la reelección, aun cuando se permitan votos especiales. El periodo de servicio podría abarcar de nueve (España) a doce años. Mi idea se puede expresar también de la siguiente manera: representantes podrán ser no sólo los juristas, o aquellos que pueden interpretar la ley por ser jueces o abogados, sino también todo aquel que haya trabajado en el *desarrollo* de las leyes: como son los miembros del Parlamento. Es necesario prever una edad mínima (de 40 años, por ejemplo) y una máxima de 70 (y no como en los Estados Unidos de Norteamérica que es vitalicio). Aunque en este aspecto debería de tomarse en cuenta la cultura de cada país. Dentro del contexto de discusión sobre “una doctrina constitucional que funja como ciencia de la cultura” es de tomar en cuenta, por ejemplo, que en un país como Japón se valora la experiencia de los ancianos que en la veloz Europa.

Con respecto a la OGH japonesa: ciertamente una parte de los 15 jueces deberían ser maestros de derecho. Con esto no me refiero a expertos en derecho constitucional, no obstante que todo ámbito del derecho se encuentre bajo el techo de la Constitución debido a la “primacía de la Constitución”. El que se permita participar a otros especialistas del derecho en la Corte Constitucional, debe entenderse como un enriquecimiento de sus miembros. Este es el caso de Alemania donde los especialistas del derecho privado están representados por la señora Limbach y los especialistas en derecho penal por Hassemer. Todos ellos contribuyen con la experiencia de sus respectivos ámbitos (por ejemplo, la añeja sabiduría del derecho privado que en Alemania abreva del derecho romano). Por lo demás, para una óptima combinación de las diferentes especialidades sería deseable indicar la especialidad de cada juez constitucional. Que hoy día solo un miembro de la OGH japonesa sea un maestro del derecho, deja al descubierto la razón

por la cual existe esa *pasividad* en el control del contenido de los actos estatales con respecto a la fidelidad constitucional. La autonomía de la jurisprudencia con respecto a los poderes del Estado, su creatividad según su respectivo ámbito de acción, la convierte en una compañera que ejerce la crítica frente a todas las manifestaciones del Estado. Los maestros del derecho tienen la tarea, institucionalmente asegurada por la libertad de la ciencia (R. Smend habla sobre el “derecho fundamental de las universidades alemanas”), de reflexionar científicamente sobre el derecho vigente y no simplemente de repetirlo. Los maestros del derecho deben estar en condición de controlar los poderes del Estado refiriendo cada uno a los distintos apartados de la Constitución mediante el uso de sus instrumentos y artes reglamentarias y sin sacar provecho personal de ello.

Ahora pasemos al complejo de “temas de jurisdicción constitucional entre política y derecho”.

Antes de su pregunta una pequeña anotación. En 1980 publiqué un pequeño libro que llamé *Jurisdicción constitucional entre política y derecho*. Desde el título mismo del libro se manifiesta la importancia de la ciencia jurídica —ciencia como un eterno proceso de búsqueda de la verdad (W. von Humboldt)— y, en el caso de la ciencia jurídica, “eterna lucha por la justicia”.

Se afirma que la jurisdicción constitucional lleva no sólo a una politización de la justicia, sino, además, a una juridización de la política. ¿Cuál es su opinión sobre esta tesis?

Es un tema clásico y añejo sobre jurisdicción constitucional discutir la politización del derecho y la *juridización* de la política, que en tiempos de la República de Weimar ocupó el centro de controversias. Pero en un Estado constitucional, que cuenta con el desarrollo actual como el de la Constitución federal alemana, no dice gran cosa: a lo sumo una advertencia por una gran *judicial activism*.

Especialmente en Alemania no tiene sentido contraponer lo político a lo jurídico gracias a la forma en que se ha establecido la relación entre la Constitución federal alemana y las cortes constitucionales de los municipios, que es hasta donde se extiende su jurisdiccionalidad. Esto ha determinado incluso la forma de crear los distintos grupos utilizando los principios y métodos mencionados para la correcta interpretación de la Constitución. Ciertamente, no deja de ser difícil definir el contorno de lo político, no obstante, la fórmula de H. Triepel, derecho constitucional es “derecho político”, muestra claramente que también la Constitución federal alemana dispone de una participación limitada dentro de la dirigencia política (K. Hesse).

¿Qué papel debe jugar la Constitución federal alemana en el proceso formador de la consciencia del Estado?

Con esto se alude ya a la próxima respuesta. La Constitución federal no se encuentra más allá de la formación de la “conciencia del Estado”. Por el contrario, sirve de tribunal y órgano constitucional (en el sentido de Leibholz) en ese proceso público, con lo cual impulsa incluso “la orientación política”, en el sentido en que otorga una ventaja al legislador (“función de manzana”). Desde luego, debe quedar claro que una jurisdiccionalidad tan amplia, como lo es la alemana en Karlsruhe, detenta la “prerrogativa de evaluación” en determinados ámbitos de la legislación, no obstante el pertenecer a la estructura de la división de poderes y de reconocer el Poder Legislativo y el Ejecutivo como independientes uno con respecto al otro —sobre sus distintas funciones que les corresponden de derecho se dirá algo más adelante—. Además de esto, me permito remitir a mi antiguo interés en “trabajar para lograr consensos fundamentales” como la misión principalísima de la sociedad.

¿En su opinión se avienen adecuadamente la Constitución federal alemana con los otros órganos constitucionales?

En lo fundamental se avienen bastante bien la constitución federal alemana con los otros órganos constitucionales. En el mayoría de los casos, el Legislativo sigue los pasos de las decisiones tomadas por la Constitución federal, debido a ello el primero no desaprovecha los tiempos para la revisión de leyes o rara vez lo hace (como fue el caso de la Ley sobre Igualdad de Derechos entre Hombre y Mujer en los años cincuenta). Especialmente digno de mención es el *tercer poder*, si bien en sí mismo no es *órgano constitucional* alguno. También se puede mencionar que no rara vez se anticipa a la constitución federal una decisión de la Corte Federal como ocurre, y con razón, en el ámbito del derecho privado; por ejemplo, el asunto de las fianzas a propósito de ser afectados los derechos fundamentales de terceros. Repetidas veces tiene que ceder Karlsruhe en Berlín ante el Tribunal Administrativo Federal (por última vez en septiembre del 2000 cuando se amplió la interpretación del derecho de asilo a favor víctimas de guerra civil).

Alguna que otra vez hay controversias con los tribunales federales de los municipios, a los cuales la Constitución federal delega cada vez más facultades (16 provincias alemanas disfrutaban de autonomía constitucional). En general, sea mencionada la necesidad de contar con un voto para la buena cooperación, sea de la política, es decir del Parlamento, que delega su responsabilidad en la Constitución federal (“la política se oculta gustosamente detrás de la Constitución federal alemana” cita original de la señora Limbach).

¿Puedo pedir su opinión acerca del aporte de la Constitución federal alemana en materia de teoría constitucional hasta el día de hoy? ¿Qué decisiones juegan un papel relevante en su opinión?

En mi opinión, la Constitución alemana no ha hecho ninguna aportación de consideración a la teoría constitucional, o desarrollado alguna reflexión teórica para fundamentar sus decisiones.

Eso está bien, porque se trata de lograr una *integración pragmática de elementos teóricos* y no de producir una nueva teoría —eso contradiría la tesis de que la Constitución federal alemana es “representativa” de toda expresión política, dentro del marco constitucional del pluralismo— también para ello está el voto especial.

Casi como una ratificación debe entenderse el que la Constitución federal, en el tomo 20, se haya desecho abruptamente de su teoría política de Estado, G. Leibholz. Ésta era demasiado amplia, hasta ambiciosa, como para conservarla a *todo precio*. El campo en donde primeramente se aplicó la *teoría constitucional* es en el de los derechos fundamentales. Aquí se encuentran elementos de reflexión sobre valores, entre los que reconocemos los de G. Dürig, como también concepciones de derecho natural. Podemos alegrarnos ante todo por el hecho de que la Constitución alemana no se haya inclinado a favor de alguna teoría constitucional (correcta), sino que ha trabajado con las puertas abiertas a nuevos desarrollos teóricos, liberándose con esto de una *mentalidad encajonada*. Esto se muestra en la multiplicidad de dimensiones del caso, en donde se eliminan algunos derechos fundamentales (como el de defensa propia, visión institucional objetiva, “normas fundamentales para la definición de valores”): así el artículo 60. —Matrimonio y familia— desde el tomo sexto. Esta comprensión multifacética de los derechos fundamentales, comenzando con el llamado “doble carácter”, será más tarde complementada con el aspecto procesal, y continuar con la doctrina sobre el deber de protección en el caso alemán del aborto (tomo 39). Un logro especial los constituye —también sobre la base de la teoría constitucional— la exposición del juicio sobre la autodeterminación en el tomo 50 (informe del denunciante por K. Hesse), que estuvo dirigido por la idea de igualdad, paz y cooperación.

Otro campo más para las reflexiones de teoría constitucional lo constituye el tema del federalismo. En este aspecto de la Constitución federal lleva la voz cantante R. Smend con su teoría sobre el Estado federal dentro del marco constitucional —desde la primera sentencia dictada con relación al tema de la televisión en el

tomo 12 (bajo el rubro “fidelidad con la federación”)—, como también todas las otras sentencias dictadas sobre el mismo tema, influenciadas por las ideas de la Ley Fundamental (llamada “Constitución de la libertad”), y que se relacionaban con las diferencias entre *pluralismo interno* y *externo*. De mencionar es también la judicatura de la imagen humana (por ejemplo en el tomo 12, p. 45 [§ 50]) con todas sus implicaciones como el respeto de la dignidad humana o la obligación de la persona frente a la sociedad, etcétera. La judicatura de la dignidad humana, siempre mejorada gracias a la experiencia de los distintos casos de formación de grupos, es no sólo la columna vertebral del entendimiento del derecho fundamental, sino, sobre todo, de la teoría constitucional, así como de la del Estado. La condición *sine qua non* de la democracia (“Tolerancia”, “inviolabilidad de los valores fundamentales”, comparar: E 5, 85 [139]), la máxima sobre la “orden público” (p. 200) son parte de este mismo interés teórico de la misma forma como lo es la división de poderes (por ejemplo: e 3, 225 [227]). Todo esto es contemplado dentro de la totalidad constitucional, cuya idea global se origina en los clásicos de la República de Weimar, sobre cuyos *hombros* descansa a manera de gigante la misma Constitución federal.

La Constitución federal alemana posee muchos procesos dignos de mencionar, ¿qué proceso tiene usted por el más importante? Respóndame desde la perspectiva del derecho comparado.

Con respecto a esa pregunta es necesario adoptar una doble perspectiva dentro del derecho comparado. La comparación de constituciones en el tiempo (Historia de las constituciones) y en el espacio (equiparación) —mi idea de 1982 a propósito de esto: comparar constituciones equivale a una comparación de culturas. No existe el *mejor* modelo en términos absolutos. Todo depende de las condiciones concretas en las que se da una cultura constitucional determinada en un pueblo determinado, en relación con el cual se desarrollan ciertas regulaciones de organización y pro-

cedimiento—. Dentro de los procesos más importantes se encuentran en mi opinión los siguientes: 1. El proceso de desacuerdos constitucionales derivado del principio de subsidiaridad; 2. El proceso de control concreto de normas concentrado en la Constitución federal en los Estados constitucionales con estructura federal o regional con el fin de garantizar la división vertical de poderes; 3. Los procesos sobre litigios del Estado federal o de los Estados regionales; 4. Los procesos librados por los llamados órganos de litigio, así como algunos otros procesos sobre competencia jurídica constitucional como las denuncias hechas por los jueces y la supervisión de procesos electorales, o también la denuncia presidencial. La competencia de la Constitución federal es especialmente amplia en derecho comparado, lo que tiene también un fundamento muy alemán. En principio, han probado su eficacia, por lo menos en Alemania, todas las competencias constitucionales. La función ejemplar de la Constitución federal alemana ha influenciado también las reformas de algunos países de Europa oriental.

¿Por qué, en su opinión, fue posible después de la Segunda Guerra Mundial acuñar la jurisdiccionalidad constitucional en todo el mundo?

La comparación de la jurisdiccionalidad es decididamente un gran logro a su favor. Después de la Segunda Guerra Mundial se estableció como una especie de defensa contra el Estado totalitario nacional socialista, o formas parecidas del mismo (fascismo en Italia, franquismo en España, el régimen autoritario en Portugal). La segunda etapa de su desarrollo comienza a partir de 1989; esta vez en los Estados reformados poscomunistas. Enunciados fundamentales que expresan el espíritu de la jurisdiccionalidad, como por ejemplo: la primacía de la Constitución, la división de poderes, la unidad de la ley y del derecho, la imparcialidad partidista de los jueces o la protección del derecho, han llegado definitivamente a imponerse, incluso en Rusia dentro del espíritu de su Constitución. Ese impulso a favor de la jurisdiccionalidad aparece ahora

y siempre como elemento paradigmático (aunque no indispensable) del Estado constitucional (contraejemplo: Inglaterra). Ciertamente, en los principios de su historia juega un papel primordial el desarrollo en los Estados Unidos de Norteamérica (1803) de la prueba judicial del derecho.

Con respecto a la jurisdiccionalidad se puede distinguir entre el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica (Supreme Court) y el modelo de la Constitución federal alemana. Allá reside la jurisdiccionalidad en los tribunales ordinarios, aquí en un tribunal constitucional especial. ¿Qué ventajas y desventajas hay en ambos modelos?

En efecto, es posible distinguir entre el modelo norteamericano y el alemán (esto es; entre la autonomía de los modelos de jurisdiccionalidad constitucional). La ventaja del modelo norteamericano Supreme Court residen en la identidad existente entre el punto más sobresaliente de la jurisdiccionalidad ordinaria y la función jurisdiccional de la Constitución misma. La ventaja de la autonomía de la jurisdiccionalidad constitucional reside en que el tribunal, en tanto órgano constitucional, se concentra exclusivamente en la cuestión sobre jurisdicción constitucional. La desventaja es que la Constitución federal alemana y la literatura especializada se refieren a los tribunales ordinarios como si se tratara de “tribunales especializados”. Esto es en mi opinión un indebido menosprecio de sus funciones, porque, tomando el sentido material, todos los tribunales son tribunales constitucionales. Todos están de la misma manera vinculados con la Constitución. El derecho privado no es, por lo demás, una simple *asignatura*.

Yo mismo me intereso por la Supreme Court de los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a su contenido. Su fundamento democrático (*the Supreme Court follows the elections*), su arraigamiento en la conciencia ciudadana, su enorme autoridad y su recíproco juego de la judicatura entre *judicial activism* y el *restraint* me fascinan tanto como la realización de la igualdad racial en Alemania o la *Flag burning cases* o la *preferred freedom doctrine*. Los nor-

teamericanos se obsequiaron, y a nosotros, no sólo los *federalist papers* (1787), sino también la incidiosa jurisdicción constitucional. Otros puntos de importancia más de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica son aquellos que se refieren a su función como asamblea permanente, por ejemplo, su función de legislador constitucional *material* —también la Constitución federal alemana brinda una tarea legislativa, como por ejemplo; la sentencia dictada en el caso de la televisión—.

Atendiendo a la competencia, tipos de proceso y la elección de los jueces, hay muchas diferencias entre cada uno de los países, por ejemplo; entre Italia, España o Corea todas ellas poseen un Tribunal de Justicia constitucional particular. ¿Cuáles son las razones para esas diferencias? ¿A qué país se ha aplicado usted más intensamente en sus trabajos científicos?

Atendiendo a la competencia, clases de procesos y elección de jueces hay en efecto muchas diferencias entre los distintos países. Esto tiene su razón de ser en la historia de las culturas de sus pueblos (gran respeto de cada uno de los jueces en los Estados Unidos de Norteamérica), en las *heridas* y experiencias (por ejemplo con Estados totalitarios: España), en el proceso de recepción que han efectuado personas concretas y comunidades científicas nacionales (“medios de recepción”, por ejemplo Corea). En mi opinión, los múltiples factores culturales de la vida política juegan un papel importante. En Alemania han arraigado de tal manera las distintas competencias de la Constitución federal que es difícil pensar en que una de ellas pueda ser eliminada. Por lo demás, debe ser toda recepción creativa a través de un activo proceso de adaptación realizado bajo la responsabilidad de un instituto de derecho que considere las *especificidades* de cada país, sobre todo la protección de las tradiciones.

En razón de mi carácter de professor, obtenida en St. Gallen desde 1981, me interesé especialmente por Suiza que semeja al sistema de los Estados Unidos de Norteamérica operante en el

Tribunal Constitucional de Louisiana. De tal forma que dispone de su propio departamento de derecho público, semejante al del modelo federal alemán. La nueva constitución federal, que entró en vigor a partir del 1o. de enero del 2000, no modifica de fondo absolutamente nada (artículo 189), y mucho menos las leyes federales sobre el control a los tribunales federales (artículo 191), aquí permanece vivo un residuo de temor ante *gouvernement des juges*, por ejemplo, ante la soberanía democrática del pueblo y su dócil participación, debido a que en Suiza se toma muy en serio la democracia parcialmente directa.

Para la relación de los tribunales constitucionales nacionales con los tribunales supra nacionales juega un papel por demás importante el Estado constitucional y su disposición a la cooperación. ¿Podría usted ejemplificar esto con los casos del tribunal europeo y del EGMR y su influencia sobre desarrollo del derecho en Alemania?

El papel del Tribunal europeo y de la EGMR en el desarrollo del derecho alemán debe ser valorado sin exageraciones. Primero a nivel teórico: ambos restringen fuertemente la soberanía nacional. En mi opinión, la Ley Fundamental es actualmente a penas una “porción de la Constitución” dentro del marco de la Unión Europea. Ciertamente, está resguardada la identidad nacional dentro del “ensamble de porciones de constituciones europeas” (artículo 6o., párrafo 2 de la Constitución de la Unión Europea). Sin embargo, la masa de derechos de la EG desplaza considerablemente el derecho alemán, como se muestra en un análisis práctico. Los derechos humanos de la EMRK no tienen lamentablemente validez *a nivel constitucional* en Alemania, como sí es el caso en Austria o Suiza. Aquí pueden observarse claramente algunas deficiencias. La Constitución federal alemana utiliza a la EMRK sólo para llevar a cabo interpretaciones sobre derecho fundamental. Desde el punto de vista teórico, debe quedar claro que tanto la EGMR como el tribunal europeo van en camino de erigir un Tribunal Federal porque Europa es una “sociedad constitucio-

nal en devenir” (así lo expuse en mi artículo en DVBL. 2000, pp. 840 y ss.). También los tribunales constitucionales nacionales son de algún modo tribunales constitucionales europeos, debido a que están vinculados al derecho europeo. Ambos tribunales, el de la Unión Europea y el de EGRM, ejercitan desde hace tiempo el “derecho comparado común a los países europeos” de manera paradigmática en mi opinión, la Constitución federal alemana tiene en este punto ciertas deficiencias.

Nagoyashi, septiembre de 2000.