

La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional*

PETER HÄBERLE**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: ETAPAS EVOLUTIVAS HISTÓRICAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, LA COMPARACIÓN JUDICIAL EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

1. LA ETAPA INICIAL ANTES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL
2. LA SEGUNDA ETAPA EVOLUTIVA
3. LA ETAPA EVOLUTIVA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL *ANNUS MIRABILIS* 1989
4. PRIMERAS DEDUCCIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES

SEGUNDA PARTE: UN MARCO TEÓRICO

1. EL TIPO DE ESTADO CONSTITUCIONAL ENTRE IDENTIDAD Y REALIDAD: UN «PROYECTO EVOLUTIVO»
2. TEXTOS CLÁSICOS, COMO TEXTOS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO AMPLIO
3. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO PARTICIPANTES REALES Y FICTICIOS EN EL CONTRATO SOCIAL
4. TAREAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
5. EL CANON ABIERTO DE MÉTODOS: LA COMPARACIÓN JURÍDICA COMO «QUINTO» MÉTODO DE LA INTERPRETACIÓN
6. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EUROPEO

7. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE EL *JUDICIAL ACTIVISM* Y EL *JUDICIAL RESTRAINT*

8. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO «DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO»

TERCERA PARTE: CUESTIONES DE ACTUALIDAD SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (SELECCIÓN). CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. LA ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES
2. EL VOTO PARTICULAR COMO «JUDICATURA ALTERNATIVA»
3. EL RECURSO DE AMPARO

PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

- * *Célebre discurso pronunciado por el autor en la Jornada de Estudio del Tribunal Constitucional italiano en Roma, el 30 de mayo de 2003, en presencia del Presidente de la República Carlo Azeglio Ciampi. Traducido del alemán por Manuela Pérez bajo la supervisión del doctor César Landa Arroyo.*
- ** *Profesor Dr. Dr. h.c. mult. Director del Instituto de Bayreuth para el Derecho y la Cultura Constitucional Europeos así como del Instituto de Investigaciones de Derecho*

INTRODUCCIÓN

El tema elegido es sublime y célebre, pero al mismo tiempo práctico, cotidiano y de trabajo. Poder tratarlo en la «Consulta» en presencia de los máximos representantes de los órganos constitucionales de Italia, de la «Italia europea», es un gran honor para un alemán. El singular *genius loci* de Roma, que también representa el inicio de la cultura jurídica europea, podría servirnos de inspiración. La «sala de cuadros de los tiempos» de Roma, que como sensibles juristas tenemos la oportunidad de atravesar una y otra vez, nos muestra muchos monumentos y documentos que relacionamos con la eterna lucha por la justicia: desde las Doce Tablas hasta el Tratado de Roma o las salas en las que fue elaborado; también podemos percibir mucho en relación con las personas, si tenemos presente las estatuas, desde Cicerón hasta Cayo, que se encuentran delante del Tribunal de Casación. Porque no solo son y fueron las instituciones, o los órganos constitucionales de la actualidad, que están y estuvieron al servicio del Derecho, sino que también fueron personas concretas como los jueces constitucionales. Solo podemos tener éxito si tratamos este tema tan exigente «sobre los hombros de los gigantes».

En Alemania son los «gigantes de Weimar»; en Italia son, sobre todo, los grandes juristas de la posguerra, que como miembros de la Asamblea Constituyente y como jueces constitucionales de su Corte en Roma hicieron posible la gran Constitución de 1947 y aseguraron su vigencia. Me refiero a Costantino Mortati, Aldo Sandulli y Livio Paladin¹ para nombrar a los difuntos. Desde una perspectiva europea la Corte ya ha conseguido desde hace tiempo una posición relevante entre los Tribunales Constitucionales nacionales y europeos. Esto se hace visible de muchas formas y en muchos foros: por ejemplo, en los seminarios periódicos sobre temas como la proporcionalidad, el Derecho europeo, la inmunidad de los diputados y la interpretación constitucional, que tienen lugar en el seno de la Corte y en los cuales también participan expertos externos. También lo refleja la participación de jueces constitucionales de toda Europa en las reuniones institucionalizadas

Constitucional Europeo de la Universidad de Bayreuth. Doctor honoris causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Sobre Livio Paladin: LANCHESTER, Fulco. Livio Paladin, *JöR* 49 (2001), pp. 349 y ss. Sobre Costantino Mortati: STAFF, Ilse. «Verfassungstheoretische Probleme in der demokratischen Republik Italien». En: *Der Staat* 1996, pp. 271 y ss.

(por ejemplo, en 1999 en Varsovia y en 2002 en Bruselas) y no en último término la invitación e integración de jóvenes científicos de países cercanos y lejanos, que mediante su comparación jurídica contribuyen a la Corte. Hay españoles, franceses, pero, también, colombianos bajo la dirección de Paolo Ridola. Pero son, sobre todo, las decisiones de la Corte, las que han impresionado a muchos juristas constitucionales de toda Europa y han llevado a un diálogo muy intenso.² Me refiero a las sentencias sobre la libertad de religión y sus repercusiones sobre la ley electoral, sobre la libertad ideológica y el principio constitucional del laicismo, sobre la protección de minorías (discriminación de la minoría lingüística ladina en Tirol del Sur, como también sobre los derechos de la minoría lingüística eslovena), sobre el fortalecimiento de las regiones y sobre el desarrollo de una Constitución pluralista para los medios de comunicación, sobre las prácticas inconstitucionales de reiteración de decretos ley, sobre el derecho a la atención sanitaria y el derecho a defenderse con la ayuda de un intérprete.³ Se deben subrayar las grandes sentencias sobre las relaciones entre la Corte y la autonomía de las Cámaras. La publicidad europea que se cimienta en la jurisdicción constitucional y la ciencia, y es representada en revistas, anuarios, en comentarios y ensayos, también resulta de las decisiones directivas de la Corte de Roma, a corto y a largo plazo.⁴

² Presentaciones regulares del Tribunal Constitucional italiano y su judicatura en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* [JÖR], por ejemplo AZZARITI, G. «Die Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung». JÖR 8, 1959, pp. 13 y ss., con el reglamento general como anexo (pp. 25 y ss.); LEISNER, W. «Die klassischen Freiheitsrechte in der italienischen Verfassungsrechtsprechung». JÖR 10 (1961), pp. 243 y ss.; PIERANDREI, F. «Prinzipien der Verfassungsinterpretation in Italien». JÖR 12, 1963, pp. 201 y ss.; ROSSANO, C. «Der Gleichheitssatz und seine Bedeutung für die italienische Verfassung». JÖR 18, 1969, pp. 201 y ss. Recientemente: informes jurisdiccionales de la Corte, por ejemplo, de LUTHER, J. «Die Verfassung in Zeiten des «Übergangs»: Italienische Betrachtungen». JÖR 50, 2002, pp. 331 (328 y ss.); HARTWIG, M. «Die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichts zur Hörfunk – und Fernsehordnung». ZaöRV 47, 1987, pp. 697 y ss.

³ Algunas resoluciones aparecen en alemán en EuGRZ 1997, pp. 360 y ss.; 1998, pp. 662 y ss.; 1999, pp. 375 y ss.; pp. 373 y ss.; 1999, pp. 132 y ss. (refundido por J. Luther); 2000, pp. 542 y ss. (refundido por J. Luther); 2000, pp. 237 ss. (refundido por J. Luther); 2000, pp. 163 y ss. (refundido por J. Luther); 2002, pp. 613 y ss. (refundido por J. Luther).

⁴ Ejemplar para la artesanía y el arte de la reseña jurisdiccional son los informes jurisdiccionales de T. Ritterspach, inclusive por su regularidad: por ejemplo. EuGRZ

En el marco teórico (segunda parte) y una selección de cuestiones sobre la jurisdicción constitucional en la actualidad (tercera parte) quisiera postular la tesis de la *autonomía* de la ciencia del Derecho constitucional. Se trata de una «búsqueda continua de la verdad» en el sentido de Wilhelm von Humboldt, que no solo debe referirse y comentar los grandes logros de la jurisdicción constitucional, sino que debe hacer sus propias propuestas teóricas independientes, incluso «obstinadas», «inventar» nuevos paradigmas, que luego puedan ser asimilados «con orientación hacia la justicia» por un juez constitucional, en el sentido de la integración pragmática de varios elementos teóricos. La ciencia del Derecho constitucional no debe degenerar a ser simplemente un «(pos)glosador» de la jurisdicción constitucional, un peligro especialmente presente en Alemania.⁵ Este Credo es al mismo tiempo *conocimiento y reconocimiento*, hecho que es inevitable en cuestiones de principio. La legitimación de la ciencia no proviene de la democracia ni del pueblo. La ciencia, bajo la protección del derecho fundamental, es en sí «autónoma», aunque tenga una responsabilidad para la comunidad democrática. Al fin y al cabo, la legitimación de la jurisdicción constitucional proviene de la cadena de legitimidad que llega «desde el pueblo hasta los órganos del Estado» (U. Scheuner). Debemos considerar la interrelación de las perspectivas internas y externas de nuestro tema, pero yo solamente puedo proporcionarles «perspectivas externas» de la jurisdicción constitucional. No obstante defendiendo la importancia cultural del Estado constitucional «desde el interior» —parafraseando una expresión de Ortega y Gasset que se refiere a Goethe—. Al fin y al cabo, son los jueces constitucionales los que tienen que formular y expresar sus perspectivas internas. Esto se manifiesta, por ejemplo, en la cuestión de hasta dónde los jueces osen «entrometerse» en el proceso político, es decir, la interrelación entre el *judicial activism* y el *restraint*; por ejemplo, de hasta qué punto utilizan la posibilidad del voto particular

1988, pp. 41 y ss.; pp. 70 y ss. *ibídem.*; pp. 106 y ss.; *ibídem* pp. 159 y ss.; 559 y ss.; pp. y EuGRZ 1989, pp. 40 y ss., 202 y ss., 227 y ss., 331 y ss.; además EuGRZ 1990, pp. 25 y ss., 74 y ss., 211 y ss., 423 y ss., EuGRZ 1991, pp. 30 y ss., 376 y ss.; EuGRZ 1992, pp. 77 y ss., 105 y ss., 414 y ss. Esta gran tradición es continuada por J. Luther. De él también es la tesis doctoral: *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990; véase también DIETRICH M. *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1993.

⁵ Sobre este punto recientemente KLOEPFER, M. «Vom Zustand des Verfassungsrechts». JZ, 2003, pp. 481 (483 s.).

existente en España y Alemania, pero que aún no existe en Italia, si trabajan con *obiter dicta*, o hasta qué punto integran una única teoría en su sentencia como teoría «correcta» en lugar de incluir diferentes elementos teóricos de forma armónica. Esta forma de sentencia, que puede ser vinculante o apodíctica, «ergotista» o modesta, en parte también refleja la autognosis de los jueces constitucionales. Entre Europa y los Estados Unidos existen grandes diferencias en este ámbito como también en las técnicas de citación.⁶ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal (BverfG), que junto con el federalismo es nuestro orgullo, se decanta por largas decisiones tipo tesis; Francia se define por su claridad cartesiana y concisión, elegancia y estilo. Al fin y al cabo, en la cultura lingüística de las decisiones constitucionales se refleja gran parte de su autognosis: cercanía al ciudadano o argot legal. Un acto célebre, como el del día de hoy, nos brinda la oportunidad de intercambiar «perspectivas internas y externas» de la jurisdicción constitucional en un solo foro. Y vamos a aprovechar esta gran oportunidad.

PRIMERA PARTE: ETAPAS EVOLUTIVAS HISTÓRICAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, LA COMPARACIÓN JUDICIAL EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

Muy brevemente voy a recordar las etapas evolutivas del exitoso modelo actual de la jurisdicción constitucional. La comparación en las dos dimensiones del tiempo (historia) y del espacio (comparatística) las relaciona como dos caras de lo mismo, de la «jurisdicción constitucional» (en el ámbito institucional, competencial y personal).

1) LA ETAPA INICIAL ANTES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Aparte de una «jurisdicción constitucional no autónoma» representada por la Corte Suprema de los Estados Unidos —*Marbury* contra *Madison* cumplía su bicentenario— y aparte del respetable Tribunal Penal de la Constitución alemana de Weimar (1919), que gozaba de autonomía pero estaba dotado de competencias muy frugales, la obra pionera se la debemos agradecer a Austria. Con su Constitución del año 1920 y con los textos clásicos de Hans Kelsen, este país promovió la

⁶ Sobre los diferentes estilos de sentencia: HÄBERLE. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 30 y ss.

marcha triunfal de la jurisdicción constitucional autónoma. Su ejemplo tuvo y tiene repercusiones a corto y a largo plazo.

Sobre todo en Alemania,⁷ las tempranas ideas federales tuvieron un carácter legitimador (el antiguo «Bundesrat» de la Constitución de Bismarck de 1871: artículo 76): claro que hubo Constituciones anteriores a esta, empezando por la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1849 (§§ 125 a 128). Sigue siendo una preferencia muy alemana querer llevar las disputas ante los tribunales en vez de solucionarlas por medios político-democráticos (recientemente: en el asunto Awacs o la guerra en Iraq: BVerfG E 90, 286; 100, 266 (Kosovo)) como también la sentencia 2 BvQ 18/03 del 25.03.2003 (Iraq)). Las doctrinas provenientes de Estados Unidos como la «*preferred freedoms doctrine*» o la «*political question*»⁸ no llegaron a la antigua Europa hasta después de la Segunda Guerra Mundial, pero llevaron a creativos procesos de recepción, aunque solo se asumieran de forma modificada o incluso se rechazaran.

⁷ De la literatura sobre la historia desde una perspectiva europea: CAPPELLETTI, M. *Il controllo giudiziario di costituzionalità nel diritto comparato*, 1968; CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1919-1939)*, 1987; LUTHER, J. «Vorstufen europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit um 1900». En: KIRSCH, M.; SCHIERA y A. KOSFELD. *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft*, 2002, S. 279. De perspectiva alemana: SCHEUNER, U. «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert». En: BVerfG y Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des BVerfG, vol. I 1976, pp. 1 y ss.; HESSE, K. «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit». JÖR 46, 1998, pp. 1 y ss. Gran literatura didáctica: PESTALOZZA, C. *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., 1990; BENDA E. y E. KLEIN. *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 2.ª ed. 2001. Excelentes comentarios: VOSSKUHLE, A. en: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG III, artículos 93, 94 (2001); AK-Rinken, 2.ª ed. (1989), artículo. 93 GG.

⁸ Sobre la «*political question*», ya la controversia entre EHMKE H. y E. FRIESENHAHN en VVDStRL 20 (1963), pp. 121 ss. Además: HALLER, W. *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972; BRUGGER, W. *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 1993, pp. 19 y ss.; PIAZOLO, M. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Fragen*, 1994. Solo mencionar dos «*leading cases*» sobre la doctrina de la «*political question*»: *Pacific States Tel. & T.CO. v. Oregon*, 223 U.S. 118; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186.

2) LA SEGUNDA ETAPA EVOLUTIVA

Se inició después de 1945, y no fue casualidad, porque el distanciamiento de los Estados totalitarios y autoritarios en Europa, y la construcción de Estados constitucionales democráticos aumentaron el interés por la jurisdicción constitucional independiente y evolutiva. Probablemente se pueda decir que sobre el antiguo continente se estaba iniciando el momento estelar de la jurisdicción constitucional. Poco a poco, los sistemas de Italia (1947) y de la República Federal de Alemania con su Ley Fundamental (1949)⁹ se convirtieron en modelos a seguir. Ya les habían precedido las Constituciones de los Estados Federados de Baviera y Hesse (1946). Les siguió Francia, en principio con cautela, luego de forma más decidida con su *Conseil Constitutionnel* de la Quinta República (1958), que incluso reunía competencias, autoridad y legitimidad, por ejemplo, a través del preámbulo de carácter normativo y con ello los procesos de crecimiento que «atraen» a los derechos humanos.¹⁰ Portugal (1976) y España (1978) le siguieron con tribunales constitucionales dotados de amplias competencias. Tanto en el ámbito institucional como en la jurisdicción práctica se inicia un intenso diálogo entre los tribunales constitucionales de Europa, que en aquella época evidentemente aún no se había reunificado. No se debe olvidar a Suiza, que tanto en la antigua (1874) como en la nueva Constitución (2000) dota al Tribunal Constitucional en Lausana de una jurisdicción constitucional material, aunque limitada (artículo 189, 191 nBV).¹¹ Además, los dos Tribunales Constitucionales europeos en Luxemburgo y Estrasburgo: el Tribunal Europeo de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el principio, desde el año 1950, emprendieron el camino para convertirse en tribunales constitucionales independientes, aunque solo en algunos ámbitos: en la materia de justicia constitucio-

⁹ Sobre el Tribunal Constitucional Federal como «Modelo de la jurisdicción constitucional independiente» «Muster einer selbstständigen Verfassungsgerichtsbarkeit» (bajo el mismo título) mi artículo en: Festschrift 50 Jahre BVerfG, vol. I 2001, pp. 311 y ss.

¹⁰ De la literatura: OELLERS-FRAHM, K. *Demokratieverständnis und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich*, FS Doehring, 1989, pp. 691 (699 y ss.); JUNKER, J. *Die Konstitutionalisierung des Asylrechts durch den französischen Verfassungsrat*, 2002, pp. 47 y ss.

¹¹ Representativo para la floreciente teoría de Estado de Suiza: D. Thürer/J.-F. Aubert/J. Müller (eds.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001.

nal de la Unión Europea (anteriormente de la CEE) y/o en materia de al Convención Europea de Derechos Humanos.¹² En los últimos años y en la actualidad, esto es cada vez más visible gracias a la intensidad del diálogo científico y pretoriano, y de la comparación jurídica entre los tribunales constitucionales, tanto a nivel nacional como europeo (que se relacionan mutuamente), aunque en las sentencias no siempre se refleje de forma suficientemente explícita.¹³ Me refiero al Estado de Derecho, la proporcionalidad, algunos derechos fundamentales o una cláusula garantista de contenido esencial,¹⁴ escrita o no escrita, o algunas de las muchas garantías individuales del *due process*, que ya son de naturaleza europea y forman parte de la cultura europea constitucional y de Derecho.

3) LA ETAPA EVOLUTIVA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL A PARTIR DEL *ANNUS MIRABILIS* 1989

A partir de 1989, la marcha triunfal de la jurisdicción constitucional sigue acelerándose.¹⁵ Todos los Estados reformados de Europa oriental (como también los cinco nuevos Estados federados alemanes) crean una jurisdicción constitucional independiente y muchos también practican «sutilezas» institucionales como el voto particular (como, por ejemplo, en Kiev y en Zagreb). Algunos países ya pronto empiezan a superar los problemas transicionales (de forma muy consciente por el Tribunal Constitucional de Hungría,¹⁶ que incluso ya aplica el recurso

¹² Sobre la Convención Europea de Derechos Humanos: J.A. Frowein/W. Peukert, *EMRK-Kommentar*, 2.ª ed., 1996.

¹³ De la literatura: M. Piazzolo (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1995.

¹⁴ De la literatura, por ejemplo: A. Emmerich-Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, 2000; Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3a. ed. 1983, pp. 266 y ss.; Szezekalla, *Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002; O. Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 2003.

¹⁵ De la literatura: BRÜNNECK, A. von. *Verfassungsgerichtsbarkeit in den Westlichen Demokratien*, 1999. FAVOREU, L. *Les cours constitutionnelles*, 3.ª ed., 1996.

¹⁶ Véase FROWEIN, J.A. y T. MARAUHN (eds.) *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998. Sobre la contribución del Tribunal Constitucional de Hungría: SÓLOYOM, L. *Ibidem*, pp. 554 y ss. (discusión); BRUNNER, G. *Grundrechtsschutz durch Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa*, FS Stern, 1997, pp. 1041 y ss.

de amparo popular, como también es el caso en Baviera (1946) y Colombia (1991/96: Art. 241, 242). La riqueza de la judicatura de los tribunales constitucionales de Polonia, Croacia y Eslovenia es reconocida en toda Europa. En Europa oriental la jurisdicción constitucional (ahora también en Bosnia y los Balcanes con nuevos textos)¹⁷ asume en muchos casos una importante función en el difícil desarrollo de un Estado comunista unitario hacia la democracia pluralista. No solo contribuye a la «interpretación constitucional», sino que también en casos puntuales asume una creativa función constituyente, desde un punto de vista material. De esto se puede deducir que la función de la jurisdicción constitucional es variable y flexible en el espacio y el tiempo. Puede convertirse en una autoridad de diseño constitucional, dependiendo en concreto de la etapa evolutiva del Estado constitucional, que al mismo tiempo es garantizado por ella. También quiero incluir la jurisdicción constitucional como elemento y garante del «constitucionalismo latinoamericano» que se está perfilando.¹⁸ México, que ya a mediados del siglo XIX había creado el proceso de amparo,¹⁹ hoy puede vanagloriarse de una Corte Suprema altamente vital. En muchos Estados mexicanos incluso existe una jurisdicción constitucional propia del Estado (denominada «justicia constitucional local»)²⁰. La jurisdicción constitucional independiente es en muchos países latinoamericanos una parte integrante de la vida constitucional. En mi opinión, la complacencia eurocéntrica es inapropiada. Colombia estará desmembrada por la guerra civil, pero su amplia e intensa jurisdicción constitucional crea textos pretorianos, que, una vez que están en «el mundo», pueden desarrollar una enorme fuer-

¹⁷ Véase W. Graf Vitzthum (ed.), *Europäischer Föderalismus*, 2000. Véase también SARÆEVIE, E. «Verfassunggebung und «konstitutives Volk»: Bosnien-Herzegowina zwischen Natur- und Rechtszustand». *JöR* 50, 2002, pp. 493 y ss.

¹⁸ Sobre el «constitucionalismo latinoamericano»: HÄBERLE. «Ein ius commune americanum». En: *ders./M. Kotzur*, *De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, 2003, pp. 1 y ss.; HORN, H.-R. «Generationen von Grundrechten im kooperativen Verfassungsstaat – Iberoamerikanische Beiträge zum Konstitutionalismus». *JöR* 51, 2003, pp. 663 y ss.

¹⁹ Véase FERRER MAC-GREGOR, E. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, 2002; BELAUNDE, D.G. «Latin American Habeas Corpus». *JöR* 49, 2001, pp. 513 y ss.; LÖSING, N. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, 2001.

²⁰ FERRER MAC-GREGOR, E. *La Acción Constitucional de Amparo en México y España*, 2002; FERRER MAC-GREGOR, E. y R. VEGA HERNÁNDEZ (coords.) *Justicia Constitucional Local*, 2003.

za normativa e incluso pueden ser creados «para la posteridad» (es un tipo de «*quantum* de utopía», del que el Estado constitucional suele vivir). Solo quiero mencionar el Tribunal Panamericano de Costa Rica (sobre la Convención Americana de Derechos Humanos).²¹

4) PRIMERAS DEDUCCIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES

Podemos hacer las primeras deducciones: la divulgación de la jurisdicción constitucional no solo nos aporta el «material» para el marco teórico. No podemos decir, según Hegel: lo sensato es verdadero y lo verdadero es sensato, aunque sea obvio para algunos principios del Estado constitucional (por ejemplo, para los derechos humanos), pero el modelo ideal del Estado constitucional sigue siendo demasiado «vulnerable» en general y en concreto. No obstante, la jurisdicción constitucional representa el contraste ideal hacia cualquier tipo de totalitarismo, tanto de izquierdas como de derechas. La jurisdicción constitucional es un importante, aunque no el único, garante frente a cualquier tipo de sistema totalitario y autoritario. Dicho de otra forma: la realidad constitucional vivida gracias a la jurisdicción constitucional convierte a cualquier teoría de la jurisdicción constitucional en un factor constitucional («y sensato»).

También debemos echar una mirada al ámbito del Derecho internacional: los tribunales creados por la ONU para juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda por un lado, y la Corte Penal Internacional por el otro, que no por casualidad nació en Roma,²² son

²¹ Véase GARCIA RAMÍREZ P. P. (coord.) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2001.

²² Texto del Estatuto: A/CONF. 183/9 del 17.7.1998, traducción alemana en: EuGRZ 1998, pp. 618 y ss. De la literatura.: TOMUSCHAT, Ch. Das Statut von Rom für den internationalen Strafgerichtshof, *Friedens-Warte* 73, 1998, pp. 335 y ss.; ZIMMERMANN, A. «Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs». *ZaöRV* 58, 1998, pp. 47 y ss.; STAHN, C. Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH), *EuGRZ* 1998, pp. 577 y ss., 590 s.; FASTENRATH, U. Der Internationale Strafgerichtshof, *JuS* 1999, pp. 632 y ss.; AMBOS, K. Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein Überblick, *NJW* 1998, pp. 3743 y ss., 3746.; «Verbrechenselemente» sowie Verfahrens-Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs, *NJW* 2001, pp. 405 y ss. En este contexto no se deben olvidar los esfuerzos de las comunidades locales responsables, sobre todo de la UE, para

piezas de mosaico en el camino hacia la «Constitución de la comunidad internacional», como ya Verdross concibió en 1926.²³ La Corte Penal Internacional,²⁴ como institución permanente, no solo puede constitucionalizar el Derecho internacional «paso a paso», sino que podría irradiar hacia todos los Estados constitucionales participantes: en ello los elementos del Derecho internacional y los del Estado constitucional nacional actúan conjuntamente.²⁵ Los jueces formados en el ámbito del Derecho constitucional nacional aportan sus conocimientos jurídicos a las deliberaciones sobre decisiones: tanto metodológicos como también teóricos. La Corte Penal Internacional podría convertirse en una parte integral de la jurisdicción constitucional: a medida que el Derecho penal común europeo o el Derecho penal común americano sea *indirectamente* Derecho constitucional (no solo en las garantías del *due-process*).

el desarrollo de una efectiva jurisprudencia penal, véase por ejemplo. DANNECKER, G. *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, JZ 1996, pp. 809 y ss.

²³ VERDROSS, A. *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923, pp. 126 y ss.; continuado programáticamente en VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; véase también VERDROSS, A. y B. SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.^a ed. 1984, pp. 59 y ss. De la judicatura del derecho internacional sobre el tema constitucional: ROSS, A. *The Constitution of the United Nations*, 1950; JENKS, C.W. *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 26; MOSLER, H. *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 16; TOMUSCHAT, Ch. *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978), pp. 7 y ss.; 52 («Constituciones adicionales de derecho internacional»); *Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen*, en: VN 1978, pp. 1 y ss., 2 (Carta de Naciones Unidas y los pactos sobre los derechos humanos como «núcleo de una futura Constitución mundial»); CHEN, L.-C. *An Introduction to Contemporary International Law*, 1989, p. 437 («global constitutive process»); WATTS, A. «The International Rule of Law». En: *German Yearbook of International Law* 36, 1993, pp. 15 y ss., 22 («quasi-constitutional framework»); ONUF, N. «The Constitution of International Society». En: *EJIL* 5 (1994), pp. 1 y ss., 7 s., 15 s. (p. 18: Chapter I of the UN-Charter as the «international society's material constitution»); HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed. 1998, pp. 191 y ss.; FASSBENDER, B. «The United Nations Charter as Constitution of the International Community». En: *Columbia Journal of Transnational Law* 36, 1998, pp. 529 y ss., 546 y ss.; NETTESHEIM, M. *Das kommunitive Völkerrecht*, JZ 2002, pp. 569 y ss., 578 («Weltgemeinschaftsrecht»).

²⁴ Sobre la Corte Penal Internacional: KOTZUR, M. *Weltrecht ohne Weltstaat*, DÖV 2002, pp. 195 y ss.

²⁵ Pruebas de ello en HÄBERLE, *Das «Weltbild» des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und «letztem» Geltungsgrund des Völkerrechts*, FS M. Kriele, 1997, pp. 1277 y ss.;

SEGUNDA PARTE: UN MARCO TEÓRICO

1) EL TIPO DE ESTADO CONSTITUCIONAL ENTRE IDENTIDAD Y REALIDAD: UN «PROYECTO EVOLUTIVO»

El Estado constitucional es el resultado «provisional» de una larga historia evolutiva en el espacio y el tiempo. Lo estatal del Estado constitucional está fijado por la Constitución (R. Smend). Representa una negativa a las teorías de Estado del absolutismo tardío; y, en la Europa de la actualidad, la Constitución nacional se ha convertido en una «Constitución parcial» en el contexto de la Constitución europea que está creciendo. A pesar de los muchos contratiempos que sufre el «Estado de Derecho europeizado» y a pesar de que sigue siendo propenso a errores y sigue corriendo peligro, por ser vivido por personas concretas, constituye un logro por excelencia al que han contribuido muchas épocas, naciones y ciudadanos: desde los pensadores clásicos de la antigua Grecia, los más grandes juristas romanos, que destacaban por trabajar con tanto pragmatismo, hasta los pensadores modernos como Montesquieu, Rousseau, Kant y, también, J. Rawls y H. Jonas (el principio de la responsabilidad, 1979, que en el ámbito de la protección medioambiental se convierte en programática constitucional). Para el Estado constitucional son indispensables la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, las diversas variantes de la democracia plural como consecuencia organizativa de la dignidad humana y, asimismo, la democracia semidirecta de Suiza. Se le suman el Estado de Derecho, la división horizontal de poderes, los derechos humanos como también los derechos políticos o las «libertades públicas», nombradas en la Constitución española (capítulo 2, sección 1). Otra forma de expresión es el federalismo y su hermano pequeño el regionalismo, legitimado por la idea de la división vertical de poderes. Un ejemplo es Gran Bretaña (Escocia, Gales) y hasta en París se está hablando de la «Francia de las regiones». Sobre todo Italia se distingue por impresio-

TEUBNER, G. *Privatregimes = Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgemeinschaft, Liber amicorum véase Simitis*, 2000, pp. 437 y ss.; el «texto clásico» sobre la «sociedad mundial» LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 551 y ss.; continuado por STICHWEH, R. *Zur Theorie der Weltgesellschaft, soziale Systeme 1* (1995), pp. 29 y ss.; recientemente KOTZUR, M. «Weltrechtliche Bezüge in nationalen Verfassungstexten». En: SCHULTE, M. (ed.). *Weltrecht*, 2003, i.E.

nantes procesos de transformación: los ricos paisajes urbanos y culturales de Italia forman el «sustrato» ideal para la *res publica* italiana en su evolución hacia el federalismo.²⁶ La división de poderes también tiene que ser introducida a los sectores de la sociedad, por ejemplo, mediante la división social de poderes entre los empleadores y empleados; o publicista, entre la prensa y la radio o la televisión. La publicidad que se refiere materialmente a la *res publica* y la *salus publica* de Cicerón debería tener carácter plural, sobre todo, en el ámbito de los medios. La acumulación del poder económico, del poder de los medios y del poder político amenazan al núcleo de las sociedades abiertas según Popper. En esta imagen integral de principios, instituciones y procesos, a la jurisdicción constitucional le corresponde una posición destacada. El proceso político con legitimación democrática *directa* y la jurisdicción constitucional con legitimación democrática *indirecta* tienen una relación de distinción, de cooperación pero también de tensión: al servicio de la Constitución. Cada juez constitucional tiene que, literalmente, «soportarla» en sus sentencias hasta llegar incluso al extremo de tener conflictos personales de conciencia. Si el artículo 1.º de la Constitución italiana habla de una «República fundada en el trabajo», también hace referencia a su trabajo como jueces constitucionales. La propuesta de fundar la República en el «mercado», afortunadamente nunca se convirtió en texto constitucional.

2) TEXTOS CLÁSICOS COMO TEXTOS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO AMPLIO

Aparte de los textos constitucionales positivos escritos o no escritos, por ejemplo la ley de la magistratura — textos constitucionales en sentido estricto— también existen textos constitucionales en sentido *amplio* que también se presentan como parte de la *cultura*. Me refiero a

²⁶ De la literatura: D' ATENA, A. *L'Italia verso il federalismo*, 2002; ANZON, A. *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, 1995; *I poteri delle Regioni: dopo la Riforma Costituzionale*, 2002; GROPPI, T. *Federalismo e costituzione*, 2001. Sobre el regionalismo: WOELK, J. *Konfliktregelung und Kompetenzen im italienischen und deutschen Verfassungsrecht*, 1999; HÄBERLE, *Föderalismus, Regionalismus, Kleinstaaten - in Europa*, en: ZAGREBELSKY, G. (a cura di). *Il federalismo e la democrazia europea*, 1994, pp. 67 y ss.

los ya mencionados textos de los grandes pensadores.²⁷ Nos guían a nosotros los juristas y, asimismo, tienen cierta influencia en el proceso político. Hoy leemos la Constitución «a través los ojos de» Montesquieu, Kant y Popper. E incluso las palabras de un poeta pueden convertirse en textos constitucionales en sentido más amplio. Esto se pone en evidencia en Schiller («Señor, dad libertad al pensamiento», *Don Carlos*). También provocaciones como la de Bertolt Brecht: «Todo el poder del Estado dimana del pueblo, pero ¿hacia dónde va?» se hacen pertinentes. En el caso de Italia, el coro de los presos de *Nabucco* se convierte en un «himno nacional secreto» contra «Padania». Es decir, los textos clásicos despliegan su normativa en el tiempo y el espacio. En relación con la jurisdicción constitucional, H. Kelsen y, después de 1945, G. Leibholz²⁸ con su «informe sobre el estatus» referente al Tribunal Constitucional Federal resultan siendo clásicos. En Italia son probablemente los discursos de los creadores de la Constitución y la obra de Crisafulli.²⁹ *Marbury vs. Madison* (1803) es un texto clásico redactado por un juez, y también los *Federalist Papers* de Estados Unidos (1787) tienen una importancia invaluable para el Estado constitucional.

3) LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO PARTICIPANTES REALES Y FICTICIOS EN EL CONTRATO SOCIAL

En la actualidad también debe incluirse el paradigma del contrato social³⁰ desde Locke y Kant hasta J. Rawls en la jurisdicción constitu-

²⁷ HÄBERLE, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; KOTZUR, M. «Die Wirkungsweise von Klassikertexten im Völkerrecht». *JöR* 49, 2001, pp. 329 y ss.

²⁸ LEIBHOLZ, G. «Der Status des Bundesverfassungsgerichts». *JöR* 6, 1957, pp. 109 y ss.; KELSEN, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Weitere Klassikertexte*. En: HÄBERLE, Peter (ed.), *Jurisdicción constitucional*, 1976. Ein «junger» Klassikertext ist SMEND, R. Festvortrag (1962), en: *BVerfG 1951 – 1971, 1971* (también en: HÄBERLE (ed.), *Jurisdicción constitucional*, 1976, pp. 329 y ss.).

²⁹ Véase: NOCILLA, D. «Crisafulli – ein Staatsrechtslehrerleben in Italien», *JöR* 44 (1996), pp. 255 y ss.

³⁰ Sobre la transferencia del paradigma del contrato social al Tribunal Constitucional Federal: HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 425 (438 y ss.). Véase también SCHULZE-FIELITZ, H. *Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes*, *AöR* 122 (1997), pp. 1 (14 y ss.). Otras perspectivas en: SCHUPPERT, G.F. y Ch. BUMKE (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher*

cional. La Constitución es el «entenderse y soportarse diario de todos los ciudadanos». Igual que la «mesa de negociación» como gen cultural de la humanidad se había hecho famosa en todo el mundo partiendo de Polonia en los años 80 (probablemente ya había sido ejercida anteriormente en la mesa redonda del Rey Arturo), el contrato social asimismo debe ser aprovechado para la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional participa en el cumplimiento, la confirmación diaria y la continuación del contrato social y en el desarrollo de la Constitución como proceso público. Esto lo demuestran sus a veces amplias competencias como también su responsabilidad que es asumida conscientemente por los jueces, no solo en decisiones directivas o en decisiones de principio. Al menos, se puede decir que la jurisdicción constitucional tiene parte de la responsabilidad general y participa en la «persecución del consenso básico» de un pueblo. En la sociedad abierta de los constituyentes y de los intérpretes constitucionales ocupa una posición profesional y con gran cercanía al ciudadano. Salta a la vista en la demanda popular o también en la demanda de una asociación que existe en Colombia, pero incluso en la actividad normal de los jueces constitucionales el paradigma clásico del contrato nos puede proporcionar conocimientos adicionales: realmente conseguidos y ficticiamente contruidos (en el sentido del «como si...» de Kant). Es probable que pronto se perfile un «contrato social europeo» por medio de un referéndum a nivel europeo sobre la Constitución de la Unión Europea (en el «contrato generacional» existe otro campo de aplicación).

4) TAREAS DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

Las tareas concretas de la jurisdicción constitucional resultan de las Constituciones positivas y de sus normas competenciales. Pero detrás de esto se encuentra algo general: la función de limitación y racionalización del poder, ya que la Constitución en general constituye una limitación del poder (no solo «norma y tarea», «estímulo y límite», U. Scheuner y R. Smend). La protección del ciudadano es un ejemplo, sobre todo, en los casos donde exista un acceso directo al Tribunal Constitucional (el recurso de amparo), por lo que el Tribunal Constitu-

Grundkonsens, 2000. Weitere Grundsatzliteratur: C. Walter, *Hüter oder Wandler der Verfassung?*, AöR 125 (2000), pp. 517 y ss.; HALTERN, U. «Integration als Mythos». JöR 45, 1997, pp. 31 y ss.

cional es calificado como «tribunal para el pueblo» por excelencia. Otra función es la integración de los órganos constitucionales ante cualquier tipo de disputa y también la protección de minorías (en los Estados federados muchas veces se ha logrado por medio de las disputas federales (véase artículo 93, inciso 1, frase 2 a y 3 LF)).

5) EL CANON ABIERTO DE MÉTODOS: LA COMPARACIÓN JURÍDICA COMO «QUINTO» MÉTODO DE LA INTERPRETACIÓN

F.C. von Savigny canonizó los cuatro métodos clásicos de interpretación en 1840, recurriendo en parte a juristas romanos como Celso. La comparación legal como «quinto» método de interpretación ya ha sido incorporada a la práctica desde hace tiempo³¹ y también debería ser incluida en la teoría como tal, pero sin el objetivo de establecer un rango preconcebido. El «pluralismo de métodos» significa que ni siquiera los jueces constitucionales tienen fijada de antemano la interrelación de los cuatro o cinco métodos de interpretación. El peso de los «elementos de interpretación» depende del caso en concreto y es controlado mediante criterios de justicia últimos y penúltimos del juez con experiencia (su «juicio»); y materialmente, por principios constitucionales y también textos clásicos (por ejemplo, desde Aristóteles hasta J. Rawls, véase BverfGE 101, 158 (218)) que orientan al resultado. En Europa hoy también se deben considerar las cadenas de prejuicios de otros tribunales constitucionales europeos. En el Estado constitucional, la comparación jurídica se refiere a la triada flexible de textos, teorías y sentencias. Los servicios científicos con colaboradores provenientes de otros países y otras culturas legales, como el de Roma, pueden y deben hacer un importante trabajo preparatorio. Por ejemplo es conocido que el Tribunal Constitucional de Madrid ha integrado elementos del federalismo alemán. El concepto de la «fidelidad al Estado» de Schmend de 1916 tuvo un ejemplar éxito en toda Europa hasta llegar a Bélgica.³² El Tribunal Constitucional Federal ya ha tenido un efecto de irradiación sobre toda Europa con su judicatura de derecho funda-

³¹ Sobre la comparación jurídica como «quinto» método de interpretación: HÄBERLE, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, pp. 913 y ss.

³² ALEN, A.; PETERS y W. PAS. «“Bundestreue” im belgischen Verfassungsrecht». JöR 42, 1994, pp. 439 y ss.

mental y su legislación plural en el sector de los medios³³ (véase también el artículo 20, inciso 3 de la Constitución española).³⁴

6) LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NACIONALES COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EUROPEO

La Constitución Europea de la actualidad es un conjunto de diferentes Constituciones parciales. Por un lado, la Europa en sentido estricto, que está formada por Roma/Maastricht/Amsterdam/Niza y por las Constituciones nacionales, que permanecen protegidas por formar parte de la «identidad nacional». Y por otro lado, la Europa en sentido amplio, es decir en el marco de la OSCE (con 55 miembros en la actualidad) y del Consejo de Europa (con 45 miembros), a los que además se les suma la Convención Europea de Derechos Humanos. En Suiza y Austria incluso tienen rango constitucional los textos de la OSCE, aunque a veces solo sean «soft law». La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea³⁵ seguramente que desarrollará cada vez más su fuerza normativa (en la antigua Europa de la Unión Europea, es decir, la de los 15 y pronto la de los 25 y más allá). Los dos Tribunales Constitucionales en Luxemburgo y Estrasburgo³⁶ lo son en virtud de sus textos de referencia, que representan las Constituciones parciales. Pero es preciso recordar que cualquier Tribunal Constitucional nacional en la aplicación del Derecho constitucional europeo y/o de la Convención Europea de Derechos Humanos se convierte en un Tribunal europeo común o un Tribunal Constitucional europeo. Incluso el pequeño juzgado de instrucción en Bayreuth o el tribunal más bajo de Palermo en este contexto se convierte materialmente en un «Tribunal Constitucional»: por su vinculación al Derecho y a la ley. La publicidad europea así también surge a partir de la *publicidad de la jurisdicción constitucional europea*, día a día y constantemente. La publicidad constitucional europea cuenta con un noble garante en todos nuestros Tribu-

³³ Desde BVerfGE 12, 205 (259 y ss.).

³⁴ SCHELLENBERG, M. «Pluralismus: Zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien». AöR 119 (1994), pp. 427 y ss.

³⁵ Sobre de Carta de los Derechos Humanos de la UE, el comentario publicado por J. Meyer, 2003; véase también ZAGREBELSKY, G. (ed.). *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, 2003.

³⁶ De la literatura: MAHRENHOLZ, E.G. «Europäische Verfassungsgerichte». JöR 49, 2001, pp. 15 (20 y ss.).

nales Constitucionales, si me permite usar el pronombre posesivo en esta ocasión.

7) LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE EL *JUDICIAL ACTIVISM* Y EL *JUDICIAL RESTRAINT*

En este ámbito no se pueden hacer muchas predicciones científico-dogmáticas. Existen algunas etapas y sentencias, en las que un tribunal constitucional nacional o europeo se involucra en el ámbito político (existen ejemplos tanto en Estados Unidos³⁷ como en Alemania). Existen etapas, en las que (por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán) se contiene, probablemente bajo los efectos de la ciencia (por ejemplo, en la libertad de reunión)³⁸ o debería contenerse (por ejemplo, en la libertad de opinión en relación a la protección del honor). Debemos agradecer mucho al tacto, la delicadeza y la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y los postulados de justicia (por ejemplo, esto último justifica las grandes sentencias fiscales del Tribunal Constitucional Federal: porque el Parlamento había fracasado durante décadas).³⁹ La jurisdicción constitucional no es (en sí misma) la «guardiana de la Constitución» y menos aún la única guardiana. En una democracia pluralista, *todos* los ciudadanos son guardianes de la Constitución: desde el ciudadano de a pie hasta el presidente del Estado (que, por ejemplo, actúa entre bastidores como mediador de disputas; el Presidente de la República Ciampi hace poco exigió, con razón, un «mutuo respeto de la opinión del otro»). El ciudadano que interpone un recurso de amparo también es guardián; y, asimismo, el diputado que a través de una demanda orgánica lucha por

³⁷ Una de las sentencias más importantes de la Corte Suprema de Estados Unidos con un fuerte acento sobre *judicial activism* en *United States v. Carolene Products W.*, 304 U.S. 144, su famosa «Footnote 4»; de la literatura. véase ACKERMANN, B. «Beyond Carolene Products». *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713; véase la discusión monográfica con temas como el *judicial activism* y *judicial restraint* en BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, 1962.

³⁸ Crítica general en SCHOLZ, R. Karlsruhe im Zwielicht – Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG, FS Stern, 1997, pp. 1201 y ss. Un sumario general, recientemente en: BADURA, Verfassung, Staat und Gesellschaft aus der Sicht des BVerfG, FS 50 Jahre BVerfG, vol. II 2001, pp. 897 y ss.

³⁹ Véase HÄBERLE, Das nationale Steuerverfassungsrecht im Textstufenvergleich, FS Vogel, 2000, pp. 139 (151 s.).

su estatus (por ejemplo, sentencias del TFCA 80, 188). La publicidad científica tiene la especial responsabilidad de acompañar al Tribunal Constitucional de forma crítica. No debe guiarse tanto por la opinión pública, en la que según Hegel se reúne al mismo tiempo «todo lo verdadero y todo lo falso».⁴⁰ Pero de Estados Unidos si que conocemos el dicho desconcertante «The Supreme Court follows the Elections», que solo puede convertirse en máxima si se interpreta de forma muy «sutil» (por ejemplo, cuando se aprobó finalmente el *New Deal* bajo Roosevelt). La cultura política de los países ejemplificados cobra relevancia.⁴¹ La «aceptación» es un concepto muy relevante.

8) EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO «DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO»

Esta máxima elaborada en 1976⁴² expresa que un tribunal constitucional debería seguir sus *proprios* códigos de conducta, diseñados especialmente para sus funciones específicas y en parte también puede crearlas por sí mismo. Si con fines comparativos observa procedimientos judiciales civiles y administrativos o el Código de procedimientos penales, entonces solamente porque deben conocer las experiencias, los conocimientos y las tradiciones de los demás tribunales. Pero lo más específico de una Constitución y su (penúltima, nunca auténtica) interpretación por un Tribunal Constitucional tiene que orientarse en lo específico, en la *propria* de las funciones de este. Esto es válido para todos sus procesos encaminados a la búsqueda de la verdad y de la justicia; y, asimismo, para su concretización del bien común. En México por ejemplo, ya existe un vivo debate sobre el Derecho procesal constitucional desde hace varios años, igual que en Perú.⁴³

⁴⁰ De la literatura: NOELLE-NEUMANN, E. Welche Rolle spielt die öffentliche Meinung für die Entscheidung der Richter?, FS Kriele, 1997, pp. 507 y ss.

⁴¹ Comparación jurídica del *judicial self restraint*: TOMUSCHAT, C. Das BVerfG im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, en: FS 50 Jahre BVerfG, vol. I 2001, pp. 245 (269 y ss.). Véase también RIECKEN, J. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2003, pp. 429 y ss.

⁴² HÄBERLE, Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, pp. 377 y ss. Crítica en KLEIN, E. Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das «Prozessrecht» des BVerfG, FS 50 Jahre BVerfG, vol. I 2001, pp. 508 (512 y ss.).

⁴³ Véase BELAUNDE, D.G. *Derecho Procesal Constitucional*, 1998; LANDA, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, 2003.

TERCERA PARTE: CUESTIONES DE ACTUALIDAD SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (SELECCIÓN)

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A continuación me centraré en una selección de cuestiones institucionales y procesales, pero no materiales, como puede ser la labor pretoriana sobre el «acervo europeo común» en materia de derechos humanos (y sus límites a causa del terrorismo), el establecimiento de un «bien común europeo», la relación entre las religiones o la Iglesia y el Estado, que es un tema científico abordado sobre todo por C. Mirabelli (en mi opinión, hoy existe un «Derecho constitucional religioso europeo» con el Islam como segunda o tercera religión),⁴⁴ y me referiré, además, a diversas cuestiones, a tratar por la Convención de la Unión Europea, pero que también tienen que ser abordadas en los tribunales constitucionales (por ejemplo, las referencias a Dios) o los elementos estructurales de un Derecho constitucional de los medios de comunicación como también el estatus de los partidos políticos y de los diputados (de gran actualidad en México). Si se compararan las órdenes del día de muchos tribunales constitucionales, se identificaría muy rápidamente que muchas cuestiones materiales que se plantean en el Estado constitucional de la actual fase evolutiva y su diversidad de ejemplos presentan muchos paralelismos y analogías, a pesar de las diferencias que existen entre las diferentes culturas constitucionales nacionales (ejemplos: aborto, libertad de los medios de comunicación). Esto no será tematizado, es más importante discutir algunas cuestiones competenciales, estructurales y procesales. El *momento procesal* apenas puede sobreestimarse en su importancia para el Estado constitucional: hasta el desarrollo de la Constitución está ligado a procesos *disciplinarios*. Uno de ellos es, aparte del democrático-parlamentario, el procesal-constitucional. Pero incluso en este ámbito solo se puede discutir una selección, por ejemplo no incluirá la cuestión del «Sí o No» al llamado «control normativo abstracto» (artículo 93, inciso, frase 2 LF).

⁴⁴ Véase HÄBERLE, *Cultura dei Diritti e diritti della Cultura*, 2003, pp. 247 y ss.

1) LA ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Sigue siendo un tema ampliamente debatido en Alemania, aunque en la mayoría de los casos no públicamente.⁴⁵ Aunque la normativa de la Ley Fundamental es clara: la elección se realiza en partes iguales por el Parlamento Federal (*Bundestag*) y el Consejo Federal (*Bundesrat*), y esto último es consecuencia del federalismo (artículo 94 LF). La realidad política es motivo de muchas críticas: porque los partidos políticos reclaman las posiciones de los jueces constitucionales para sí mismos, de forma rigurosa, casi sin vergüenza e incluso públicamente, aunque a causa de la mayoría de dos tercios (§§ 6 y 7 BVerfGG) se negocia todo de antemano en las sedes de los partidos, siguiendo el principio del «do ut des». En la mayoría de los casos, los jueces constitucionales *una vez elegidos* son independientes e imparciales, pero cuando aún son candidatos tienen que al menos «simpatizar» con un partido, a menudo son miembros del partido. El probablemente último juez constitucional «neutral» (con «equidistancia») fue mi profesor científico K. Hesse⁴⁶ (los «Verdes» han presentado recientemente a B.O. Bryde como juez independiente). En la época inicial del Tribunal Constitucional Federal hubo varios: por ejemplo, G. Leibholz y E. Friesenhahn. Italia ha logrado un modelo ejemplar: una tercera parte de los jueces (artículo 135, inciso 1, Constitución italiana) son nombrados por el Presidente de la República, que obviamente tiene más poder que el Presidente alemán (la elección por los tribunales supremos y administrativos también es ejemplar. En este contexto quiero nombrar el actual Presidente R. Chiappa). Como ya es conocido, todos los presidentes italianos hasta el momento han tenido acierto con su tercio, y merecidamente el modelo italiano ha sido asumido por algunos Estados reformados de Europa oriental (véase artículo 140, inciso 3 de la Constitución de Rumanía de 1991, artículo 147, inciso 1 de la Constitución de Bulgaria de 1991). Pero Italia —con perdón— también podría aprender de otros países: en mi opinión las *regiones* deberían ser partícipes en la elección de los

⁴⁵ De la literatura: PIEPER, St.U. Verfassungsrichterwahlen, 1998; BENDA, E. y E. KLEIN, aaO., pp. 54 y ss.; VOSSKUHLE, A. en el lugar citado: artículo 94, Rdnr. 14 a 16; WAHL, R. Die Reformfragen, FS 50 Jahre BVerfG, vol. I, 2001, pp. 461 (480 s.).

⁴⁶ Instructivo: OPPERMANN, T. «Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre». En: FS 50 Jahre BVerfG, vol. I, 2001, pp. 421 y ss.

jueces, a medida que se vaya avanzando hacia un nuevo regionalismo o incluso federalismo «a la italiana» (A. D'Atena) (en forma de una segunda cámara de las regiones) (para ello existen modelos comparativos; en la actualidad es del federalismo,⁴⁷ que ahora también va a ser aplicado en Iraq). Las malas prácticas de los partidos políticos en Alemania han tenido incluso repercusiones en el Tribunal Europeo de Justicia: al menos dos veces a un juez meritorio, enviado de Alemania a Luxemburgo, no se le ha renovado en su cargo porque hubo acuerdos políticos entre el CDU y el SPD (España actúa de forma completamente diferente). La propuesta que ya presenté en el año 1971 en Bonn, de introducir comparencias públicas de los candidatos antes de las elecciones (según fijado ahora en el artículo 112, inciso 4, p. 4 de la Constitución de Brandenburgo de 1992), y que existe en el Senado de Estados Unidos, evidentemente conlleva ciertos riesgos. Hasta el momento esta propuesta, en el ámbito político, solo ha sido retomado por los «Verdes», sin ningún éxito.

2) EL VOTO PARTICULAR COMO «JUDICATURA ALTERNATIVA»

En mi opinión el *voto particular*⁴⁸ confirma la concepción de la «Constitución como proceso público» (1969/1978). La posibilidad del voto particular en los tribunales constitucionales proveniente de Estados Unidos, practicado desde 1970 bajo la Ley Fundamental, forma parte de varias Constituciones. Especialmente impresionante es el artículo 164, inciso 1, p. 1 de la Constitución española (1978), pero también lo ejercen los Estados reformados de Europa oriental y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. La práctica o la realidad y la teoría hablan en favor del voto particular, siempre y cuando se use con moderación. En Estados Unidos, igual que en Alemania, en el pasado con frecuencia se ha desarrollado demostrablemente una fuerza

⁴⁷ Sobre el senado como «Cámara de las regiones?»: MATTARELLA, Das Zweikammersystem in Italien, AöR 108 (1983), pp. 370 (388 s.).

⁴⁸ Sobre el voto particular en general: SCHLAICH, K. Das Bundesverfassungsgericht, 4.ª ed. 1997, pp. 38 y ss.; HÄBERLE, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, pp. 24 y ss.; SCHWEIZER, R.J. y SUTTER, Das Institut der abweichenden oder zustimmenden Richtermeinung im System der EMRK, FS Trechsel, 2003, pp. 107 y ss. De la literatura además: ROELLECKE, G. Sondervoten, FS 50 Jahre BVerfG, vol. I 2001, pp. 363 y ss. —«literatura» original: GEIGER, W. Abweichende Meinungen, 1989.

normativa a medio y largo plazo. El voto particular de hoy se convertirá en el voto mayoritario de mañana (que es el elemento de la democracia por antonomasia). Un ejemplo concreto para un cambio de este tipo es el voto adicional de la juez Rupp von Brünneck en el ámbito de la protección a la propiedad público-privada (E 32, 129 (142) y E 40, 65 (83 s.)). En el marco de la teoría constitucional, el voto particular confirma el proceso evolutivo en el que se encuentra cualquier Constitución: conjuntamente con la revisión total, parcial, la enmienda de la Constitución y la ley abrogatoria, el voto particular es una pieza de mosaico adicional en la imagen integral del «tiempo y la Constitución». Como «judicatura alternativa», el voto particular puede sustituir otras propuestas de solución judiciales; puede ser «satisfactorio» porque el partido inferior se siente tomado en serio y a largo plazo puede producirse un «diálogo jurídico» abierto sobre la Constitución. Es de suponer que la posibilidad y la realidad de los votos particulares, que en el Tribunal Constitucional Federal (por medio de algunos jueces que con frecuencia votan por separado, como W. Geiger y H. Simon) ya tienen una gran tradición, contribuya a que la opinión mayoritaria de los jueces se presente de forma más contundente y clara: no se necesita llegar a «consensos» judiciales «forzados». La línea de argumentación de una decisión podría ser más convincente, porque el juez vencido por mayoría de votos tiene la posibilidad de publicar su voto discrepante. En los 13 años que he visitado su Corte en Roma, muchos presidentes de la misma me han preguntado en privado sobre el voto particular (alemán): los presidentes Casavola, Corasaniti, A. Baldassarre y, ya anteriormente, L. Elia, G. Zagrebelsky, el Vicepresidente actual (en los años de su gran «Diritto mite»: 1992). Yo, evidentemente con cierta reserva académica, siempre votaría *por* la introducción de este instrumento de la jurisdicción constitucional casi ideal. Los Estados constitucionales consolidados, dotados de una jurisdicción constitucional eficaz como Italia, podrían realmente «permitirse» el voto particular, de forma autónoma, o bien, por ley. Aumenta la legitimidad del «voto mayoritario» dialécticamente ligado a él, de la jurisdicción constitucional e incluso del Estado constitucional en general. Que España, como joven democracia, se haya atrevido a apostar desde principios de 1978 por el voto particular del Tribunal constitucional es uno de los «milagros» de este Estado constitucional, igual que la «Transición» (después de Franco).

3) EL RECURSO DE AMPARO

Como último ejemplo quisiera referirme al recurso de amparo.⁴⁹ En Alemania, convierte al Tribunal Constitucional Federal en el «tribunal para el pueblo» por excelencia (véase artículo 93, inciso 1, frase 4.^a LF). Ya se ha convertido en algo indispensable de nuestra cultura política. Por el camino del recurso de amparo se dieron grandes sentencias. Aunque a causa de la sobrecarga del Tribunal Constitucional Federal por este proceso se haya advertido la necesidad de reforma y recomendado introducir el libre proceso de aceptación, practicado en la Corte Suprema de Estados Unidos, hasta ahora se ha mantenido el acreditado proceso del recurso de amparo, y pienso que con razón. En otros países como España (artículo 161, inciso 1, frase 6), en Europa oriental, por ejemplo Polonia (artículo 188, frase 55 de la Constitución de 1991), y en Latinoamérica, por ejemplo en Colombia y México, también se conoce este instrumento, que tiene gran éxito en la práctica. Claro que existen otros procesos a los que puede recurrir el ciudadano: por ejemplo el *ombudsmann* de Escandinavia, conseguido ya muy temprano en México (por H. Fix Zamudio) y que también tiene éxito en Polonia. Pero, no obstante, el recurso de amparo (subsidiario) parece ser un elemento perfecto en el marco del sistema de la protección judicial constitucional. ¿No creen que Italia ya está preparada para ello?

PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

Este discurso es de un «extranjero». Y por ello está obligado a mantener una cierta reserva académica (*«academic self restraint»*), sobre todo cuando se trata de cuestiones delicadas sobre la jurisdicción constitucional en Italia. Por ello no voy a exponer mi posición sobre la controvertida cuestión en su país, de si la Corte debería haber guardado un «minuto de paz» en su sesión pública en marzo de 2003. Al menos

⁴⁹ Véase HÄBERLE, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JöR 45 (1997), pp. 89 y ss. (publicado como libro en Italia: 2000). Véase también BRUNNER, G. Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, JöR 50 (2002), pp. 191 y ss.; sobre el «tribunal popular»: HÄBERLE, JöR, aaO., 45 (1997), pp. 89 y ss. De la literatura reciente: GUSY, C. Die Verfassungsbeschwerde, in: FS 50 Jahre BVerfG, vol. I 2001, pp. 641 y ss.

esto ha intensificado el debate sobre el tema «el Estado constitucional y la paz». Y es que no solo atañe al artículo 11 de la Constitución italiana, sino que atañe también a la cuestión de si el compromiso por la paz inmanente del Estado constitucional de la actualidad es un asunto escrito —véase el artículo 26, LF, preámbulo de Polonia; el artículo 6, inciso 1, de la Constitución de Hungría (1990/97), que contiene la cláusula de paz más amplia junto al artículo 9 de la Constitución de Japón (1949); el artículo 63, inciso 2, de la Constitución de Eslovenia (1992); y, también, el artículo 135, inciso 2, de la Constitución de Lituania (1992))—⁵⁰ o no escrito. «La paz» en sí no es un concepto. Hay que relacionarlo estrechamente con la justicia, la verdad y la libertad (como hizo recientemente el Papa Juan Pablo II). Se podría pensar en la figura jurídica de los «principios jurídicos generales», que traspasan las normas del Derecho internacional, sobre todo las de Naciones Unidas en materia del Consejo de Seguridad, hacia el interior de los Estados constitucionales. Un cierto comportamiento de los órganos constitucionales, como la Corte de Roma, podría haber llevado a una concienciación. Por otro lado, claro que existe el mandamiento de la reserva judicial. Aquí, como también en la cuestión de Iraq y en otros ámbitos, sentimos de forma dolorosa los límites de cualquier jurisdicción constitucional y de la ciencia. La guerra de Iraq nos ha «partido» en sentido literal, tanto internamente como, científicamente. Pero especialmente en esta situación el optimismo científico sigue siendo indispensable, también por responsabilidad frente a los «juristas europeos» de la generación venidera. La historia constitucional y de la jurisdicción constitucional no ha sido automática en el sentido de un progreso no turbado; también sufre contratiempos, decisiones equivocadas, como en nuestro caso la «sentencia contra el crucifijo» (sentencia del TFCA 93, 1), una problemática que ustedes en el Tribunal han solucionado, gracias a su presidente C. Ruperto, de forma genial, a la italiana, reubicando, con conciencia cultural, una obra de arte de la imagen de la Virgen María.

⁵⁰ Sobre el tema «Paz y Constitución» bajo el mismo título: *E. Benda*, AöR 109 (1984), pp. 1 y ss. Aus der Kommentarlit. Sobre el artículo 26 GG: *I. Pernice*, en: *H. Dreier*, GG-Kommentar, vol. 2 1998; *R. Streinz*, en: *Sachs*, Grundgesetz, 3.ª ed. 2002, artículo 26; *U. Fink*, en: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, 2000, artículo 26.

A pesar de todos los límites que existen, las posibilidades de la jurisdicción constitucional siguen siendo enormes,⁵¹ incluso dignas de admiración, tanto en Estados Unidos como en Europa. Su Corte ya ha explorado varias posibilidades, y según veo sin que haya sido desmesuradamente costoso. Si es que un alemán puede expresarlo, pues en la «Europa de Schengen» ya no se siente como «extranjero»: todos nosotros somos «ciudadanos europeos». El concepto de los «tres elementos»⁵² del clásico G. Jellinek tiene que ser reflexionado de forma radicalmente nueva. La integración europea no solo relativiza el territorio del Estado y el llamado poder del Estado, no solo integra a los pueblos europeos, sino que también convierte la cultura plural en el primer y último «elemento del Estado», o, aun mejor, en la verdadera base constitucional. Así que permítame decir la palabra orgullosa: como alemán hoy en día en Italia uno es un *nacional*; Italia ya no es un «país extranjero» es un «país amigo». Lo que nosotros los juristas tenemos que desarrollar poco a poco y a duras penas, otros lo han anticipado ampliamente. Goethe gracias a la cultura, a su cultura, durante todo su viaje italiano hasta su muerte y más allá fue un *nacional* en Italia, como ninguno, a excepción de Federico II, el otro gran personaje en las relaciones germano-italianas. Goethe tenía que superar el paso por las fronteras, que ya a la altura del Lago de Garda se convertía en algo muy doloroso para él, pero solo físicamente, en lo psíquico-emocional no. La comunidad científica sigue dirigiendo su mirada muy intensamente hacia Weimar, por Goethe y por la Constitución de Weimar, y probablemente lo hagan de forma más intensa que los alemanes.

Nosotros miramos llenos de gratitud hacia Italia, que en la actualidad lucha por ir por la senda del regionalismo, creado de forma pionera en 1947, hacia el federalismo. Como hoy cualquier juez constitucional nacional, como también cualquier juez nacional, si aplica la Convención Europea de Derechos Humanos y el Derecho europeo, es al mismo tiempo un juez constitucional europeo o juez comunitario. Ya no tenemos que superar fronteras, y menos bajo el signo de la jurisdicción constitucional de la etapa evolutiva actual.

⁵¹ Véase también G. Zagrebelsky, en: C.M. Martini/G. Zagrebelsky (eds.), *La domanda di giustizia*, 2003, pp. 3 y ss.

⁵² Sobre la revisión del concepto de los tres elementos, HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed. 1998, pp. 620 y ss. En relación a Europa: *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002, pp. 348 y ss.