

TAREAS DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* EN UNA ÉPOCA DE CAMBIOS (*)

PAUL KIRCHHOF (**)

SUMARIO: I. EXPECTATIVAS CIUDADANAS RESPECTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: 1. *Garantía de la paz jurídica en la competencia parcial en libertad*. 2. *La Constitución como orden de valores*. 3. *La jurisprudencia constitucional en una comunidad sometida al cambio*.—II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE UNIFICACIÓN: 1. *El supuesto pecado original de la Ley Fundamental*. 2. *El intento de llegar a una cierta adaptación de dos sistemas jurídicos distintos*.—III. APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA INTEGRACIÓN EUROPEA.—IV. GARANTÍA DE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES: 1. *Contenido constitucional y presupuestos de la Constitución*. 2. *El desarrollo de la capacidad para la libertad*.—V. PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DEL PROGRESO MÉDICO-CIENTÍFICO.—VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CONSTANTE EN MEDIO DE CAMBIOS EN CUANTO A LO QUE SE DEMANDA Y SE ESPERA DEL DERECHO: 1. *La división de tareas entre los órganos del Estado*. 2. *La atribución de un mandato concreto de decisión*. 3. *La estructura del parámetro constitucional*.

Una constitución de la libertad se alza sobre fundamentos estructurales permanentes del Estado. En la actualidad, cuando la unificación alemana ha colocado bajo interrogantes la realidad de pueblo (Staatsvolk) y territorio (Staatsgebiet), la integración europea ha hecho que no esté por más tiempo reservado en exclusiva al Estado el ejercicio de competencias soberanas, no parecen generalmente garantizadas las posibilidades de los jóvenes de desarro-

(*) Traducción de A. LÓPEZ PINA, Universidad Complutense.

(**) Magistrado del Tribunal Constitucional, ponente entre otras importantes sentencias de la *Maastricht-Entscheidung*, de octubre de 1992; catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Heidelberg. Junto con J. ISENSEE ha editado el *Handbuch des Staatsrechts*, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, Heidelberg: C. F. MÜLLER, Verlag, 1989-1996 (cfr. A. LÓPEZ PINA: «De la idealización del Estado», en *Saber/Leer*, núm. 36, junio-julio 1990). En lengua española ha publicado «Fuerza normativa e interpretación de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales —en particular, en relación con el ejercicio del poder legislativo», en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, edición de A. López Pina, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Editorial Civitas, 1991. (Nota del traductor.)

llarse para la libertad en una familia y cuando, en fin, la identidad y la auto-determinación de la persona son definidas de nuevo por la ciencia técnico-médica, tales condiciones constitucionales resultan ser más un mandato que un supuesto dado. Estas cuestiones, que el Derecho Constitucional debe resolver, colocan al Bundesverfassungsgericht ante nuevas tareas; estas páginas resumen la jurisprudencia a que tales tareas han dado lugar.

I. EXPECTATIVAS CIUDADANAS RESPECTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. *Garantía de la paz jurídica en la competencia parcial en libertad*

La política configura la vida estatal, el Derecho Constitucional la preserva. En este sistema de preservación y dinamización, el Derecho vigente trata de asegurar un orden pacífico permanente, parcelando en campos de competencia separados y normas específicas de procedimiento la lucha elemental de todos contra todos (*homo homini lupus*). El Derecho prescribe fines parciales para determinados ámbitos de vida; con ello facilita al individuo una visión general, limita la carga de decisiones que ha de adoptar y su consiguiente responsabilidad, pero vincula simultáneamente su búsqueda de éxitos y su voluntad de rendimiento: nuestra vida económica sólo tiene en cuenta lo que es funcional al beneficio económico, la estimación de ganancias y pérdidas —en buena medida, al margen de vínculos éticos. En la política, los partidos suponen continuas alternativas personales y programáticas que procuran liberar al individuo de la necesidad del análisis y del juicio autónomos. Nuestras relaciones laborales giran todavía en torno a la antítesis entre capital y trabajo y organizan un procedimiento buscando que en la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores la comprensión solucione los conflictos —de forma semejante a como en el deporte no dominan la distensión y el encuentro, sino la competencia y el resultado, que da lugar a la postre a una división entre vencedores y vencidos.

Así, parece asegurarse la libertad interna en procedimientos cuidadosamente estructurados y encauzados de competencias parciales en libertad. La lucha electoral, el conflicto laboral y la competencia deportiva respetan reglas del Estado democrático de Derecho, del mandato de paz o del juego limpio. Una ley contra el abuso de la competencia limita la libre competencia económica. El discurso abierto en la controversia de opiniones renuncia a la violencia física —por más que la potencia destructora de la palabra no tropiece todavía con una ley contra los abusos por medio de la pluma y la imagen.

Este concepto de la paz, que orienta los impulsos y la dinámica continuamente hacia metas parciales y que vincula procedimentalmente el curso de los procesos, pero que respetadas las reglas parece justificar prácticamente cualquier

resultado, produce la impresión de que nuestro orden jurídico apenas conociera ya valores arraigados que garanticen una posición jurídica fiable también a quienes no participen en la competencia o sean derrotados en la misma. En ocasiones, parece que no se deseara como valor estable y no cuestionado otro que el dinero.

2. *La Constitución como orden de valores*

Yerran quienes interpreten la Constitución como mero orden de organización y procedimiento. La Constitución protege precisamente al débil, hace justicia al que se siente impotente, promueve la pertenencia del ciudadano al pueblo y vincula a las fuerzas centrífugas en la trabada armazón del Estado de Derecho. La Constitución completa los derechos de libertad orientados hacia la competencia de ejercicio profesional y propiedad privada, de expresión a través de prensa, radio y televisión y de asociación e investigación mediante los derechos de libertad que procuran *cobijo personal (Geborgenheit)* como la familia, el domicilio y el derecho a la privacidad, así como mediante los derechos fundamentales a la libertad religiosa, la creación artística y la igualdad, que funcionan a contracorriente del principio de la libre competencia compensándola.

La Constitución declara vinculantes conquistas elementales de la cultura jurídica a la altura de los tiempos y contiene la promesa de constituir al Estado ligándolo a valores probados y a la toma en consideración de la experiencia política acreditada. Tal promesa vincula al Estado, que no puede discrecionalmente reformar o derogar la Constitución. Ciertamente, la atribución de poder político o económico requiere de una decisión del legislador. Pero los *derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana* (artículo 1.2 Ley Fundamental) encierran una pretensión de universalidad y quieren ser presupuesto vinculante para todas las constituciones de la tierra. Este *a priori* veda, por ejemplo, al constituyente atribuir la dignidad humana al ciudadano nacional y negarla al extranjero, sustituir sea la igualdad de hombre y mujer por una relación de servidumbre, sea, en caso de guerra, las exigencias humanitarias por el mandato de completa destrucción del enemigo. Ninguna constitución puede dejar de reconocer las necesidades del hombre a alimento, vestido, techo bajo el que cobijarse, matrimonio y familia; dejar de acompañar su desarrollo en la sucesión de nacimiento, crecimiento, edad adulta, envejecimiento y muerte, y dejar de confirmar tales diferencias en la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, la titularidad de derechos políticos y la capacidad profesional, la procura de los derechos de la personalidad, la asistencia social y la sucesión jurídica. Si una constitución menospreciara la protección del medio ambiente o fuera insensible a la cuantía de la deuda pública por la mera razón de que la generación siguiente aún no tiene el derecho de su-

fragio y, por tanto, no determina la formación de las mayorías, abdicaría de la aspiración básica de las constituciones democráticas de limitar el poder de la mayoría en beneficio de una aún débil minoría.

De ahí que la Constitución dote a la comunidad, con independencia de las cambiantes mayorías, de un perfil semejante. La Constitución reconoce dignidad a cada hombre por el mero hecho de existir (1); la Constitución hace de él una persona jurídica, dado que por su mera existencia es titular de derechos y deberes, y deberá tener al alcanzar la mayoría de edad la facultad para vincularse jurídicamente (2). La Constitución reconoce al individuo como *personalidad*, ya que posee la disposición y la capacidad para adoptar decisiones morales (3).

La promesa de preservar dignidad, libertad e igualdad es también la apuesta central de la garantía de continuidad que entraña una democracia bajo el Estado de Derecho. En tal constelación, el postulado de Estado de Derecho es un instrumento más bien de la preservación; el principio democrático sirve, en cambio, a la innovación. La garantía de aquella parte del Derecho que es inviolable, o sólo difícilmente reformable, y la vinculación democrática de los poderes públicos al pueblo orientan la comunidad hacia una continuidad de las condiciones jurídicas y existenciales que es fundamento de seguridad y libertad personales, llevando con ello a desplegarse a un pueblo que tenderá más a preservar que a derrocar.

La Ley Fundamental se basa en experiencias, concepciones, ideas y necesidades con las que están familiarizados los participantes en el tráfico jurídico y que por esa razón generan confianza en tal Derecho. En ese sentido, la Ley Fundamental es un orden de valores: valor y dignidad tienen las mismas raíces lingüísticas (en alemán), caracterizan en la dignidad las expectativas de cada persona, que puede basarlas en el valor de una regla objetiva. Sólo una Constitución segura de estos valores como fundamento de una democracia en libertad puede renunciar a vincular el ejercicio de la libertad a valores y a proteger así únicamente determinados ejercicios de libertad considerados valiosos a partir de la definición del propio Estado (4). La vinculación a valores preserva la

(1) *BVerfGE*, 88, 203 (252) = *NJW*, 1993, 1751 = *NVwZ*, 1993, 877 L = *NZs*, 1993, 353.

(2) Cfr., por un lado, GEORG JELLINEK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed. (1905), págs. 81 y sigs.; por otro, WALTER JELLINEK: *VerwR*, 3.ª ed. (1981), págs. 200 y sigs.

(3) Sobre sus fundamentos cfr. IMMANUEL KANT: «Kritik der praktischen Vernunft» (1788), en KANT: *Werke*, V, ed. de Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1913, 1, 1, 3 (págs. 71 y sigs.). La concreción de la jurisprudencia constitucional puede hacer que tal derecho de la personalidad comprenda un derecho igual a la libertad general de acción; cfr. *BVerfGE* 6, 32 (36) = *NJW*, 1957, 297; *BVerfGE*, 74, 129 (151) = *NZA*, 1987, 347 = *NJW*, 1987, 1689 L; *BVerfGE*, 75, 108 (154 y sig.) = *NJW*, 1987, 3115; *BVerfGE*, 80, 137 (152 y sig.) = *NJW*, 1989, 2525 = *NVwZ*, 1989, 1052 L.

(4) STARCK, en FALLER-KIRCHHOF-TRÄGER: *Festschrift f. Geiger*, 1989, págs. 40 (51 y sigs.).

aplicación constitucional de una discrecionalidad subjetiva (5) que podría servir de diferentes doctrinas axiológicas según el arbitrio individual. La vinculación a valores de la Ley Fundamental es también la que lleva al Estado alemán a ganar su lugar legítimo en el orden jurídico internacional, que quiere universalizar y hacer perdurar derechos humanos y elementos de soberanía popular en la Carta de las Naciones Unidas, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en numerosos Tratados.

3. *La jurisprudencia constitucional en una comunidad sometida al cambio*

Si corresponde al Tribunal Constitucional asegurar tales garantías de valores y procedimientos, en el caso de la unificación alemana ello le resulta más fácil cuando tiene que garantizar procedimientos que cuando tiene que respaldar la vigencia de valores que sirvan como referencia jurídica inamovible también en los actuales procesos de cambio. En el desarrollo de la Unión Europea parece, por el contrario, más factible llegar a un consenso sobre valores europeos que sobre los procedimientos de transferencia de competencias soberanas y de ejercicio de la soberanía.

El mandato que recibe el *Bundesverfassungsgericht* trae causa de una Ley Fundamental —basada en la convicción del pueblo acerca de la adecuación y vinculatoriedad del Derecho Constitucional— que parte de unos presupuestos estructurales permanentes de la estatalidad —como son especialmente el pueblo, el territorio, unos valores comunes, las condiciones existenciales para la economía, la cultura y la formación de voluntad. Tales supuestos no se dan completamente en la actual situación de cambio. A raíz de la unificación, territorio y pueblo han sido nuevamente delimitados, y el relativo equilibrio existente hasta ese momento en potencia económica, bienestar y posibilidades regionales para la ciencia y la cultura se ha visto sustituido por una abrupta brecha que pone en peligro los vínculos sociales resultantes de la experiencia común con una democracia en libertad a causa de la colisión entre dos sistemas jurídicos opuestos en el mismo Estado (véase II).

Junto a ello, valores elementales del Derecho Constitucional no parecen tener en toda la población el arraigo de otro tiempo. Ha dejado de ser algo obvio la disposición de los jóvenes a tener hijos y crear una familia. Así, se

(5) Sobre el particular, críticamente, PODLECH: *AöR*, 95 (1970), 185 (205); al respecto, STARCK (o nota a pie de página 12), págs. 42 y sigs.

pone en peligro uno de los presupuestos constitucionales que ofrece a la infancia un ámbito existencial —a la vez, a distancia del Estado y en el cobijo del ámbito privado— en el que desplegar su capacidad para la libertad prácticamente a cubierto de riesgos para después hacer crecientemente uso de ella en su paulatina entrada en la sociedad (véase IV).

Simultáneamente, la actual evolución técnico-científica ofrece al hombre posibilidades de acción y opciones que obligan a revisar concepciones clásicas del sujeto jurídico, de su autodeterminación y de su responsabilidad para los semejantes. Cuando, por ejemplo, la investigación médica cuestiona la definición tradicional de los orígenes y el fin de la vida; cuando las posibilidades de tratamiento pueden cambiar esencialmente la formación de voluntad y el comportamiento de los hombres; cuando la *medicina de aparatos* impone al médico el dominio sobre la existencia y el bienestar del otro; cuando la biogenética, todavía con cautelas, pero de una forma imposible de ser ignorada, promete la mutabilidad de la identidad de la persona, el Derecho Constitucional tiene que preguntarse si se dan todavía en la medida presupuesta, o al menos en la medida imprescindible, las condiciones para su validez y eficacia (véase V).

II. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE UNIFICACION

1. *El supuesto pecado original de la Ley Fundamental*

La Ley Fundamental ha sido capaz de fomentar el proceso de unificación con su mandato (6) y, por su naturaleza abierta, de ofrecer un sólido instrumento de coordinación para el Tratado de Unificación (7); sin embargo, su autoridad quedó parcialmente en entredicho en el debate que se abrió en Alemania occidental. Cuando los alemanes de la antigua República Democrática habían iniciado con coraje y decididamente la unificación y habían llegado incluso (8) a reconocer la Ley Fundamental como Constitución de la Alemania unificada, y ante el relativo desconcierto de los alemanes occidentales respecto

(6) Cfr. *BVerfGE*, 5, 85 (127) = *NJW*, 1956, 1393; *BVerfGE*, 36, 1 (17 y sig.) = *NJW*, 1973, 1539; también, RESS: «Grundlagen und Entwicklung der innerdeutschen Beziehungen», *HdbStR*, I, 1987, y *Rdnrn.*, 11, págs. 55 y sigs.; DOLZER: *Die rechtliche Ordnung des Verhältnisses der BRep. Deutschland zur DDR*, y *Rdnrn.*, 12, págs. 7y sig.

(7) Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana sobre establecimiento de la unidad de Alemania de 31 de agosto de 1990, *BGBI*, II, 889.

(8) Cfr. H.-J. MEYER: *Essener Gespräche*, 26, 1992, págs. 112 y sigs.

de la condición *provisional* y *transitoria* (9) de la propia Constitución, con lo cual no habían llegado a hacer propio lo común de un *patriotismo constitucional* (*Verfassungspatriotismus*) ni la pertenencia al propio Estado con sus tradiciones, instituciones y personas había cobrado la necesaria firmeza, entonces una política constitucional alemán-occidental planteó al movimiento unificador la cuestión de si la Ley Fundamental tenía suficiente legitimación democrática habida cuenta de su *pecado original*, pues el pueblo nunca había decidido en votación acerca de su vigencia.

Tal planteamiento confunde la idea de la democracia en el sentido de una mera regla de procedimiento al reducir los requisitos de la legitimación democrática a un acto único de votar; constriñe la idea material de democracia conforme a la cual los poderes públicos deben ser legitimados por el pueblo de cada momento, a la formalidad de una única decisión de principio, sometiendo la propia democracia a una decisión momentánea. En el supuesto de que se votara luego de una adecuada campaña el próximo domingo sobre la vigencia de la Ley Fundamental y que se convocara al pueblo alemán a decidir si —dicho simplificado— la Constitución debiera ser una democracia o una tiranía, tal votación haría depender la continuidad de la democracia de la estimación en un solo acto de los participantes. Asumamos por un momento, afortunadamente de modo contrafáctico, que el pueblo se decidiera contra la democracia y por la tiranía: ¿sería lícito que el pueblo actual privara a las próximas generaciones de la democracia y la libertad? Y, en el caso de que el pueblo hubiera confirmado expresamente en 1949 en una votación formal la Ley Fundamental, ¿vincularía la decisión de hace aproximadamente medio siglo al soberano democrático de la actualidad si éste tuviera otros planteamientos?

Una constitución no es un mero acuerdo de dejar las cosas como están en la actual competencia política; no es tampoco Derecho bajo la reserva de un continuo cuestionamiento plebiscitario; la constitución es más bien un fundamento jurídico permanente de la vida comunitaria que presupone especialmente las condiciones esenciales de la democracia —un pueblo consciente de serlo, que organiza en forma estatal relaciones existenciales comunes con voluntad de crear y aplicar Derecho; a ello se añade un procedimiento de formación de voluntad, la vinculatoriedad del principio mayoritario, una idea común del Derecho y la pretensión de vigencia del Derecho.

La Ley Fundamental está vigente porque se ha desarrollado históricamente

(9) Theodor Heuss en su discurso de despedida el 12 de septiembre de 1959, publicado en *Bulletin des Presse- und Informationsamtes der BReg.*, núm. 169, de 15 de septiembre de 1959, pág. 1693 (1694).

(10) STERNBERGER: *Schriften*, X, 1990, págs. 13 y sig., 17 y sig.

como orden vinculante de principio y se observa actualmente y no porque el pueblo la haya acordado en un acto determinado. Una constitución no nace en una suerte de explosión jurídica originaria mediante la decisión espontánea del pueblo o por vía de pacto o contrato entre grupos sociales, sino que se basa en valoraciones y experiencias acumuladas en una tradición cultural. En los Estados de cultura, el acto constituyente es más bien un acto de transmisión constitucional (11). La unificación alemana brinda ocasión para subrayarlo. La Ley Fundamental no es un Derecho establecido en Alemania occidental que se imponga a los ciudadanos de los nuevos *Bundesländer*. Expresa más bien una tradición jurídica y una acreditada cultura jurídica cuyas raíces filosóficas llegan tan lejos como Königsberga, cuyas bases lingüísticas entroncan con Weimar y cuyos orígenes musicales alcanzan hasta Leipzig.

2. *El intento de llegar a un cierta adaptación de dos sistemas jurídicos distintos*

El pueblo alemán reaccionó a tal debate como soberano: ha ignorado las, con tanto aparato proclamadas, elocuentes y enfáticas tesis de una mera democracia formal y ha centrado su atención en las cuestiones concretas de la aproximación jurídica y de la unificación jurídica. Los recursos interpuestos en su caso ante el Tribunal Constitucional planteaban, en consecuencia, cómo superar a partir de la Ley Fundamental la oposición de los ámbitos jurídicos y existenciales hasta ahora separados ámbitos jurídicos y existenciales y cómo desarrollar parámetros de aproximación.

La primera sentencia del Tribunal giró en torno al Tratado sobre la creación de una unión financiera, económica y social (12), que preveía un cambio de marco (oriental) en marco (occidental) en una relación de dos a uno —para ahorradores residentes en la antigua República Democrática, sin embargo, y hasta un total de 6.000 marcos, en una proporción de uno a uno. El Tribunal ha reconocido como justa tal diferencia, dado que una tal ayuda a la adaptación sólo debía favorecer a aquellos que hubieran tenido el centro de su existencia en el área monetaria del marco oriental y por tal razón hubieran accedido súbitamente a una situación de política monetaria distinta (13).

Tras este primer tanteo de una mera regulación transitoria, los dos siguientes casos afectan a líneas fundamentales del Derecho Constitucional en el

(11) Cfr. THOMAS HOBBS: *Leviathan*, 1651, cap. 26.

(12) De 18 de mayo de 1990 (*BGBI.* II, 537; *GBI/DDR* I, 332, y allí art. 10 V).

(13) *BVerfG, DtZ*, 1991, 190.

que, so capa de cuestiones procedimentales, se plantean cuestiones de valor; a saber: si el Tratado de Unificación (14) prevé también reformas de la Ley Fundamental *condicionadas por la incorporación de la República Democrática Alemana* (art. 4 LF), sobre las que el *Bundestag* sólo puede decidir en el marco de la *totalidad del Tratado*, el diputado pierde su derecho a presentar enmiendas a cada reforma constitucional sin cuestionar el Tratado en su conjunto. Este procedimiento de reforma constitucional acordado con otro Estado plantea, en última instancia, la cuestión del poder constituyente. El Tribunal Constitucional (15) justificó excepcionalmente esta reforma constitucional acordada como singularidad de la unificación alemana dado que el artículo 23.2 LF había previsto una incorporación y, por ende, las negociaciones sobre condiciones de la incorporación. El significado de tal argumentación resulta del hecho de que el artículo 23.2 LF haya sido derogado por el artículo 4.2 del Tratado de Unificación —es decir, la excepción no podrá en el futuro ser considerada como un precedente.

La siguiente sentencia afecta al acto democrático constitutivo, concretamente a las primeras elecciones de la Alemania unida. La extensión de la barrera del 5 por 100 del § 6 de la Ley electoral federal al territorio electoral ampliado (16) fue considerada por el Tribunal Constitucional como atentatoria contra la igualdad de oportunidades de los partidos. La nueva regulación sólo daba tres meses de plazo a los partidos operantes hasta ese momento exclusivamente en el territorio de la República Democrática para disponer de candidatos y ganar adhesión de electores en la totalidad del territorio alemán —es decir, bloqueaba en la práctica el logro de votos en el territorio electoral que era para ellos ignoto. Bajo tales condiciones, la cláusula del 5 por 100 operaba como una barrera del 23 por 100 para el territorio electoral accesible (17). De ahí que excepcionalmente para las primeras elecciones panalemanas imperara el principio de *votar unidos, pero contabilizar los votos por separado*.

En la unificación de los regímenes de la propiedad privada no será posible a la más prudente jurisprudencia dejar de decepcionar cuando decide sobre la propiedad de fincas, que atravesó por una serie de vicisitudes, cuando luego de estar durante décadas o siglos en propiedad familiar fueron expropiadas aten-

(14) Ingresado en el *Bundestag* con referencia a Dr 11/7760 el 31 de agosto de 1990, admitido a debate el 5 de septiembre de 1990 en el procedimiento artículo 59 II GG y dispuesto para aprobación tras de una segunda y tercera lectura el 20 de septiembre de 1990. Cfr. cita 9

(15) *BVerfGE*, 82, 316 (320) = *DtZ*, 1990, 276.

(16) Por el Tratado electoral de 3 de agosto de 1990, *BGBI*. II, 318.

(17) *BVerfGE*, 82, 322 (337 y sigs.) = *NJW*, 1990, 3001 = *NVwZ*, 1991, 52 L.

tando contra el Derecho, el trabajo personal de toda una vida conquistó un derecho personal de uso y disfrute. La mera negación del atentado histórico contra Derecho desplazaría a los actuales titulares de un derecho de uso. El reconocimiento de acceso a la propiedad mediante el trabajo supondría, por el contrario, convertir en Derecho el atentado de las expropiaciones históricas contra Derecho. Como alternativa sensible (*schonende*) quedaba la compensación monetaria con recursos públicos, es decir, a costa de los contribuyentes. Basándose en el artículo 3.1 LF, el Tribunal Constitucional (18) encomendó al legislador desarrollar una normativa de compensación para expropiaciones sin indemnización —toda vez que el legislador partía para otras expropiaciones del principio de restitución de los objetos expropiados o de una indemnización en lugar de la restitución. Dada la entidad de los perjuicios a la propiedad, hay que pensar que también se ha lesionado de forma contraria a Derecho a otros bienes como la vida, la salud, la libertad y el progreso profesional (19). La idea de reparación se amplía y se abre para el volumen total de los atentados contra Derecho dignos de compensación para la tarea global de reconstruir los nuevos *Bundesländer* bajo las condiciones del Estado de Derecho (20). Pero con ello vincula a las víctimas de actos torticeros, precisamente en los comienzos de un Estado de Derecho real, en la comunidad solidaria de un Estado de Derecho que asume la culpa y las deudas por los atentados históricos injustos, pero que sólo dispone de medios limitados para devolver tales injusticias a Derecho y en transiciones moderadas y sensibles (*schonenden Übergängen*) (21).

El Tribunal se halló ante expectativas próximas a la aporía cuando debía, por un lado, garantizar la edificación de una Administración conforme al Estado de Derecho por parte de una función pública familiarizada con el mismo, mientras que debía, por otro, tener en cuenta las expectativas de los antiguos funcionarios de la República Democrática de que su relación de servicio les proveyera de puesto de trabajo y sustento vitalicios. El Tribunal busca en la Sentencia *Warteschleife* (22) una considerada y sutil compensación, y deduce a partir de los artículos 12 I y 6 IV LF diferencias en favor de las mujeres em-

(18) *BVerfGE*, 84, 90 (130 y sig.); *NJW*, 1991, 1597 = *NVwZ*, 1991, 663 L = *LKW* 1991, 239 L.

(19) *BVerfGE*, 85, 90 (130 y sig.) = *NJW*, 1991, 1597 = *NVwZ*, 1991, 663 L = *LKW* 1991, 239 L, con referencia a *BVerfGE*, 27, 253 (285) = *NJW*, 1970, 799.

(20) *BVerfGE*, 84, 90 (130 y sig.) = *NJW*, 1991, 1597 = *NVwZ*, 1991, 663 L = *LKW* 1991, 239 L.

(21) Cfr. también HANS SCHNEIDER: *Festschr. für W. Weber*, 1974, págs. 14 (15 y sig.).

(22) *BVerfGE*, 84, 133 (147 y sigs.) = *NJW*, 1991, 1667 = *NVwZ*, 1991, 766 L = *DiZ*, 1991, 243 L.

barazadas y las madres que acaban de tener hijos (23). Procedía evitar la ruptura abrupta de un veredicto de nulidad para los funcionarios de la antigua República Democrática; con todo, había que procurar a la mayor brevedad aproximar el Derecho y la realidad de la Administración en los nuevos *Bundesländer*.

En la compensación entre actores y víctimas, el Tribunal se enfrenta a la expectativa de toda revolución que rompe estrictamente con el pasado, rechaza los atentados habidos contra Derecho y se esfuerza por establecer el Derecho en un nuevo comienzo. El Estado de Derecho, por su parte, no sólo organiza la nueva era, sino que realiza sus valores en continuidad jurídica: se esfuerza por hallar una transición moderada desde toda suerte de situaciones no conformes a Derecho hacia el Derecho, trata de incorporar a la comunidad jurídica a los infractores del Derecho, no puede hacer desaparecer la realidad jurídica pasada, sino que debe aceptarla como punto de partida real de la renovación. El Estado de Derecho provee de protección jurídica a víctimas e infractores, averigua los hechos siguiendo el principio de presunción de inocencia, la prueba judicial y la disciplina procesal cuando ya las víctimas y la opinión han hecho pública su condena. El Tribunal Constitucional se ha planteado el Derecho Penal en esta transición, por vez primera, en la sentencia sobre los llamados *espías del Este* (24). Si por un lado no está prohibido el espionaje, por otro tal espionaje es castigado por el Estado que se siente espiado. Cuando un espía tenía, por razones de su ciudadanía alemana oriental, la expectativa de ser protegido por la República Democrática respecto de una eventual persecución penal, y se da el caso de que tal Estado se integra como parte justo en el Estado espiado que penaliza el espionaje, el principio de proporcionalidad hace aparecer tal persecución penal como una peculiaridad de la unificación (25). El Tribunal constata en tal caso un obstáculo a la persecución penal y analiza detenidamente las cuestiones (26) de si la constatación de tal obstáculo a la persecución penal semejante a una amnistía corresponde al Tribunal Constitucional o si es competencia exclusiva del legislador; si es correcto distinguir entre espías que sólo han actuado en el territorio de la República Democrática

(23) *BVerfGE*, 84, 133 (155 y sig.) = *NJW*, 1991, 1667 = *NVwZ*, 1991, 766 L = *DiZ*, 1991, 243 L.

(24) *BVerfGE*, 92, 277 (316 y sig.) = *NJW*, 1995, 1811 = *NSiZ*, 1995, 383 = *DiZ*, 1995, 277 L.

(25) *BVerfGE*, 92, 277 (330 y sig.) = *NJW*, 1995, 1811 = *NSiZ*, 1995, 383 = *DiZ*, 1995, 277 L.

(26) Cfr. *BVerfGE*, 92, 277 (330 y sig.) = *NJW*, 1995, 1811 = *NSiZ*, 1995, 383 = *DiZ*, 1995, 277 L, con votos particulares en págs. 341 y sigs.

y espías que han operado sobre el territorio de la República Federal; si un espía tiene derecho a esperar especial sensibilidad de la Alemania unida cuando se niega a revelar su información y su relación respecto de tal Estado no es así la misma que respecto de su Estado originario. Otros casos, que centran la atención en mayor medida en la relación entre delincuente y víctima, quedan aún pendientes.

Tales tareas no pueden ser resueltas jurídicamente, sino sólo aproximada y parcialmente satisfechas. De ahí que expresiones como *queríamos justicia y hemos recibido el Estado de Derecho*, de Bärbel Bohley (27), y *el Estado de Derecho no está objetivamente en situación de hacernos recuperar actos revolucionarios fallidos*, de Steffen Heitmann (28), provocan una sana inquietud. Pero al mismo tiempo se aprecian en ellas las limitaciones del Derecho para deshacer *a posteriori* injusticias cometidas anteriormente y para pacificar. La justicia continúa siendo un mandato de permanente búsqueda y continuo esfuerzo que nunca se verá plenamente satisfecho y que, sin embargo, obliga en cada momento a los órganos jurisdiccionales. De forma semejante a como el médico trata de cumplir con su mandato de servir a la salud, por más que no pueda curar muchas enfermedades, los responsables del Derecho deben perseguir siempre la justicia que les ha sido transmitida como parte de nuestra cultura. En la aplicación del derecho positivo y en el marco de esta vinculación, el Tribunal debe aproximarse cuanto sea posible a lo que es justo.

III. APORTACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA INTEGRACION EUROPEA

En el marco de la integración europea, el Tribunal tiene que acompañar de forma semejante el curso de la europeización del Derecho y del ejercicio de la soberanía, pero también ha de confirmar y preservar los valores constitucionales en este proceso. Llama la atención que la común vinculación a valores—no obstante, la ausencia de una tabla escrita de derechos fundamentales—resulte ser para los Estados miembros un problema menor que la competencia y los límites a la hora de establecer Derecho Comunitario originario y derivado.

En el momento de plantearse el respeto a las cláusulas de Derecho Constitucional relativas a Europa, el Tribunal se encuentra ante un debate que tiende

(27) Cfr. VON MÜNCH: *Der Staat*, 1994, págs. 165 y sig.

(28) «Die Revolution verkommt zur "Wende"», *FAZ* de 12 de septiembre de 1994, pág. 13.

más a debilitar que a fortalecer los parámetros de decisión de las Constituciones de los Estados miembros. Cuando en las deliberaciones en torno al Tratado de Maastricht, y ahora en los trabajos previos a la reforma del Tratado, se demandan unos *Estados Unidos de Europa* (29) hay que entender que lo que se pretende es que nazca un nuevo Estado dotado de una nueva Constitución; el problema reside en que el contenido de tal Constitución no está determinado suficientemente por las decisiones en favor de la democracia y de la libertad. Mientras que en el nacimiento y en el desarrollo de la Unión Europea se ha partido hasta ahora de las firmes y acreditadas Constituciones de los Estados miembros, parece apuntarse ahora hacia un acto constituyente orientado todo lo más por una vaga teoría europea general del Estado, pero que carece de parámetros jurídicos concretos en las Constituciones de los Estados miembros.

El Tribunal no tiene que entrar a debate con esta levedad teórica del pensamiento (en la doctrina) —ajena a la política práctica (30)—, sino que ha de plantearse las cuestiones concretas del Derecho vigente. Y éstas son de una elemental esencialidad. La Unión Europea no se apoya en un pueblo europeo (*europäisches Staatsvolk*), que se caracterizara en esta hora por sus vínculos sociales, sobre el que pudiera alzarse un Estado democrático. La Unión carece de un Parlamento dotado de competencias legislativas y presupuestarias; antes bien, crea Derecho a través del Consejo como órgano ejecutivo. La Unión dispone hasta el momento sólo de un estatuto orgánico; en cualquier caso, el Tratado no contiene una tabla escrita de derechos fundamentales. No estaba clara la concreta articulación del Derecho Comunitario con el Derecho de los Estados miembros. Había que definir *ex novo* las consecuencias jurídicas de una vulneración del Tratado por el Consejo, la Comisión o el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

De ahí que el Tribunal haya definido la naturaleza de la Unión Europea como *Staatenverbund* (asociación de Estados) (31), en la que los Estados miembros convienen, a fin de ejercer de modo conjunto una parte de sus competencias soberanas, exclusivamente en el marco de las habilitaciones contenidas en el Tratado. Este Derecho naciente al amparo y socaire del Tratado encuentra únicamente en la Ley de Ratificación que permite el acceso a la Unión

(29) Sobre la génesis del concepto y su reciente renovada aplicación, OPPERMANN: *EuropaR*, 1991, págs. 302 y sig.; rechazo expreso de tal idea por Helmut Kohl, discurso de 6 de mayo de 1993, *Bulletin der BReg.*, núm. 39, de 17 de mayo de 1993, pág. 341 (343 y sig.).

(30) HELMUT KOHL (cita 29): *Bulletin der BReg.*, núm. 39, de 17 de mayo de 1993, pág. 341 (343 y sig.); cfr., asimismo, *BVerfGE*, 89, 155 (189) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 54 L.

(31) *BVerfGE*, 89, 155 (184 y sig., 188 y sig.).

el puente que permite al Derecho Comunitario penetrar en los Estados miembros y pretender en ellos eficacia inmediata. *La legitimación democrática tanto de la existencia de una comunidad de Estados como de su competencia para decisiones mayoritarias que vinculan a los Estados miembros reside en la Ley de Ratificación a la incorporación a una comunidad de Estados* (32). Los actos normativos de las instituciones europeas no cubiertos por una habilitación del Tratado no son vinculantes en el ámbito soberano alemán; por razones constitucionales, está vedado a los órganos estatales alemanes aplicar tales actos jurídicos en Alemania (33). En consecuencia, el *Bundesverfassungsgericht* examina si los actos normativos de las instituciones y los órganos europeos se mantienen dentro de los límites de las competencias soberanas a ellos transferidas o las desbordan (34). Con tal fundamento, el Tribunal hubo de verificar con ocasión de las directivas del impuesto sobre volumen de ventas (35) y de la televisión (36) por dónde discurren los límites del desarrollo judicial del Derecho, y hasta qué extremo permite el principio de específicas habilitaciones limitadas a las llamadas *competencias transversales* (*Querschnittskompetenzen*).

En lo concerniente a la protección de derechos fundamentales, el *Bundesverfassungsgericht* ha reconocido la capacidad creadora de Derecho del Tribunal de las Comunidades para aplicar como contenido del Tratado derechos fundamentales no escritos deducidos de la tradición constitucional de los Estados miembros (37). Sobre tales bases, el Tribunal desarrolla una *relación de cooperación* con el Tribunal de las Comunidades (38) en cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso concreto para el territorio de la Comunidad Europea, pudiendo limitarse el *Bundesverfassungsgericht* a una garantía general de los standards irrenunciables (39).

Esta tarea de la jurisdicción constitucional de armonizar los órdenes jurídicos alemán y europeo a partir de la Ley Fundamental ha sido vivamente

(32) *BVerfGE*, 89, 155, (184) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 53 L.

(33) Cfr. *BVerfGE*, 58, 1 (30 y sig.) = *NJW*, 1982, 507; *BVerfGE*, 75, 223 (235, 242) = *NJW*, 1988, 1459; *BVerfGE*, 89, 155 (188) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 53 L.

(34) *BVerfGE*, 58, 1 (30 y sig.) = *NJW*, 1982, 507; *BVerfGE*, 75, 223 (235, 242) = *NJW*, 1988, 1459; *BVerfGE*, 89, 155 (188) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 53 L.

(35) *BVerfGE*, 75, 223 (235 y sigs.) = *NJW*, 1988, 1459.

(36) *BVerfGE*, 92, 203 (238 y sigs.).

(37) Cfr. *BVerfGE*, 73, 339 (376 y sigs.) = *NJW*, 1987, 577 = *NVwZ*, 1987, 314 L.

(38) *BVerfGE*, 89, 155 (175) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 53 L.; Cfr., asimismo, *BVerfGE*, 73, 339 (387) = *NJW*, 1987, 577 = *NVwZ*, 1987, 314 L.

(39) *BVerfGE*, 73, 339 (387) = *NJW*, 1987, 577 = *NVwZ*, 1987, 314 L.; *BVerfGE*, 89, 155 (175) = *NJW*, 1993, 3047 = *NVwZ*, 1994, 53 L.

cuestionada en el contexto del Tratado de Maastricht y de su reforma. La nueva versión del artículo 23 LF (40) ha confirmado expresamente tal mandato y aclarado su significado como parámetro de referencia: la hasta ahora denominada *norma de la reunificación* se ha convertido en precepto central del Derecho Constitucional en materia europea.

IV. GARANTIA DE LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

1. *Contenido constitucional y presupuestos de la Constitución*

Un tercer ámbito jurídico en el que procede reflexionar de nuevo sobre los deberes y parámetros por los que el Tribunal debe regirse en su actuación concierne a los presupuestos de la Constitución y, por ende, a los valores arraigados en la sociedad y asumidos por ella. Un Estado de la libertad hace una oferta de derechos de libertad con la expectativa de que sean asumidos por los ciudadanos. Por razones de la propia libertad, el Estado no puede prefigurar la decisión de si y cómo asumen las libertades ofrecidas los titulares de las mismas. El Estado actuará, sin embargo, para que se produzca realmente la actividad libre presupuesta en la Constitución. El Estado tratará de persuadir a los ciudadanos para que hagan uso de su derecho de sufragio; el Estado estimulará mediante la escuela y los programas de formación la capacitación para el ejercicio de la profesión; el Estado dotará a la aplicación de los artículos 14 y 13 LF de una base material para amplias capas de la población mediante programas de apoyo al ahorro privado y de construcción de viviendas; en cuanto Estado de cultura procurará, con respeto a la libertad, que los hombres se esfuercen en la búsqueda científica de la verdad, la sensación artística de la belleza y la meditación religiosa sobre el misterio. La democracia no puede fracasar por una inhibición debida a su propia liberalidad; el Estado de la economía y la hacienda no puede perder sus bases económicas por el principio de la oferta de libertades; el Estado de cultura no puede en su liberalidad quedarse sin ideas y mudo.

Las condiciones de existencia de los derechos fundamentales no son contenido del Derecho Constitucional, sino su supuesto real o jurídico (41); son el *ambiente* en el que existen las normas (42), el *ámbito normativo* real que

(40) Ley XXXVIII de reforma constitucional de 21 de diciembre de 1992 (BGBl. I, 2086).

(41) ISENSEE: «Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen», *HdbStR* V, 1992, y *Rdnr.*, 115, pág. 8

(42) H. KRÜGER: *Festschr. für Scheuner*, 1973, pág. 285 (286).

asume el *programa normativo* (43). Tal distinción se expresa en la tesis de que el Estado de la libertad vive de presupuestos que él mismo —y justo al servicio de la libertad— no puede (44) o no debe garantizar (45). Hoy se piensa cada vez más, sin embargo, que la procuración de las condiciones para realizar los derechos fundamentales (46) es una necesaria tarea del Estado (47), en cuyo cumplimiento está vedado al Estado interventor, pero no al Estado propulsor, incidir para que el ejercicio de los derechos fundamentales se oriente en beneficio de la comunidad (48). El Estado está justificado para fomentar la libertad, debiendo siempre respetarla; mas puede en sus ofertas, estímulos y decisiones orientativas armonizar el bien común y el ejercicio de la libertad.

De la procuración de las condiciones constitucionales son responsables los poderes configuradores del legislador y del Gobierno, no la jurisdicción. Pero dado que el fomento de la libertad está constitucionalmente vinculado, compete a la jurisdicción constitucional examinar a la luz de la Ley Fundamental tales medidas fomentadoras de la libertad del legislador o del Gobierno. Con la renuncia a una estricta línea de separación de lo no permitido al Estado, se echa sobre el Tribunal la tarea de examinar las garantías de la libertad no sólo desde el punto de vista de un derecho de defensa, sino, asimismo, de la adecuación a la libertad de las medidas configuradoras del Estado. En áreas de libertad monopolizadas por el Estado, como la enseñanza superior con *numerus clausus*, ello puede tener como efecto que un derecho-libertad deba ser tratado como principio de igualdad (49).

2. *El desarrollo de la capacidad para la libertad*

Una de las principales condiciones constitucionales de un Estado en libertad es la existencia de un *pueblo* capaz de y dispuesto a la libertad y a la democracia. De ahí que para el Estado sea importante su juventud y la capacitación de la misma para la libertad. La Ley Fundamental prevé en el artículo 6 que el hombre crezca en el seno de una familia y que su juventud transcurra en

(43) F. MÜLLER: *Strukturierende Rechtslehren*, 1984, págs. 168 y sig., 230 y sig.

(44) BÖCKENFÖRDE, en F. MÜLLER: *Staat - Gesellschaft - Freiheit* I, 1976, pág. 42 (69).

(45) SCHLAICH, en TRUTZ RENDTORFF (ed.): *Charisma und Institution*, 1985, pág. 175 (191).

(46) Respecto de la tesis de que el Estado únicamente puede proteger aquello que él mismo ha definido previamente, cfr. ISENSEE: *Wer definiert die Freiheitsrechte?*, 1980, pág. 35.

(47) KRÜGER (cit. nota 42), pág. 287.

(48) ISENSEE (cit. nota 41), y *Rdnrn.*, 115, págs. 262 y sig.

(49) *BVerfGE*, 33, 303 (329 y sigs.) = *NJW*, 1972, 1561.

un espacio *privado* a distancia del Estado y sea troquelada a través de una atención por demás personalizada. El artículo 6 LF garantiza la libertad para decidirse por contraer matrimonio y formar una familia; por otra parte, confiere al Estado un mandato de protección que no sólo justifica, sino que expresamente obliga al Estado a adoptar una serie de medidas previsoras.

Este mandato de protección ha sido sólo parcialmente cumplido y en medida considerable ha sido transgredido. A la hora de decidirse a formar una familia, los jóvenes, y en particular por la diferenciación tradicional las mujeres jóvenes, se encuentran ante la dura alternativa de decidirse bien por el trabajo o bien por los hijos. Una vez que han optado por la última alternativa —con riesgo para la propia planificación existencial—, tal decisión gravita con frecuencia a pesar propio durante toda la vida cuando no es posible el retorno a la profesión elegida tras unos años de plena dedicación a la educación de la prole.

Este dilema de nuestro régimen profesional tan agresivo para la familia de nuestro régimen profesional se explica por dos razones: la separación categórica de actividad laboral y familiar en el lugar de trabajo y en la vivienda familiar, así como la recalificación de la actividad familiar como prestación sin relevancia económica. En los últimos siglos, la actividad educadora era ejercida en empresas agrícolas e industriales junto con el tiempo que la actividad productiva y la madre educadora podía recibir ilimitadamente en las posibilidades existentes en el trabajo la socialización, el reconocimiento y la gratificación económica. Hoy día, sin embargo, estos valores de la labor educativa son atribuidos sólo a los educadores profesionales operando en escuelas, jardines de infancia e institutos terapéuticos y no a los educadores familiares. El único valor económico que le quedaba a la educación familiar, a saber: la expectativa de seguridad y sustento que proporcionaban los hijos para el caso de enfermedad, paro y vejez, ha sido colectivizada en el régimen público de la Seguridad Social en forma de un contrato intergeneracional —es decir, también ha sido disociada de la educación familiar. Tal conquista del Estado social brinda seguridad económica también a quienes carecen de descendencia, pero deviene un escándalo para el Estado de Derecho cuando priva plenamente o casi de derechos propios a los exclusivos soportadores de este pacto generacional, en primer lugar a las madres. El mandato constitucional de protección de la familia y de igualdad de derechos del hombre y de la mujer está demandando aquí reformas en la estructura de nuestro orden jurídico y social.

En la sentencia sobre *las mujeres que ayudaron a sacar a Alemania de las ruinas (Trümmerfrauen)* (50), el *Bundesverfassungsgericht* constató que la de-

(50) BVerfGE, 87, 1 (38 y sig.) = NJW, 1992, 2213 = NZS, 1992, 25

cisión legislativa de que *la educación de los hijos es un asunto privado, la seguridad social para la vejez es, contrariamente, una tarea de la sociedad*, perjudica a la familia sin que, *habida cuenta la obligación estatal de fomento del artículo 6.1 LF, conste una razón suficiente* (51). En la regulación de las pensiones, y en general de las compensaciones económicas a las familias el legislador deberá hacer justicia a este mandato de fomento. En todo caso, el legislador *está obligado a que con cada medida de reforma se reduzca el tratamiento perjudicial para las familias* (52).

En la sentencia sobre la interrupción del embarazo, el Tribunal asume tal postulado (53) desarrollando la idea protectora en el sentido de que si bien la mujer debe llevar adelante su embarazo, la comunidad jurídica está, por su parte, obligada a corresponsabilizarse del niño. El Estado *debe procurar que aquel de los padres que, renunciando a la renta que corresponda a su trabajo, se dedique al hijo reciba una compensación adecuada para el perjuicio que derive sobre su derecho al sustento* (54). El *Bundesverfassungsgericht* define la expectativa de toda madre a la protección y la asistencia de la comunidad (art. 6.4 LF) como obligación, en particular del legislador, *de crear las bases para que puedan armonizarse la actividad familiar y laboral, así como para que la tarea educadora de la familia no lleve consigo un perjuicio profesional*. Tal demanda del Tribunal sería desarrollada a continuación en extremos concretos en cuanto a la yuxtaposición de actividad familiar y laboral, en cuanto al retorno a la actividad profesional y la promoción profesional, en cuanto al mantenimiento de una plaza en una institución educativa respecto de los contratos de arrendamiento y de crédito, así como en lo que concierne al derecho al trabajo (55).

Los cambios estructurales que se perfilan aquí para el futuro próximo alcanzan en sus consecuencias mucho más allá de lo que suponen las autoridades y los afectados. La Asamblea de Baden-Wurtemberg ha calculado para 1991 un coste mensual de 2.000 marcos para cada plaza de jardín de infancia (56). Un dictamen encargado por el *Deutscher Arbeitskreis für Familienhilfe e. V.* (57) calcula que es financiable sin costes un salario de puesto de trabajo educativo

(51) *BVerfGE*, 87, 1 (38 y sig.) = *NJW*, 1992, 2213 = *NZS*, 1992, 25.

(52) *BVerfGE*, 87, 1 (41) = *NJW*, 1992, 2213 = *NSiZ*, 1992, 25.

(53) *BVerfGE*, 88, 203 (261) = *NJW*, 1993, 1751 = *NVwZ*, 1993, 877 L = *NZS*, 1993, 353.

(54) *BVerfGE*, 88, 203 (261) = *NJW*, 1993, 1751 = *NVwZ*, 1993, 877 L = *NZS*, 1993, 353.

(55) *BVerfGE*, 88, 203 (258 y sigs.) = *NJW*, 1993, 1751 = *NVwZ*, 1993, 877 L = *NZS*, 1993, 353.

(56) Bad.-Württ. LT-Dr 11/3919, pág. 574 (costes para dotación de 30 plazas, 613.924 marcos).

(57) HATZOLD y LEIPERT: *Erziehungsgehalt*, 1996.

por niño y mes de 1.300 marcos bruto (incluido el descenso del desempleo registrado y la compensación con el resto de prestaciones sociales, así como ingresos fiscales y correspondientes a la Seguridad Social). Supongamos por un momento que el legislador ofreciera a los padres 1.500 marcos por hijo como subvención a la educación familiar: las familias ganarían posibilidades de configuración que harían posible a padres y familias una división del trabajo laboral y familiar, dotarían de reconocimiento a la actividad familiar en una sociedad en la que se confunden prácticamente el honor y los honorarios económicos, acreditarían la experiencia educadora como especial cualificación profesional en los casos de reincorporación y promoción laboral, remodelarían las viviendas para hacerlas apropiadas a los niños, harían que las posibilidades de asueto y esparcimiento se orientaran a la familia. El Derecho Constitucional es aquí un mero instigador; corresponde al legislador el desarrollo de tal perspectiva. La jurisdicción constitucional no podrá liberarse de la responsabilidad del control de una configuración y estructuración de las condiciones constitucionales que permita el despliegue de la libertad.

V. PROBLEMATICA CONSTITUCIONAL DEL PROGRESO MEDICO-CIENTIFICO

Los presupuestos constitucionales cambian también actualmente en la medida en que los conocimientos científicos amplían las posibilidades de acción del hombre en forma hasta ahora desconocida y, por ende, afectan al valor fundamental de la Constitución, la dignidad humana (58). Mientras que hasta ahora se encomendaba a la medicina sanar las enfermedades y moderar el sufrimiento, es decir, corregir desviaciones de la salud normal, los actuales progresos de la anestesia y la inmunología y las posibilidades del mantenimiento mecánico de funciones vitales dotan al médico de un poder que cuestiona el respeto tradicional ante el *curso natural de las cosas* y demanda una nueva definición de los fines de la medicina. La intervención médica estaba hasta ahora orientada al restablecimiento de las funciones orgánicas; las posibilidades actuales de sustitución y trasplante de órganos, así como de intervenciones genéticas de signo terapéutico, afectan a la individualidad e identidad del individuo. El Derecho vigente subraya, en beneficio de la libertad del paciente, el principio de que no es legítima intervención alguna al margen

(58) Cfr., sobre el particular, HERFAHRTH y BUHR: *Möglichkeiten und Grenzen der Medizin*, 1974; también, KIRCHHOF: *Die kulturellen Voraussetzungen der Freiheit*, 1995, págs. 19 y sigs.

de la voluntad del afectado; sin embargo, el desarrollo de antibióticos y psicofármacos abre vías para influir en y dirigir la voluntad que ponen a prueba el dogma del paciente autodeterminado que únicamente permitía la intervención médica mediante su acuerdo. El tratamiento médico de un hombre procedía tradicionalmente sólo cuando el mismo sentía necesidad de él; pues bien, la diagnosis moderna, con ayuda de resonancias o de ecografías, permite constataciones que ya no dependen de la sensación o el concurso del paciente.

Incluso deberemos reflexionar sobre la idea tradicional del comienzo y el final de la vida humana, así como de la salud y de la enfermedad, a la luz del saber actual sobre la relación entre fecundación y evolución del embrión y sobre las funciones vitales y cerebrales en el proceso de la muerte. Las posibilidades de la biogenética parecen desplazar la misión de la medicina, de la clásica de sanar una enfermedad a la de impedir el brote de enfermedades. Ello presupone disponer de una definición de qué sea la normalidad genética, es decir, *la salud* en el proceso inacabado de desarrollo de la especie humana.

Esta competencia de definición abre enormes potencialidades —en este momento todavía carentes de parámetros de referencia y, por tanto, eventualmente desmedidas. El *Bundesverfassungsgericht* (59) habrá de disponerse sin cobardía, y a la vez sin pretensiones configuradoras —en el marco de su función de garante de la individualidad, la identidad, la libertad y la autodeterminación personal— a seguir tales desarrollos. Tal vez estemos ante un renacimiento de la pregunta sobre *la imagen del hombre en la Ley Fundamental* (60).

(59) Respecto de la jurisprudencia hasta hoy, cfr. *BVerfGE*, 82, 98 (objeción al acuerdo para una necesaria transferencia de sangre por razones religiosas); *BVerfGE*, 35, 79 = *NJW*, 1973, 1176 (libertad científica, organización de la investigación universitaria); *BVerfGE*, 47, 337 = *NJW*, 1978, 1621 (libertad científica, estimación de consecuencias); *BVerfGE*, 52, 131 = *NJW*, 1979, 1925 (condición jurídica del paciente; ilustración por parte del médico; responsabilidad del médico); *BVerfGE*, 56, 54 = *NJW*, 1978, 1621 (integridad corporal, salud, protección contra ruido producido por el tráfico aéreo); *BVerfGE*, 58, 208 = *NJW*, 1982, 691 (*libertad para estar enfermo*); *BVerfGE*, 59, 275 = *NJW*, 1982, 1276 (peligros que tienen su causa en uno mismo y peligros o riesgos que tienen una causa general; de la obligación de llevar casco); *BVerfGE*, 61, 210 = *NVwZ*, 1983, 542 L (libertad científica, instituciones de enseñanza superior); *BVerfGE*, 80, 367 = *NJW*, 1990, 563 = *NSiZ*, 1990, 89 (diario); *BVerfGE*, 88, 203 = *NJW*, 1993, 1751 = *NVwZ*, 1993, 877 L = *NZS*, 1993, 353 (interrupción del embarazo).

(60) Cfr. *BVerfGE*, 4, 7 (15 y sig.) = *NJW*, 1954, 1235.

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CONSTANTE EN MEDIO DE CAMBIOS EN CUANTO A LO QUE SE DEMANDA Y SE ESPERA DEL DERECHO

Una preguntas tan nuevas al Derecho Constitucional requieren nuevas respuestas que tienen, sin embargo, su raíz en una *Carta Magna*, que sigue siendo la misma. La Ley Fundamental no se inserta en el curso del tiempo como un bloque pétreo que obstaculice el cauce y que provoque peligrosos remolinos. Con pocos enunciados, en parte lapidarios y fragmentarios, la Ley Fundamental es únicamente una ordenación-marco que encomienda a los poderes públicos no jurisdiccionales una configuración de nuestra vida comunitaria continuamente renovada y que confía al ciudadano a su autodeterminación en libertad.

Hasta donde alcanzan los enunciados, su efectividad es *confiada* al poder judicial (art. 92 LF). Si se atiende a la literalidad de este precepto de la Ley Fundamental, se cobra conciencia de la confianza que pone nuestro orden constitucional en la jurisdicción. El *Bundesverfassungsgericht* satisfará tal confianza en la medida en que en la interpretación de la Ley Fundamental sea capaz de desarrollar en cada momento los contenidos constitucionales que nos son familiares, las ideas legadas por nuestra cultura jurídica.

En el cumplimiento cotidiano de tal mandato, el Tribunal deberá tener en cuenta tres cuestiones fundamentales: la distribución de tareas entre los órganos del Estado, los límites del mandato concreto que le ha sido asignado y la estructura básica de las máximas de decisión contenidas en los parámetros constitucionales.

1. *La división de tareas entre los órganos del Estado*

Los enunciados lapidarios y en parte fragmentarios de la Ley Fundamental requieren ser desarrollados y completados. En tal cometido, los poderes configuradores, y en particular el legislador, son los primeros intérpretes. Cuando al tratar la *propiedad* distingue el poder legislativo una propiedad personalísima y una empresarial, una material, una de pretensiones jurídicas y una propiedad intelectual, una propiedad disponible a discreción y una propiedad estrechamente vinculada por disposiciones administrativas; cuando el legislador remite la libertad profesional a labores legalmente tipificadas, concreta el Derecho Electoral en un régimen proporcional corregido o desarrolla el Derecho Fiscal estableciendo como objetos principales de gravamen los ingresos y el volumen de ventas, el Tribunal tiene que respetar, por mor de la disposición constitucional de división de funciones, este desarrollo y esta concreción hasta donde

sea defendible. El legislador es el primer intérprete de la Constitución, el poder judicial el segundo.

Cuando la Constitución ha sido desarrollada legalmente en detalle, el primer garante judicial de tal Derecho —incluso del Derecho que tiene inmediatamente a la Constitución como fuente— es la jurisdicción ordinaria. Aquí se abre un amplio campo de atribución competencial a una aclaradora e innovadora interpretación. El punto de partida es la obligación del *Bundesverfassungsgericht* de confiar a los tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y de limitarse a examinar si los tribunales han tenido en cuenta *los parámetros constitucionales de valor*, si han considerado los *efectos de irradiación* de los derechos fundamentales (61). A continuación, se impone la cautela a la hora de manejar cláusulas generales como la interdicción de la arbitrariedad o el principio de proporcionalidad. Hasta dónde el Derecho Constitucional requiera únicamente el respeto a las leyes, como es el caso de la garantía de audiencia ante los tribunales (art. 103 LF), del derecho al juez legal (art. 101 LF) o de la tutela judicial (art. 19 IV LF), hay que plantearse si el legislador no debería confiar tal control a la más especializada jurisdicción ordinaria. También las diferentes competencias y facultades de constatar la existencia de hechos y de resolver cuestiones jurídicas aconsejan establecer delimitaciones clarificadoras. Asimismo, habría que pensar de nuevo en una división de trabajo con los Tribunales Constitucionales de los *Länder* que asignara más amplias tareas a los mismos para descargar al *Bundesverfassungsgericht*. Habría que plantearse si un acortamiento legalmente establecido de la tramitación judicial —digamos, por la poca entidad del asunto o la urgencia— comporta, por las mismas razones, dificultar o excluir el acceso a la jurisdicción constitucional. En fin, la discusión lingüística del Tribunal Constitucional con la jurisdicción ordinaria es algo más que una mera cuestión de estilo: cuando el *Bundesverfassungsgericht* (62) hace depender determinadas sentencias de la *obvia* posibilidad o imposibilidad de encontrar fundamento suficiente o de la falta del mismo y el Tribunal Constitucional hace llegar en su sentencia de nulidad tal término al tribunal de instancia, la palabra *obvia* transmite una severa reprimenda que no satisface las exigencias de la cooperación de órganos y la debida consideración colegial. Y cuando una reconversión por razones del principio de igualdad se viste en el reproche de la *arbitrariedad* del tribunal ordinario (63), un concepto tan *polémico* (64) supone tanto como una *negación ab-*

(61) *BVerfGE*, 18, 85 (92 y sig.) = *NJW*, 1964, 1715.

(62) Cfr. *Rdnrn.*, 24 pág. 1, 93 c I 1.

(63) Desde *BVerfGE*, 2, 266 (281) = *NJW*, 1953, 1057, consolidada jurisprudencia.

(64) THÜRER: *Veröffentlichung des Schweizer Juristenvereins*, 121, 1987, pág. 417 (428).

soluta de la idea del Derecho (65). Un tal reproche de una burda vulneración del Derecho resulta apenas más soportable para el juez ordinario cuando se añade como aclaración que no es posible seguir el curso de su decisión, que falta evidentemente a la objetividad o que sencillamente no es defendible. La jurisprudencia se sirve de fórmulas semejantes para aplicar la interdicción de la desmesura (66). Tales comentarios que apuntan a vulneraciones elementales del Derecho tratan de impedir una invasión, por parte de la jurisdicción constitucional, en el control de legalidad reservado a la jurisdicción ordinaria; sin embargo, al hacerlo dejan las cláusulas generales en una indeterminación casi absoluta, y con ello carecen de la nitidez y fiabilidad que debe caracterizar a una regla de delimitación competencial (67).

2. *La atribución de un mandato concreto de decisión*

El mandato concreto de decisión al *Bundesverfassungsgericht* resulta del recurso de que se trate. El mismo delimita el objeto del proceso, pero más allá de ello aclara la generación de paz jurídica y el arbitraje que se espera del Tribunal. Aquí vale como *regla del nueve* de la bondad de una decisión que el juez resuelva el problema planteado y que no vaya a crear con su fallo otros nuevos.

Una vez planteado un recurso en forma adecuada, el *Bundesverfassungsgericht* tiene obligación de decidir sobre el particular. De ahí que difícilmente pueda el Tribunal satisfacer las demandas inspiradas en el Derecho Procesal Constitucional norteamericano —de índole bien diferente— de *continencia judicial*. Si y sobre qué objeto procesal ha de fallar el *Bundesverfassungsgericht* lo decide el recurrente, no el Tribunal.

En este sentido, el *Bundesverfassungsgericht* ha de referir su juicio a la demanda de las partes y a la comunidad jurídica: las garantías de la audiencia judicial y del principio de publicidad amplían el horizonte del juez en lo real y lo jurídico y enriquecen, así, el espectro de posibles soluciones —hasta la antítesis y la implicación personal.

3. *La estructura del parámetro constitucional*

El parámetro jurídico continúa siendo la base y el límite más importante

(65) LEIBHOLZ: *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2.^a ed. (1959), pág. 72.

(66) Cfr. KIRCHHOF: *Festschr. für Lerche*, 1993, pág. 131 (137).

(67) Cfr. *BVerfGE*, 81, 310 (334, 338) = *NJW*, 1990, 3007 = *NVwZ*, 1990, 955.

del poder judicial. El Tribunal decide teniendo en cuenta únicamente la Constitución, que le ha asignado la tarea de mantener el proceso político en los márgenes del orden competencial y de los derechos fundamentales, pero en modo alguno la de participar en la definición de los objetivos de la política. La Constitución alemana tiene una orientación esencialmente instrumental, no final. De ahí que el *Bundesverfassungsgericht* controle no las metas políticas definidas en cada caso por los órganos competentes, no los motivos últimos decididos libremente en el comportamiento ciudadano, sino tan sólo los instrumentos constitucionalmente prescritos a los que cabe recurrir para la realización de tales objetivos o metas.

Para mayor claridad, permítanme recordar el punto de partida del Estado libre de Derecho. Cuando en 1776 se formuló en América la primera Constitución contemporánea (68), se planteó como interrogante el derecho individual a la felicidad (69). La doctrina cobró pronto conciencia de que tal derecho a la felicidad no podía consistir en que el Estado garantizara al individuo una dicha individual definida como tal por el Estado —y en tal sentido tutelada—, sino en que el Estado deja al individuo la libertad de buscar por sí mismo la propia fortuna. De ahí que nuestro orden jurídico no ofrezca al individuo seguridad en el constreñimiento y la obediencia, sino libertad de despliegue personal ante las oportunidades y los riesgos.

Esta libertad para buscar las propias oportunidades (*Freiheit zur Chance*) presupone que el orden jurídico apoye con las correspondientes disposiciones normativas la aspiración moral y ética de cada hombre a lograr la propia felicidad. Naturalmente, cabe a cualquier ciudadano afirmar en uso de su libertad de expresión que dos más dos suman tres. Pero en el caso de que el mismo pretenda medir la estabilidad de su casa conforme a tal máxima, calcular su deuda fiscal o enseñar matemáticas a escolares, el Estado de Derecho deberá impedir tal error. Los derechos de libertad pueden permitir cierta discrecionalidad en el ámbito más personal en el que no está en juego una acción peligrosa; pero tales derechos de libertad se convierten en márgenes de acción jurídicamente delimitados tan pronto como en el ejercicio de los mismos se afecta a terceros y a bienes jurídicos esenciales. Este principio de los derechos de libertad se confirma en el principio de igualdad que garantiza igualdad de *status* para lo individual y personal (70) y que, sin embargo, somete la expectativa de igualdad del individuo, tan pronto como se proyecta y despliega en la comunidad jurí-

(68) Declaración de Independencia norteamericana de 4 de julio de 1776.

(69) Cfr. RITTER: *Historische Zeitschrift (HZ)*, 169 (1949), págs. 233 y sigs.

(70) Cfr. KIRCHHOF: «Der allgemeine Gleichheitssatz», *HdbStR* V, 1992, y Rdnm., 124, págs. 94 y sig.

dica y en el espacio público, más y más a la configuración del legislador democrático.

El mandato del Tribunal reside en lograr esta compensación entre la libertad que mantiene a distancia al Estado, el principio de no indiferencia respecto del bien común y una obligación de intervenir en el caso de que peligre un bien jurídico: garantiza el derecho del ciudadano a afirmar que dos más dos suman tres; anima al ciudadano a reflexionar sobre la tesis de que dos más dos suman cuatro; garantiza para la comunidad que se proceda conforme al principio de que dos más dos suman cuatro. Esta es la aritmética de la moderna práctica jurisprudencial.

