

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA: ENTRE ETICA Y SEGURIDAD JURIDICA (I)*

Por ERHARD DENNINGER

SUMARIO

I. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA CUESTIÓN: a) Autobloqueo del trabajo de la Comisión para la reforma constitucional a nivel federal; b) Tendencias hacia una renovada moralización del Derecho constitucional de los nuevos *Länder*.—II. LOS NUEVOS IDEALES DEL CONSTITUCIONALISMO REGIONAL: GUSTO POR LA VARIEDAD; NUEVA SENSIBILIDAD POR LA DESIGUALDAD; SEGURIDAD EN LUGAR DE LIBERTAD; IDENTIFICACIÓN DEL INDIVIDUO EN EL MICROGRUPO; SOLIDARIDAD. NUEVOS INSTRUMENTOS DEMOCRÁTICOS PARA LA REALIZACIÓN DE ESOS IDEALES.—III. LOS GRANDES PROBLEMAS REALES DE ALEMANIA DOS AÑOS Y MEDIO DESPUÉS DEL ACTO JURÍDICO DE LA UNIFICACIÓN: DERECHO DE ASILO POLÍTICO; REFORMA DE LA LEY SOBRE EL ABORTO; EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS DE LA «STASI»; CASTIGO DE LOS «GUARDIANES DEL MURO»; INDEMNIZACIONES POR LAS EXPROPIACIONES EN LA ANTIGUA ALEMANIA ORIENTAL.

1. a) Desde hace año y medio la denominada «Comisión mixta para la reforma constitucional» («*Gemeinsame Verfassungskommission*») está desarrollando su labor en Bonn. Esta comisión bicameral, que tiene una composición paritaria de 32 diputados del *Bundestag* y de 32 representantes de los *Länder*, dos por cada *Land*, cifra su objetivo en examinar la situación y, eventualmente, proponer algunas modificaciones o enmiendas de la Ley Fundamental alemana, es decir, de la «*Grundgesetz*» (1). Tal propuesta serviría después como base para la subsiguiente deliberación del Parlamento en su conjunto, que es el único órgano competente para la modificación de la Constitución (art. 79 de la *Grundgesetz*).

El hecho de que la Comisión haya acordado exigir la mayoría de dos tercios para dicha propuesta de modificación, significa en la práctica el autobloqueo de su cometido, a la vista de las numerosas disidencias entre los dos partidos mayoritarios.

No obstante, la Comisión, entre otras cosas, ha debatido el problema de las *nor-*

(*) Texto de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Sevilla el 8 de mayo de 1993. Traducción castellana a cargo del Prof. Dr. Antonio-Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

(1) La Comisión mixta para la reforma constitucional (*Gemeinsame Verfassungskommission*) se constituyó el 16 de enero de 1992. Cfr. *Gemeinsame Verfassungskommission*, Stenographischer Bericht, 1. Sitzung, Stenographischer Dienst des Deutschen Bundestages.

mas programáticas, es decir, de las prescripciones que señalan ciertos objetivos materiales del Estado, como por ejemplo, la tutela del medio ambiente, o la promoción del empleo. Nos encontramos en presencia de normas similares a «Los principios rectores de la política social y económica» de los artículos 39 y siguientes de la Constitución española. De todas las normas programáticas debatidas sólo la cláusula: «el Estado tutela los fundamentos naturales de la vida en el ámbito del ordenamiento constitucional», mantenía (y todavía mantiene) una cierta esperanza de alcanzar la necesaria mayoría de dos tercios.

En el mes de junio de 1992 la Comisión convocó una consulta de expertos de Derecho Constitucional; también allí han prevalecido las voces contrarias a cualquier ornamentación de la Ley Fundamental con normas programáticas. Se temía, entre otras cosas, destruir el carácter unívoco, jurídicamente realizable, de la Constitución. Uno de los expertos ha propuesto la fórmula: «La *Grundgesetz* es y debe seguir siendo una constitución de juristas y no de sacerdotes» (2). Esta frase debe entenderse sin ningún propósito anticlerical; expresa la voluntad de los juristas de trabajar con un texto claro que garantice *derechos*, también derechos subjetivos, con un texto que no proclame vagas promesas, que defina *competencias* y no programas políticos indeterminables. Estimo que la Constitución española, en su artículo 53, ha percibido claramente este problema y lo ha resuelto de forma lógica, en cuanto que distingue entre los derechos fundamentales del Capítulo II, Título 1.º, vinculantes para todos los poderes públicos, y los «principios rectores» del Capítulo III. La fuerza jurídicamente vinculante de estos principios programáticos queda en la penumbra. Si bien, resulta bien clara la reserva de ley del art. 53.3, última frase.

Durante esta consulta uno de los diputados preguntó al autor de este estudio si parecía deseable introducir una norma constitucional que prescribiera, al menos como principio regulador, la fórmula siguiente: «La veracidad promueve un mejor entendimiento entre los hombres» (*wahrhaftiges Bemühen um zwischenmenschliches Verständnis*). La propuesta no se formuló irónicamente, sino en serio; y no por casualidad procedía de un diputado de la antigua Alemania oriental (3).

b) El episodio descrito, en cierto modo, me parece significativo para dar cuenta de la situación actual de la reforma, o mejor, de la no reforma constitucional en Alemania. Se puede observar respecto a tales procesos una neta contradicción: mientras a nivel *federal* predominan las fuerzas y tendencias conservadoras, por no decir inmovilistas; en el plano del constitucionalismo *regional*, es decir, en los cinco nuevos *Länder* nos encontramos frente a un reformismo fantasioso y dinámico.

En el gran cúmulo de detalles de los que se ocupan las nuevas Constituciones, en especial las de Brandeburgo, Sajonia y Sajonia-Anhalt, en la determinación de

(2) J. ISENSEE: *Gemeinsame Verfassungskommission*, Stenographischer Bericht, 2. Öffentliche Anhörung «Staatsziele und Grundrechte», de 16 de junio de 1992, Stenographischer Dienst des Deutschen Bundestages, pág. 8, donde se dice literalmente: «Juristenverfassung, nicht Pastorenverfassung.»

(3) K. ELMER: *Gemeinsame Verfassungskommission*, Stenographischer Bericht, 2. Öffentliche Anhörung, Stenographischer Dienst des Deutschen Bundestages, pág. 49.

ciertos elementos típicos se pueden individualizar al menos cuatro puntos de referencia:

I).—El primero, y al propio tiempo, el más abstracto, aunque también el más relevante a tenor de su rango normativo, es la invocación a la *dignidad humana* como principio básico del sistema de derechos.

II).—El segundo consiste en una nueva *sensibilidad* no por la igualdad, sino por la *desigualdad*, es decir, por las diferencias entre los hombres.

III).—Al menos en algunos sectores sociales se deja sentir una fuerte y creciente tendencia a conectar derechos y deberes subjetivos, no en relación con una situación jurídica abstracta como, por ejemplo, la de la persona jurídica, o la institución jurídica del matrimonio, sino para derivar los derechos inmediatamente de la práctica de una determinada *función social*.

IV).—En consecuencia la *vinculación* jurídica entre el *ciudadano* y el *Estado* pierde su carácter prioritario y monopolístico para la conformación de todas las relaciones jurídicas verticales y horizontales. La persona jurídica no se constituye solamente a partir de la bipolaridad Estado-individuo, sino en sistema multipolar en el cual las grandes instituciones sociales desempeñan un papel cada vez más importante.

Según la tesis que aquí se plantea estos cuatro fenómenos pueden y deben ser comprendidos como manifestación de una nueva moralización del Derecho Constitucional; como expresiones de una nueva tendencia a desformalizar el Derecho y a propiciar una nueva síntesis de los principios del Derecho con los valores morales.

2. Algunos ejemplos servirán para ilustrar esta tesis.

La Ley Fundamental alemana sitúa a la cabeza de todas las demás reglas el principio de la *inviolabilidad de la dignidad humana*. A continuación se proclaman los derechos inviolables e inalienables del hombre como base de toda sociedad humana, de la paz y de la justicia. Y solamente en el último apartado del artículo 1 penetramos en el terreno jurídico, en cuanto que allí se establece la fuerza vinculante de los *derechos fundamentales* para los tres poderes del Estado. Queda un poco oscura en la Ley Fundamental la relación entre la proclamación de los *derechos del hombre* y la formulación de los *derechos fundamentales positivos*.

Mucho más clara sobre este punto es la Constitución de Sajonia, del 27 de mayo de 1992, que en su art. 14, apartado II dice: «La inviolabilidad de la dignidad humana es la fuente de todos los derechos fundamentales» (4).

Al mismo tiempo la dignidad humana se hace valer no sólo en la relación individuo-Estado, sino como principio universal con efectos *erga omnes*; o, en los términos de la Constitución de Brandeburgo (art. 7.2): «Cada uno debe reconocer a los demás su dignidad.» El respeto y la tutela de la dignidad humana no sólo son el objetivo de cualquier poder del Estado, sino también «el fundamento de cualquier comunidad solidaria» (art. 7.1 de la Constitución de Brandeburgo) (5). Estas fórmu-

(4) *Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt*, Nr. 20/1992 de 5 de junio 1992, pág. 245.

(5) Art. 7.1, que prescribe en su versión original: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Grundlage jeder solidarischen

las evocan puntualmente el art. 10 de la Constitución española en el que se lee: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables... son fundamento del orden político y de la paz social». En ambos casos el jurista, en función de la *seguridad jurídica*, queda insatisfecho ya que las consecuencias normativas prácticas de la expresión «fundamento» quedan poco claras.

El segundo fenómeno para discutir en este contexto resulta muy complejo. Hablar de una nueva sensibilidad por la *desigualdad* revela solamente un aspecto negativo. Conviene quizás aludir a un redescubrimiento de la multiplicidad, o incluso mejor del *gusto por la variedad*. Mientras el texto y las garantías de la Ley Fundamental se hallan imbuidos de los ideales de la Revolución francesa y del Iluminismo, referidos a «*Liberté, Egalité, Fraternité*», las nuevas Constituciones de la ex Alemania oriental reflejan, sin abandonar la base tradicional, los nuevos ideales de la seguridad, la multiplicidad y la solidaridad. Si se considera que estos ideales son significativos para una fase «*postmoderna*» del desarrollo del Derecho, las nuevas Constituciones corresponden a esta orientación. Prefiero no obstante, no abandonarme a las especulaciones histórico-filosóficas, sino volver a los textos.

El nuevo ciudadano, por así decirlo, no se contenta con ser considerado igual a todos, dotado de los mismos derechos. Más bien, reclama el reconocimiento de su *igualdad* a través del reconocimiento de su *diversidad* respecto de los otros. Y no se contenta de ser reconocido como sujeto de derecho al igual que los demás, sino que busca (y en ocasiones encuentra) su identidad individual y social en la pertenencia a un grupo social específico, ya sea una minoría étnica, cultural, religiosa o nacional, o sea un grupo hasta el momento marginado como los homosexuales, los transexuales, los minusválidos y otros. Las Constituciones tienen en cuenta estas tendencias en forma diversa. De una parte, no sólo los individuos, como hasta ahora en la tradición constitucional rousseauiana, vienen reconocidos como titulares (sujetos) de derechos fundamentales, sino también los «grupos sociales» (art. 5.1 de la Constitución de Brandeburgo). El Estado garantiza y tutela el Derecho de las minorías nacionales y étnicas «a conservar su identidad y a cultivar su lengua, religión, cultura y tradición» (art. 5.2 de la Constitución de Sajonia). Un poco menos decidida resulta, sin embargo, la tutela de las minorías *extranjeras*: «El Estado respeta los intereses» de estas minorías.

De otro lado el principio clásico de la igualdad, confirmado por la prohibición de discriminación por determinados motivos como sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, y condiciones personales y sociales (cfr. art. 3.1 de la Constitución italiana, y art. 3.3 de la Ley Fundamental alemana), cambia de carácter según la extensión de las prohibiciones. El art. 12 de la Constitución de Brandeburgo enumera, junto al catálogo clásico de derechos fundamentales, la nacionalidad, la identidad sexual, y los derechos de los minusválidos. La prohibición de discriminación se puede transformar fácilmente en exigencia de prestaciones compensatorias difíciles

Gemeinschaft". *Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg*, Nr. 6/1992, de 22 de abril de 1992, pág. 124.

de cumplir. El Estado y los Ayuntamientos, por ejemplo, se hallan obligados explícitamente a «promover la equiparación de las condiciones de vida de los hombres minusválidos y no minusválidos» (art. 12.4 de la Constitución de Brandeburgo). Lo que constituye ciertamente un buen ejemplo del planteamiento ético de dicha Constitución.

No deseo entrar en excesivos detalles, pero no puedo soslayar la clarificación de lo que he denominado el *gusto por la variedad*. El Capítulo 6.º de la Constitución de Brandeburgo trata de la educación pública, de la ciencia, del arte y del deporte.

El art. 35 se inicia con la declaración harto trivial de que el deporte es una parte de la vida, digna de ser estimulada. Pero después continua expresando que esta promoción debe tomar en cuenta las exigencias específicas de los escolares, de los estudiantes, de los ancianos y de los minusválidos. Ya es discutible que el deporte sea, igual que tantas otras cuestiones, un argumento de urgencia para una Asamblea constituyente, en cualquier caso se debería estar de acuerdo en que la Constitución no es un elenco de todas las actividades humanas particulares.

En todo caso la experiencia es diversa. Uno de los motivos de ello es, sin duda el descubrimiento de la multiplicidad y consiguientemente la voluntad de los diversos grupos de reafirmarse como tales, de ser reconocidos como exponentes de valores sociales específicos en el propio texto de la Constitución. En antítesis a la tradición fundada en Hobbes, Rousseau y Kant, aquí se manifiesta una nueva autoconsciencia de sí mismos en cuanto ciudadanos y sujetos de derecho.

Si se puede caracterizar la tradición iluminista moderna con la tríada de las ideas:

- De la autonomía del individuo;
- de la universalización de la razón, y
- de la igualdad de los súbditos y posteriormente de los ciudadanos; ahora en la autoafirmación de los grupos a través de la propia Constitución se expresa una concepción del todo diferente, que consiste en:
 - la salvaguardia de la identidad del individuo que se identifica además con un grupo limitado y circunscrito, «nuestro grupo» («Wir-Gruppe»);
 - en consecuencia, una pluralidad de esferas particulares de valores, que hace casi imposible una universalización racional, y
 - el reconocimiento de los iguales (en sentido abstracto) como desiguales en sentido concreto, o sea, con todas las prestaciones del Estado social, por así decirlo según la fórmula: «derecho igual a la desigualdad» (6).

No podemos indagar aquí las causas específicas históricas, políticas y sociopsicológicas de este proceso. Respecto a la situación alemana obviamente la caída del

(6) El «gusto por la variedad» asume el cariz de un individualismo «positivo», que va más allá de la mera exigencia de una igualdad sustancial. El Estado social tradicional tiende al logro de la igualdad sustancial y real de las condiciones de vida; pero los nuevos movimientos exigen todavía más: reclaman la satisfacción de sus necesidades particulares.

comunismo homogeneizante, símbolo del enemigo, desempeña un papel principal; pero también la imprevista confrontación de los alemanes del Este, inmersos en una crisis de identidad, con el elaborado Ordenamiento jurídico del Oeste, ordenamiento de un Estado social en cuyos beneficios intentan participar.

Es evidente que estos nuevos ideales:

- De los grupos minoritarios (no está de más recordar que contra más minoritarios, más agresivos);
- de las diversas éticas de grupo, y
- de la acentuación de la desigualdad deben confrontarse con los principios de la igualdad formal y de la generalidad de ley que, al menos según la teoría, hasta ahora han garantizado la certeza y la racionalidad del Derecho.

Conviene también observar otra razón menos «idealista», que deriva del cambio de función de una Constitución moderna. Esta ya no representa sólo la frontera entre el Estado y la sociedad, como en el modelo del constitucionalismo decimonónico, y no es tampoco únicamente un sistema de reglas del «juego político», es decir un sistema de reglas procesales para la producción de decisiones vinculantes con carácter general. La Constitución moderna entraña, más bien, un proyecto o diseño más o menos comprensivo, más o menos utópico, de la vida comunitaria en una sociedad. Bajo este aspecto la Constitución sirve también como modelo básico para la atribución de los recursos materiales. De este modo, las normas programáticas al fijar los objetivos de la actividad estatal, o al reconocer las necesidades particulares de determinados grupos, señalan los puntos cardinales para cualquier balance futuro del Estado (7).

Precisamente es este uno de los motivos por el cual los políticos del Oeste de la República Federal de Alemania se oponen a la inserción de normas de este tipo en la Ley Fundamental.

Quizá es este el lugar para recordar que el nuevo tipo de Constitución alemana representado por los nuevos textos de Brandeburgo, Sajonia, etc. (pero precedido por la Constitución de Schleswig-Holstein de 1990) (8), prevé no sólo la existencia y la identidad de nuevos grupos sociales, a los cuales establece objetivos políticos, sino que articula *nuevos instrumentos democráticos* para la realización de tales objetivos. Sería necesario aludir aquí a los nuevos procedimientos de iniciativa popular y de plebiscito para demostrar la posibilidad de desarrollar nuevas formas de concurrencia *cooperativa* entre la labor parlamentaria y las fuerzas extra-parlamentarias. Ciertamente a nivel federal, con casi 60 millones de ciudadanos con derecho al voto, una iniciativa popular será siempre una aventura complicada. Pero en el ámbi-

(7) Sobre la «Función de la Constitución»: Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18.ª ed., Heidelberg, 1991, pp. 10 y sigs.; D. GRIMM: *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt / M. 1991.

(8) *Verfassung des Landes Schleswig-Holstein*, del 13 de diciembre de 1989, en la publicación del 13 de junio de 1990, *Gesetz- und Verordnungsblatt Schleswig-Holstein*, 1990, pág. 391.

to más restringido de una región, o de un *Land*, donde la iniciativa precisa entre veinte o cuarenta mil votos, equivalente al 1 o el 1, 5 por 100 del cuerpo electoral, también grupos limitados de ciudadanos pueden conseguir la capacidad de estimular la labor legislativa parlamentaria. Debo admitir que las prognosis, sea sobre la posibilidad, o sea sobre la deseabilidad de estos nuevos instrumentos de democracia directa se hallan muy debatidas, no obstante, creo que es legítimo y útil admitir estas posibilidades. Existe, en definitiva, un nexo intrínseco entre la moralización de la Constitución a través de normas programáticas y su democratización con elementos de democracia directa.

Respecto al tercer y al cuarto punto, característicos de la nueva dimensión ético-social de las nuevas Constituciones, debo limitarme a apuntar algunas breves observaciones. La tesis es que el legislador constitucional toma como punto de partida para la formulación de los derechos y deberes, no exclusivamente al individuo abstracto en cuanto portador de derechos fundamentales, sino una determinada *situación social* en la cual se precisa la tutela, la asistencia, la promoción, o de cualquier forma, la responsabilidad del Estado o de la sociedad. Esto se aprecia en el Derecho del medio ambiente, pero sobre todo en el Derecho de familia. La tutela ecológica viene ampliada hasta abarcar a la responsabilidad hacia las generaciones futuras, lo que entraña una novedad del sistema jurídico (art. 10.1 de la Constitución de Sajonia, de forma análoga el art.39.1 de la Constitución de Brandeburgo). Más inmediata y plena de problemas sociales explosivos es la promesa del artículo 22.2 de la Constitución de Sajonia, que prescribe: «Quien crie y eduque niños, o cuide a menesterosos, enfermos y ancianos, merece promoción y ayuda.» No menos problemático parece el reconocimiento de la necesidad de tutelar a quienes conviven fuera del matrimonio (art. 26.2 de la Constitución de Brandeburgo). Y, por último, nos encontramos sin duda ante una Constitución de «sacerdotes» y no de «juristas», cuando leemos: «Quien en un matrimonio, en una familia o en otra comunidad de vida sufra violencia psíquica o física, tiene derecho a la asistencia y tutela de la colectividad» (art. 26.3 de la Constitución de Brandeburgo) (9).

Existe motivo para que quienes somos juristas occidentales, habituados a una mayor precisión, torzamos el gesto frente a este sentimental lirismo jurídico.

La no reforma de la *Grundgesetz* permite que ésta conserve su carácter técnico-jurídico, pero no proporciona ninguna solución normativa para los problemas actuales reales. La violencia, sea en el matrimonio o sea en la convivencia, existe; la asistencia para los ancianos y enfermos es un problema sin resolver; y centenares de homosexuales que solicitan en vano el matrimonio civil ante Registros y Juzgados constituyen una innegable realidad. Estos ejemplos muestran que es sólo una cuestión referida a la concreta situación política si un problema social determinado constituye un argumento para el legislador «simple» (parlamentario), o para el constitu-

(9). Art. 26.3, que proclama textualmente: «Wer in Ehe, Familie oder einer anderen Lebensgemeinschaft psychische oder physische Gewalt erleidet, hat Anspruch auf Hilfe und Schutz des Gemeinwesens.»

yente, o para ninguno de ambos. El intento de insertar en la *Grundgesetz* una cláusula para asegurar la equiparación real de la mujer, fracasará en la Comisión mixta; pero en algunos *Länder* los ministros (femeninos) competentes han puesto en marcha el correspondiente proceso parlamentario.

3. Para hacerse una idea realista de la auténtica situación de Alemania dos años y medio después del acto jurídico de la incorporación de los territorios de la ex República Democrática Alemana (10), no es necesario observar el laborioso debate sobre la reforma de la Ley Fundamental, más bien conviene reflexionar sobre los grandes temas jurídico-políticos que han conmocionado a la opinión pública alemana. Entre los más importantes se pueden reseñar:

- 1.º La modificación del derecho de asilo político;
- 2.º La reforma de la regulación del aborto;
- 3.º La administración y el uso de las actas y los documentos del Ministerio de la Seguridad del Estado de la ex República Democrática Alemana, de la denominada «STASI», a tenor de la Ley de 20 de diciembre de 1991;
- 4.º El castigo de los «guardianes del muro» (de Berlín) y, en sentido amplio, las consecuencias penales de actividades delictivas del Gobierno de la ex República Democrática Alemana; por ejemplo, el proceso contra E. Honecker y otros;
- 5.º Las expropiaciones en la Alemania Oriental, la elección entre restitución de los bienes o indemnizaciones.

Cada uno de estos argumentos merecería ser tratado de forma pormenorizada. Aquí me debo limitar a desvelar el común denominador de todos estos problemas, es decir: la necesidad de seguir una valoración de *carácter ético* para llegar a conclusiones jurídicas aceptables.

Examinemos más de cerca estos problemas.

Respecto al *derecho de asilo* la Ley Fundamental establece categóricamente que los perseguidos políticos tienen el derecho de asilo (art. 16.2). La Constitución garantiza este derecho fundamental o derecho humano sin ninguna restricción. Pero se ha dado el caso de que la mayor parte de los cuatrocientos treinta y ocho mil solicitantes de asilo en el año 1992 (la tendencia sigue creciendo) en realidad no son perseguidos políticos, sino que se trata de los denominados «prófugos económicos» (*Wirtschaftsflüchtlinge*). La cuota de reconocimiento como perseguido político en 1992 alcanzaba sólo al 4,3 por 100 (11). Aquellos a los que no se les ha reconocido como tales, en la práctica, ya no retornan a sus países, ya que con la asistencia de un hábil abogado consiguen quedarse en Alemania durante varios años. Ante tales circunstancias se requiere una decisión sustancialmente *ética* para salvaguardar el principio constitucional de un derecho de asilo individual y absoluto.

(10) Tratado sobre la Unificación de Alemania suscrito entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana, del 31 de agosto de 1990, *Bundesgesetzblatt* II, pág. 889, en vigor desde el 29 de septiembre de 1990, *Bundesgesetzblatt*, 1990 II, pág. 1360.

(11) *Bundestagsdrucksache*, 12/4152, de 19 de enero de 1993, pág. 3.

Los otros cuatro problemas han sido consecuencias inmediatas de la unificación alemana, ya previstas en el Tratado de Unificación de 31 de agosto de 1990 y sus Apéndices.

En la ex República Democrática Alemana las mujeres gozaban de una normativa sobre la *interrupción del embarazo* similar a la legislación italiana, mientras que en la vieja República Federal Occidental, tras una sentencia del Tribunal Constitucional de 1975, el *aborto*, por principio, era siempre punible, salvo los casos de indicaciones previstas en la ley (12). Con una Ley de 27 de julio de 1992 el legislador ha intentado restablecer, en este campo, la unidad del Derecho para toda Alemania (13). Contemplado bajo el aspecto de la punibilidad, el núcleo de la ley es que el aborto durante las primeras doce semanas del embarazo resulta impune, si la mujer acepta un dictamen cualificado. No obstante el hecho de que la nueva ley haya sido aprobada con una considerable mayoría, la minoría parlamentaria la ha recurrido ante el Tribunal Constitucional Federal.

La sentencia ha sido dictada el 28 de mayo de 1993. Hasta ahora el dogma central de dicho Tribunal había sido el de expresar la condena del aborto en el Ordenamiento jurídico. En esta sentencia se confirma la caracterización del aborto como acto *ilegal*. No obstante, cuando se den ciertas condiciones previstas por la ley, la mujer quedará *impune*. De este modo, el Estado reconoce, o al menos tolera, la decisión autónoma de la mujer. El Ordenamiento jurídico renuncia a una penalización, confiando en la responsabilidad de la mujer y en la cualidad ética de su decisión. Se observa también aquí una disminución de la seguridad jurídica en cuanto que el Estado renuncia al intento de «resolver» el conflicto entre el derecho del feto y los intereses (y derechos) de la mujer según criterios objetivamente mensurables.

También la decisión del legislador de abrir el *acceso a las actuaciones de la STASI* —se habla de 200 kilómetros de datos archivados— a todos los interesados, es decir, a las «víctimas», se basa en una valoración ética que sobreestima el derecho a la información frente al derecho a la intimidad (14).

No puedo entrar aquí en la problemática penal de los disparos mortales contra los jóvenes que trataban de *traspasar el muro de Berlín*. Basta señalar que los Tribunales tienen planteadas grandes dificultades para aplicar a estos supuestos el Derecho positivo.

Concluyo mis observaciones con una de las particularidades del aspecto jurídico de la unificación alemana. Se trata de una norma constitucional que indica que ciertas normas del Tratado de la unificación serán mantenidas incluso si son incom-

(12) Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* vol. 39, págs. 1 y sigs., de 25 de febrero de 1975; §§ 218 y sigs. del Código Penal.

(13) Cf. *Schwangeren- und Familienhilfegesetz* del 27 de julio de 1992, BGBI. I, 1992, págs. 1398 y sigs. Vid también E. DENNINGER / W. HASSEMER: *Zum Verfahren zu §§ 218 ff. StGB vor dem Bundesverfassungsgericht (1992)*, en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (= KritV) 1/1993, págs. 78 y sigs.

(14) Cf. W. HASSEMER/K. STARZACHER (eds.): *Datenschutz und Stasi-Unterlagen*, Baden-Baden, 1993.

patibles con ciertos derechos constitucionales. O, en términos más claros: el Tratado prevé, por principio, *la restitución de los terrenos expropiados* a sus propietarios. Pero en determinados casos, la ley prescribe, por el contrario, en lugar de la restitución una indemnización en función del valor del bien (15). Todo ello es conforme a la Ley Fundamental. Solamente para todas aquellas expropiaciones realizadas entre los años 1945 a 1949, es decir, el período de ocupación soviética previo a la fundación de la República Democrática Alemana, la restitución se halla excluida y el nuevo artículo 143.3 de la Ley Fundamental confirma dicha excepción. El Tribunal Constitucional ha debido examinar la constitucionalidad de esta norma constitucional. Al hacerlo ha recurrido al principio de la dignidad del hombre y a los «postulados fundamentales de la justicia» (16).

Según el Tribunal la actitud de la Unión Soviética y de la República Democrática Alemana durante las negociaciones de 1990 justificaría el trato desigual para los dos tipos de expropiaciones; ya que, de otro modo, no se hubiera podido alcanzar un acuerdo para la Unificación. No me puedo liberar de la sospecha de que en este supuesto un razonamiento filosóficamente insuficiente ha servido para motivar una decisión política.

Espero que estos pocos ejemplos hayan contribuido a clarificar dos cosas:

1) El proceso de la Unificación de las dos partes de Alemania exige enormes esfuerzos de homologación y adecuación del Derecho en sentido técnico-jurídico. La pérdida de seguridad jurídica de este proceso ya ha revestido manifestaciones importantes.

2) En cualquier caso es todavía más relevante comprender que la construcción de un Ordenamiento jurídico seguro y uniforme presupone un largo debate, intenso y racional sobre las orientaciones éticas fundamentales de nuestro sistema jurídico. En las dos zonas de Alemania convergen y divergen opiniones distintas sobre aquello que pueden hacer las normas jurídicas para la integración social, y en muchas ocasiones, afloran también concepciones morales diferentes. Seguridad y racionalidad de un Derecho válido para toda Alemania son condiciones que sólo podrán ser alcanzadas cuando se cree un consenso mínimo sobre los valores éticos que fundamentan el Ordenamiento jurídico. Y es este un proceso largo y laborioso.

(15) Vid. Tratado sobre la Unificación de Alemania, art. 41, con apéndice III (de 15 de junio de 1990).

(16) Cfr. *Entscheidungen des BVerfG*, vol. 84, a 90 sigs., 121, sentencia del 23 de abril de 1991. Ahora un Proyecto de ley pretende una cierta (escasa) indemnización también para estos casos de expropiaciones llevadas a cabo entre 1945 y 1949.