

## Funciones y Significado de los Tribunales Constitucionales en Perspectiva Comparada — Y Comentario a Los 60 Años del Tribunal Constitucional\*

**PETER HÄBERLE**

Director del Instituto de Bayreuth para el Derecho Europeo y la Cultura Jurídica y del Centro de Investigación de Derecho Constitucional Europeo.

**RESUMEN:** Este trabajo tiene su origen en una publicación de homenaje a Gilmar Mendes, juez del Tribunal Supremo Federal del Brasil. Se estructura en tres partes. La primera analiza los elementos necesarios para intentar una comparación entre los diversos modelos de jurisdicción constitucional. En la segunda parte, se trabaja sobre el concepto de tribunal constitucional y el estatus del juez constitucional. La última parte se concentra en las distintas funciones que puede asumir la jurisdicción constitucional. Finalmente, se aplican los elementos descritos para estudiar el caso concreto del Tribunal Constitucional Federal alemán.

**PALABRAS CLAVES:** Jurisdicción constitucional, derecho comparado, magistrado, Tribunal supremo federal brasileño, Tribunal constitucional federal alemán.

**ABSTRACT:** This paper was originally written for a book in honor of Gilmar Mendes, judge of the Supreme Court in Brazil. It has three parts. The first one, analyzes the elements required to compare the different models of constitutional jurisdiction. The second part, works on the concept of constitutional court and the status of a constitutional judge. In the last part, the paper concentrates in the functions that a constitutional court can develop. Finally, the author applies his theories to analysis of the German Federal Constitutional Court.

**KEY WORDS:** Constitutional jurisdiction, comparative law, judge, Federal Supreme Court of Brazil, Federal Constitutional Court of Germany.

**SUMARIO:** 1 Primera parte: posibilidades y límites en la comparación entre tribunales constitucionales (cuestiones metodológicas); 1.1 Criterio histórico, espacial – temporal; 1.2 La elaboración en detalle; 2 Segunda parte: “tribunal constitucional”; 2.1 El entendimiento amplio y abierto; 2.2 Cuestiones relativas a la elección de magistrados y al estatus judicial; 2.3 “Derecho procesal constitucional”; 3 Tercera parte: el papel y las funciones de los tribunales constitucionales en detalle – una comparación; 3.1 Modificabilidad y apertura; 3.2 Las funciones individuales a la luz de las diferentes teorías estatales y constitucionales; 3.3 Comparación de Derecho positivo: La construcción de categorías y grupos de casos de competencias de los magistrados constitucionales; 3.4 Una primera

---

\* “Ponencia presentada al X Congresso Internacional de Direito Constitucional sobre ‘Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes’, organizado por la Escola Brasileira de Estudos Constitucionais – EBEC, Natal (Brasil) el 27 de abril de 2012. Publicada en Brasil en: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet (Coords.) “Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes”, Editora JusPODIVM, Salvador Bahia, 2012. *El habitus hae adducis inter hebatil icaequondeo, ca sici peciem inis a nin vil vid*

conclusión; 4 Apéndice: el tribunal constitucional federal alemán – Un comentario a sus 60 años de actividad; 4.1 Introducción; 4.2 Reflexiones de teoría constitucional; 4.3 Controversias; 4.4 Méritos, innovaciones, logros; 4.5 Preguntas sobre el futuro.

### **DEDICATORIA**

No sólo en el Arte, sino también en las Ciencias, hay un “genius loci”. En materia de jurisdicción constitucional, que hoy en día es una institución central de un Estado de “tipo” constitucional, que además lo legitima, habría que nombrar muchos lugares: Washington (desde 1803), Viena (desde 1920), Roma (desde 1947/1956), Lisboa (desde 1976), Madrid (desde 1978), también Luxemburgo (desde 1953), previamente Estrasburgo (1951) y desde el “annus mirabilis 1989” Budapest, Varsovia o Kiev – nombres que, por una vez, hacen innecesario mencionar nuestro “Karlsruhe” (desde 1951), con razón, motivo de orgullo. Estos sitios y/o nombres hacen referencia a ciertas etapas históricas en el desarrollo de la jurisdicción constitucional, aunque también Suiza, que en expresión de Thomas Mann puede ser considerada como una “pequeña Europa”, debe ser incluida: hay que citar por tanto también “Lausana”, es decir su Tribunal Federal (en el sentido de una división de poderes más bien espacial: ¡Y sin embargo no Berna, la capital federal!), ¡pero sí Pretoria, Lima, así como en Bosnia-Herzegovina Sarajevo (1996) – y Brasilia!

Es un gran placer y honor estar otra vez como huésped en sus tierras. Admiro mucho a la comunidad científica brasileña, muy viva en todos los géneros de la literatura, así como al Tribunal Federal en Brasilia, tan creativo, porque todo eso lleva a Brasil a la cumbre del constitucionalismo latinoamericano. Personalmente estoy muy agradecido a su Presidente, G. Mendes, quien no sólo ha publicado unos libros importantísimos y ha asimismo promocionado mucho mis escritos, sino que también ha construido un sólido puente hacia la cultura jurídica alemana – desde su precoz Doctorado en Münster. Más adelante se detalla en qué gran medida el Tribunal Federal de Brasilia, también bajo su dirección, se ha convertido en el pionero en los asuntos de la jurisdicción constitucional (palabras claves: “amicus curiae”, audiencias públicas, revalorización del Derecho Procesal).

## **1 PRIMERA PARTE: POSIBILIDADES Y LÍMITES EN LA COMPARACIÓN ENTRE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (CUESTIONES METODOLÓGICAS)**

### **1.1 CRITERIO HISTÓRICO, ESPACIAL – TEMPORAL**

Es sabido que el método comparado, especialmente en el Derecho Civil y Penal, disfruta de una tradición clásica. Tanto en Alemania como en Italia se encuentran grandes nombres como G. Radbruch, M. Rheinstein,

quien tras 1933 residió en los EEUU, también K. Zweigert, y H. Dölle, en el Derecho Penal H.H. Jescheck. En Alemania, el Estado nacional, egocéntrico y al mismo tiempo imperialista, impidió que prosperara el Derecho Comparado como método en el Derecho Constitucional. Hoy en día, conocemos las obras de G. de Vergottini, A.A. Cervati y P. Ridola en Italia, y en España las de G. de Pelayo y F. Balaguer, así como en Francia las de la señora C. Grewe. Desde luego, hubo anteriormente un texto clásico loable de nada menos que R. von Jhering, quien luchó por superar los límites del “Derecho regional” nacional. “Definitivamente” el método de la comparación constitucional se ha impuesto desde el “annus mirabilis de 1989 (en la medida en que la palabra “definitivamente” pueda o deba existir en el campo de la Ciencia). Anteriormente, entre nosotros, en los años 1982/83 fue promovida la “comparación constitucional como comparación cultural”, sobre todo la “comparación de derechos fundamentales como comparación cultural”, y ya en mayo de 1989, durante un seminario internacional celebrado en el Senado de Madrid, me atreví a formular la tesis de que el Derecho Comparado sea (en manos de los jueces) según los cuatro métodos clásicos de Savigny (1840), el “quinto” método de interpretación, en aquel entonces de mucho interés para L. Favoreu, el colega francés que falleció tan joven. En mi opinión, no existe un *numerus clausus* de fuentes jurídicas (¡por ejemplo de “principios generales de Derecho”!). El “desarrollo progresivo del Derecho Constitucional” constituye una de las tareas fundamentales de los Tribunales constitucionales, desde una perspectiva de división del trabajo.

## 1.2 LA ELABORACIÓN EN DETALLE

La comparación de un objeto jurídico “*hic et nunc*” constitucional como la jurisdicción constitucional debe referirse a una “tríada” recíproca de textos, teorías y prácticas (sobre todo en la judicatura). Entonces hay que preguntarse, ¿qué dicen y cómo contribuyen a nuestro tema las constituciones escritas o las tradiciones (jurisprudenciales) no escritas, las comunidades científicas y la práctica, especialmente de los mismos Tribunales, pero también la práctica estatal. Hay que tener varias dimensiones en cuenta: Se trata de una comparación de lo “des”igual, o sea, no una nivelación, sino apertura a la diferencia y la pluralidad, pero también para posibles “equivalencias funcionales”. El planteamiento “contextual-científico” es pertinente: Lo que realmente significan los textos se deduce con frecuencia primeramente sólo a partir de su “contexto” (mi expresión clave de 2001: “Interpretar a través de imaginar”). Ningún texto (jurídico) sin contexto puede ser culminante, al igual que: ¡Ningún texto

(jurídico) sin interpretación! La siguiente frase procede de R. Smend (1951): “Cuando dos Constituciones dicen lo mismo, no es lo mismo.” Y con eso se abre el horizonte del planteamiento “cultural-científico”. Los textos, teorías y la práctica se desarrollan (también en su “ósmosis”) únicamente desde su “humus”, “trasfondo” o, si lo prefieren: su “fundamento”. La palabra “república” poseen Francia un sonido y contenido muy específico (p.ej. laico). El contexto cultural de la Ley Fundamental alemana comprende hoy que el Tribunal Constitucional Federal casi constituye su “ventrículo”, junto con los derechos fundamentales y el Estado de Derecho. La posición fuerte (también en la sociedad) del juez en los países anglosajones constituye una parte de su contexto cultural, lo que incluye fórmulas para dirigirse al juez como “Honorable”. Al contexto cultural pertenecen los diversos métodos científicos de los distintos países, su “estilo”, su lenguaje en temas jurídicos: El “Conseil d’Etat” y el “Conseil Constitutionnel” franceses en París trabajan, obligados al método cartesiano, resultando concisos, precisos y muchas veces “formales”. En cambio, las sentencias de los Tribunales Constitucionales alemanes parecen a veces a los observadores extranjeros monografías científicas (véase la reciente Sentencia de Lisboa: E 123, 267). Italia adora – y es experta en – la retórica forense (hoy gracias a A. Pace), por lo menos desde Cícero, a quien debemos la palabra “cultura”. Con todo eso, hay por tanto que trabajar en el espacio y en el tiempo con el Derecho comparado. “En el espacio” – se refiere a la perspectiva comparada actual; “en el tiempo” –se refiere a la historia constitucional o a la historia del Derecho. Ningún académico actual domina ambas dimensiones a la vez en su propia persona, a diferencia de Aristóteles o Montesquieu.

## 2 SEGUNDA PARTE: “TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

### 2.1 EL ENTENDIMIENTO AMPLIO Y ABIERTO

El tema se refiere al concepto de “Tribunal Constitucional”. Sin embargo, hay que describirlo con más detalles. Se opta por un entendimiento amplio que significa lo siguiente: los así llamados “Tribunales Supremos”, como el Tribunal Supremo en México y en Brasil, pertenecen a esta categoría en la medida en que ejercen funciones constitucionales jurisdiccionales, y están relacionados con la Constitución y trabajan con ella y dentro de ella mediante la interpretación (término clave “cualidad del órgano constitucional”). Lo decisivo es la conexión constitucional disuelta en métodos de trabajo racionales y con la máxima transparencia, así como las competencias del Derecho positivo asignadas en ciertos procesos, pero también las funciones tomadas en cuenta en la práctica según la propia comprensión de las

mismas. Además: los tribunales constitucionales son órganos judiciales vinculados sólo a “Constituciones parciales”, es decir no sólo los nacionales, sino también los (supranacionales) “tribunales constitucionales regionales”, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. Los Tratados sobre derechos humanos son “Constituciones parciales”, por excelencia. En mi opinión, el Derecho Constitucional Europeo de la UE es una “Constitución parcial” que crece de forma intensiva y más allá de sí misma, aunque, por lo demás, las actualmente 27 (con Croacia en 2013 serán pronto 28) Constituciones nacionales en la UE lo son también en su propia forma “Constituciones parciales”. A los magistrados constitucionales nacionales no les gusta seguramente oír esto. Tal entendimiento amplio del concepto de “Tribunal Constitucional” también tiene que ser flexible desde una perspectiva temporal. De esta forma, el “Conseil Constitutionnel” francés ha evolucionado paso a paso y por sí mismo hacia el rol de un auténtico Tribunal Constitucional. Con otras palabras: El término “Tribunal Constitucional” en sus elementos estructurales no es definible de forma definitiva, es “abierto” (p.ej. en el caso de la Corte Penal Internacional según el Estatuto de Roma). ¿Qué ocurre con la Corte Penal Internacional en La Haya ante la “constitucionalización” del Derecho internacional? Entonces, la “pregunta decisiva” es: ¿Cuál es la diferencia entre un tribunal constitucional y un “tribunal internacional”? (por ejemplo, el Tribunal de la AELC).

## 2.2 CUESTIONES RELATIVAS A LA ELECCIÓN DE MAGISTRADOS Y AL ESTATUS JUDICIAL

Por diferentes que sean, estas cuestiones pertenecen esencialmente al término “Tribunal Constitucional”. En la concepción del “Tribunal Constitucional” hay que tomar en cuenta desde el principio los requisitos para la elección de los candidatos (democráticamente legitimados), las audiencias públicas ante el Senado de los EE.UU., ejemplares en mi opinión, pero también la afortunada competencia del Presidente de la República italiana poder nombrar por sí mismo un tercio de los magistrados constitucionales para la Corte en Roma (ejemplos son juristas tan importantes como A. Baldassare y G. Zagrebelsky). La elección de los jueces constitucionales federales alemanes no es nada ejemplar debido al sistema de proporcionalidad estrictamente seguido de forma tan partidista desde la penumbra. Ciertamente hay también un punto a partir del cual la elección de demasiados catedráticos universitarios para un Tribunal Constitucional resulta controvertida: han de ser irrenunciables los prácticos (sobre todo parlamentarios) con experiencia política y los abogados. En Alemania el sistema de nombramiento “gubernamental” de los jueces del TJUE y de los

Abogados generales para Luxemburgo debe ser urgentemente reemplazado por una comisión electoral con legitimación parlamentaria.

### 2.3 “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”

El Derecho procesal constitucional que desde 1976 entiendo como “Derecho constitucional material” y frente a los demás ordenamientos procesales como “independiente”, constituye más que un accidente del “Tribunal Constitucional”; es su “Ley fundamental y Reglamento interno”. Hay que entenderlo de forma tan amplia como profunda y “autónoma”: Incluye la posibilidad del voto particular, como expresamente estipula el artículo 164 de la Constitución española (1978) y como en el Tribunal Supremo de EEUU disfruta de una fructífera tradición (la minoría judicial de hoy podría ser la mayoría judicial de mañana, como ilustra el voto particular de la señora W. Rupp-von Brünneck en materia de protección de la propiedad privada para ciertas posiciones de Derecho público: E 32, 129 (141 y ss.), y E 53, 257 (289), ejemplo de la teoría de la “Constitución como proceso público” (1969). Desde la perspectiva del Derecho comparado, está aumentando a escala mundial la conciencia respecto al gran papel del Derecho procesal constitucional. En Perú se está desarrollando una próspera Ciencia de Derecho procesal constitucional con nombres como G. Belaunde y C. Landa, igualmente en Méjico (Ferrer Mac-Gregor). Precisamente los países “jóvenes”, que todavía tienen que construir y desarrollar su constitucionalidad, no pueden apreciar suficientemente el Derecho procesal constitucional y su configuración óptima (también jurisprudencial) (y su acompañamiento científico) hasta el “amicus curiae briefs”. Gracias a Gilmar Ferreira Mendes, Brasil también está contribuyendo a esto de forma ejemplar. Un “Derecho procesal constitucional europeo” comparado sigue todavía siendo un desiderátum de la Ciencia.

Estas breves explicaciones ponen ya de relieve cuán estrechamente relacionadas entre sí se encuentran las cuestiones en materia de “investigación comparada de jurisdicción constitucional”. Por eso, es ya hora de dedicarnos a la “Tercera parte”, el papel y las funciones de los tribunales constitucionales en detalle.

## 3 TERCERA PARTE: EL PAPEL Y LAS FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN DETALLE – UNA COMPARACIÓN

### 3.1 MODIFICABILIDAD Y APERTURA

El papel y las funciones de los tribunales constitucionales en comparación se desarrollan y se modifican literalmente “a lo largo del tiempo”,

según el espacio y tiempo. Hay que entenderlos desde un punto de vista “histórico”. Ni siquiera el “tipo” abstracto de Estado constitucional permite o requiere una afirmación sobre qué papel debe desempeñar un Tribunal Constitucional nacional o “regional” (supranacional) de forma “absoluta”. Por un lado, según el espacio y el tiempo, puede haber un “quantum” mínimo de competencias y funciones, igualmente un “máximo” y un “óptimo”, pero unos pocos ejemplos demuestran cuán condicionada en cuanto a tiempo y espacio está nuestra formulación de preguntas. El Tribunal Estatal de la República de Weimar (StGH) (1919), a pesar de sus escasas competencias, (p.ej. ¡sin recurso de amparo!) era un tribunal constitucional (aunque más bien un típico “tribunal estatal”).

El Tribunal Constitucional Federal alemán con su – en comparación mundial – gran volumen de competencias es indudablemente un auténtico tribunal constitucional, quizás incluso es más que esto, al igual que el Tribunal Supremo de los EEUU. Se ha mencionado previamente la admirable evolución del “Conseil Constitutionnel” francés. Y a veces nos encontramos con una especialización reducida, como por ejemplo en Méjico la competencia judicial de revisión electoral de tribunales individuales. El derecho de revisión electoral es una competencia constitucional muy importante.

Es especialmente aplicable para las grandes situaciones históricas de “cambio radical” (“revoluciones”) – como en los Estados reformados de Europa del Este tras su superación de los sistemas totalitarios después de 1989, o en Latinoamérica tras la caída de los regímenes militares (todo el respeto para el Tribunal Supremo de Argentina, que declaró inconstitucional la “Ley de Punto Final” de 2005). Aquí acreció a los tribunales constitucionales un papel parcialmente “constituyente”, puesto que en parte prácticamente tenían que “inventar”, y ciertamente “desarrollar”, el Derecho constitucional nacional en parte. Todavía los demás órganos constitucionales como el Parlamento y los demás tribunales, o la opinión pública conocían ni dominaban el “oficio” de la interpretación constitucional, a pesar de cualquier “supremacía de la Constitución” en los documentos escritos. En este punto se trató también de “pedagogía constitucional”. En Hungría se hablaba de una “Constitución invisible” del Tribunal Constitucional. Se cuestionaba el “judicial activism”. (En aquél entonces fueron recortadas las competencias de los tribunales en Budapest, igual que en Turquía). En un sistema con una democracia semi-directa como en la Suiza cultural y políticamente asentada, la jurisprudencia constitucional material del Tribunal Federal puede por el contrario más bien contenerse (después de todo se han desarrollado paulatinamente “derechos fundamentales no escritos pretorianos” (p.ej. la libertad científica) que han sido incorporado posteriormente a la nueva Constitución federal (1999), lo

que confirma la tesis de que la jurisprudencia constitucional puede suponer puntualmente un proceso constituyente). En otras palabras: Sólo una consideración completa, que tenga en cuenta las demás funciones estatales, puede decir algo sobre el papel de la respectiva jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional en Sudáfrica podría haber estado en 1993/96 en una situación similar a uno de los países de Europa del Este: Una jurisdicción constitucional creativa era y es todavía requerida, precisamente en los largos procesos pluralistas de “nation-building y constitution-making”. Es conocido el cambiante y rico juego del “judicial activism” y del “judicial restraint” en el Tribunal Supremo de los EEUU. ¡Cómo y cuándo un tribunal debería actuar de forma más activa o ser más reservado es una “pregunta decisiva” que al final depende del “espíritu del pueblo”, o mejor dicho, del “espíritu del mundo”! El TJUE fue durante mucho tiempo un motor de la integración europea. Hoy en día quizás se le exijan incluso nuevas tareas, por ejemplo en el marco del pacto fiscal en la crisis de la deuda estatal (febrero 2012).

### 3.2 LAS FUNCIONES INDIVIDUALES A LA LUZ DE LAS DIFERENTES TEORÍAS ESTATALES Y CONSTITUCIONALES

Detengámonos brevemente en el plano “teórico”: aunque aquí también el estado del “ser” y del “deber ser” puedan confluir. Propia de los tribunales constitucionales es la “función de integración” en relación con un Estado constitucional nacional y sus ciudadanos y grupos, o con una asociación de Estados (Tribunal Constitucional Federal) o “asociación constitucional (Verfassungsverbund)” (I. Pernice) como en la Europa de la UE o en el TJUE. Por su parte, son parte del “equilibrio de poderes” y protegen a la vez este principio de la división de poderes; en el nivel de la UE, el TJUE se ha trabajado el “equilibrio institucional” (en el Estado federal se trata de una “división de poderes vertical”: K. Hesse). “La protección de los derechos fundamentales” y “de las minorías” son otras palabras clave apropiadas. Piénsese en los casos sobre transexuales resueltos por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 49, 286; 60, 123; 88, 87) o en la protección de las lenguas minoritarias (como el ladino) por la Corte en Roma (totalmente en el espíritu de la Carta Europea de las Lenguas Minoritarias o Regionales). También está muy extendida la protección frente al “abuso de poder” estatal (en parte también el “abuso de poder social”) como función de los tribunales constitucionales. (El Tribunal Constitucional Federal de Alemania protegió hace unos años a los partidos pequeños de forma ejemplar.) En los Estados federales, esto se manifiesta en conflictos entre el Estado federal y los Estados federados (históricamente fueron tales conflictos entre Federación/Länder una etapa del desarrollo de la jurisdicción constitucional

en Alemania (“Consejo Federal” de la Constitución de Bismarck de 1871: Art. 76). Se puede añadir que corresponde a los tribunales constitucionales la protección del principio estatal constitucional del “pluralismo”: Un ejemplo es el afortunado desarrollo de la Constitución mediática-plural por el Tribunal Constitucional Federal alemán en muchas resoluciones sobre la televisión desde la Sentencia BVerfGE 12, 205 (recientemente BVerfGE 73, 118; 74, 297; 90, 60; 91, 125), incorporada frecuentemente a los ordenamientos de otros Estados europeos (o por el legislador nacional, o por sus tribunales constitucionales, como, por ejemplo, en Roma). Todo eso no se logra sin un consciente “desarrollo avanzado de la Constitución”.

Finalmente, la distinta concepción “estatal y constitucional” desempeñará un papel considerable. Los “Gigantes de Weimar”, y también algunos autores bajo la LFB, han escrito cosas muy relevantes al respecto: la Constitución como “estímulo y límite” (R. Smend), o como “límite del poder y garantía del libre proceso vital de la política” (H. Ehmke, 1953), como “norma y deber” (U. Scheuner, 1963). Añadiré, si se me permite la “Constitución como orden jurídico fundamental del Estado” (D. Schindler, 1945) en Suiza, y citaré por último mi concepto de la “Constitución como proceso abierto” (1969) y “Constitución como cultura” (1982).

Las naciones individuales se distinguen nítidamente – según su experiencia – por su diferente concepción estatal y constitucional “sentida” y racionalizada: En la Alemania “constitucional patriótica”, el Tribunal Constitucional es por excelencia el “tribunal de los ciudadanos” gracias al recurso de amparo. Desde el punto de vista de los ciudadanos, “Karlsruhe” es la “última instancia”. A diferencia de lo que ocurre en Francia y su “república monárquica”, por más que el “Conseil Constitutionnell” se haya ido transformando constitucionalmente paso a paso. El punto de referencia es la República soberana de los franceses con todas las consecuencias, incluyendo el principio rígido de separación entre Estado y Iglesia. En la “Monarquía republicana” de España, el Tribunal Constitucional en Madrid, en la calle “Domenico Scarlatti”, evoluciona hacia este papel primordial.

La relevancia del “Derecho comparado” en el proceso de evolución constitucional del Derecho constitucional, sobre todo para eliminar déficits evidentes en la justicia y bienestar común, tiene distinta intensidad en los diferentes países. El Tribunal Constitucional de Liechtenstein en 2003 ha incorporado expresamente mi doctrina del Derecho comparado como “quinto” método de interpretación (1989), que juega un papel importante en los Estados pequeños. Para el Tribunal Constitucional de Sudáfrica (1996), la comparación se ha incluso institucionalizado por sí misma: “may consider foreign law”, para la interpretación de la “Bill of Rights” (art. 39 párrafo 1

letra b de la Constitución de 1996). El artículo 2 párrafo 2 c la Constitución de Malaui de 1994 se remite al “comparable foreign case law”; el artículo VI de la Constitución de Bosnia-Herzegovina (1996) al “general rule of public international law”. El Tribunal Supremo estadounidense posee una larga tradición de “ignorar” los ordenamientos extranjeros, sólo recientemente (2005) realizó una comparación constitucional en una sentencia judicial (El gran “Chief Justice” Rehnquist dijo: “Las opiniones de otros países simplemente no tienen relevancia”, en un asunto sobre la pena de muerte para los discapacitados mentales, 2002). La “mirada” de Derecho comparado de un tribunal constitucional (nacional) tiene lugar muchas veces en el “laboratorio” de sus servicios científicos, que con frecuencia no se revela. Los magistrados se dejan informar para después juzgar según “su” Derecho constitucional nacional. Es notable el papel creciente desempeñado por el Derecho comparado en los votos particulares en las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y es comprensible: Concorre una creciente necesidad de legitimación. En todo caso, la “interpretación constitucional introvertida” ya no es posible en la “comunidad constitucional” europea de la UE actual. El Tribunal Constitucional Federal debería por fin atreverse a elevar claramente mediante su fuerza pretoriana el Convenio Europeo de Derechos Humanos a un “nivel constitucional”, en el que ya se encuentra en Suiza y Austria desde hace mucho tiempo, (véase la todavía titubeante Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 111, 307 (317), y previamente la BVerfGE 74, 102 (128), 358 (370).

Las distintas funciones ya mencionadas desde la atribución de competencias hasta la “limitación de poderes”, desde la protección del pluralismo hasta el “trabajo para el consenso básico” podrían con el transcurso del tiempo en ocasiones avanzar y retroceder. En mi opinión, no se pueden hacer afirmaciones abstractas, independientemente del tiempo y espacio, por la fuerte influencia de la cultura política de un país. Sólo una cosa es segura: El juez constitucional no puede trabajar en el espíritu del “decisionismo” (en el Berlín de los años 30). De tal forma no se puede ni explicar Suiza, ni “construir” Europa, aunque quede un último “resto emocional” en algunas decisiones judiciales. Aquí sólo puede ayudar el mandato de revelación y racionalismo de “pre-comprensión y elección del método” en el sentido de J. Esser, el más importante jurista de Derecho comparado en el Derecho Civil alemán del siglo pasado. La categoría de “modelos judiciales” (en el Anuario del Derecho Público (JöR) desde el volumen 32 (1983), hasta el volumen 60 (2012), página 351 y ss.) puede alumbrar algunas ideas.

Por último: También el “bien común” (“interés público”) ejerce influencia sobre las decisiones constitucionales. Me refiero a la desde 1970

por mí llamada “jurisprudencia del bien común”, demostrable en Alemania en muchas sentencias del Tribunal Constitucional Federal— hasta la inclusión “libre” del interés público (p.ej. BVerfGE 98, 218 (242 ss.). Sustenta esto la antigua clásica relación entre “Res publica”, “salus publica”, libertad pública y apertura, sobre la que también el Tribunal Constitucional influye (“law in – public – action”).

### **3.3 COMPARACIÓN DE DERECHO POSITIVO: LA CONSTRUCCIÓN DE CATEGORÍAS Y GRUPOS DE CASOS DE COMPETENCIAS DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES**

De vuelta al Derecho Positivo. Una tarea a realizar sería, a partir de los catálogos de competencias de Derecho positivo comparados entre sí de todos los tribunales constitucionales nacionales y (supranacionales) “regionales”, establecer categorías de competencias “típicas” (“essentials”), por ejemplo como el (casi universal) control concreto y (más raramente) abstracto o preventivo de las normas, conflictos entre órganos, los múltiples conflictos de competencias en los Estados federales y regionales, los procedimientos del recurso de amparo, las acusaciones contra presidentes y jueces, y otros procesos, p.ej. en materia de escrutinio electoral, una posible competencia para la protección de la autonomía local, como en el artículo 92 párrafo 4 a LFB o una competencia de dictamen. Habría que dirigir la vista al TJUE y a los Tribunales de Derechos Humanos en Europa y América.

Por último, sería importante desarrollar reglas profesionales para una “política constitucional inteligente” en asuntos de jurisdicción constitucional, con preguntas como: ¿Debe el voto particular acreditado en muchos países sólo ser probado en “democracias consolidadas”, y no en los así llamados países en desarrollo o países emergentes?, ¿y aún no en los Estados reformados de la Europa del Este (pero sí en Ucrania y Croacia)? Hay ejemplos que demuestran que en un Estado constitucional “antiguo” se discute constantemente sobre los pro y los contra de los votos particulares constitucionales, como en Italia (donde, por desgracia, el recurso de amparo todavía es desconocido). Los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se arriesgan a no pocos votos particulares, aunque no resultó fácil construir la comunidad europea de los derechos humanos ni resulta fácil seguir desarrollándola. Pero, sin duda, el voto particular ha tenido un resultado satisfactorio (“función de válvula”).

Una discusión política-constitucional especial en Alemania se refiere al “control abstracto de normas” o también a la controversia en materia del “proceso de libre aceptación de recursos de amparo”. (Para Alemania debe permanecer la regulación actual, en razón de la consideración del Tribunal Constitucional Federal como “tribunal cívico”; en los EEUU se

ha preservado el otro modelo). A todo esto sólo ha podido aludirse con palabras claves; igual que a la siguiente conclusión.

### 3.4 UNA PRIMERA CONCLUSIÓN

A pesar de las apariencias tan distintas que tienen las formas de jurisdicción constitucional, la comparación también ha sacado a la luz muchas características en común. La jurisdicción constitucional constituye una pieza escogida del tipo Estado constitucional. Ideada en Europa por G. Jellinek y H. Kelsen, puesta en práctica en los EEUU desde 1803, apoyada por algunas evoluciones históricas, y hasta promovida (¡como tras 1989! y quizás después de 2011 en la primavera árabe) y, finalmente, instaurada por mucho constituyentes y puesta en práctica, mano a mano con la Ciencia, por los magistrados constitucionales, conforma una institución, un procedimiento, un auténtico “foro” público, que contribuye considerablemente a que una nación, o una comunidad constitucional regional (supranacional) (como la UE) continúe unida “en lo más íntimo”, por más que no sólo tenga límites jurídico-funcionales (palabra clave, entre otras, “political question-doctrine”). Puede proporcionar “aportaciones para el consenso básico” de un pueblo y/o comunidad política, sin embargo, puede también desafortunadamente fracasar, a veces incluso emitir “falsas” sentencias (como en nuestro caso en la Sentencia del crucifijo BVerfGE 93,1) o fracasar completamente (como en Grecia). La jurisdicción constitucional, con frecuencia conocida como la “guardiana de la Constitución”, una denominación de Aristóteles, cumple una variedad de funciones. Desde luego finalmente “todos” nosotros, ciudadanos nacionales y europeos o americanos, somos también guardianes de la Constitución. En la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” el Tribunal Constitucional no es la única, ni la última instancia, pero sí la más importante. Carece de competencia para una “interpretación constitucional auténtica” (a diferencia del art. 124 párrafo 1 de la Constitución de Albania de 1998: “interpretación definitiva”; art. 149 pág. 2 de la Constitución de Burundi de 1992: “... el intérprete de la Constitución”). ¡No tiene la “última palabra”!

Finalmente, hay que advertir sobre “virtudes judiciales”. Hay “topoi” de un “catálogo de virtudes” para los jueces constitucionales. En ocasiones se recogen por escrito (p.ej. normas de imparcialidad como el art. 115 párrafo 2 de la Constitución de Benin de 1990: “buena moral y gran honradez”), a menudo no se recogen por escrito, y son más bien de carácter ético y jurídicamente difícilmente aprehensibles. Me refiero a la debida “contención” en ciertos aspectos. En mi opinión, al presidente de un tribunal constitucional no le está permitido pronunciarse de forma decidida sobre cuestiones “políticas” constitucionales de su país, como por ejemplo

sobre la reforma de la LFB, aún si él mismo es o fue profesor (aunque esto es lo que sucedió en 2005 en “Karlsruhe”). De forma que, en mi opinión, debe quedar absolutamente descartado que magistrados constitucionales puedan efectivamente “provocar” un procedimiento concreto (aunque, por desgracia, así fue hace poco con los dos anteriores presidentes del Tribunal Constitucional Federal en su discurso al Gobierno federal alemán en el asunto de reiteración del proceso de ilegalización de partidos frente al Partido Nacional-Demócrata -NPD-). En una sutil interacción múltiple de ciencia constitucional y de jurisdicción constitucional no debe faltar esta crítica.

#### **4 APÉNDICE: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN – UN COMENTARIO A SUS 60 AÑOS DE ACTIVIDAD**

##### **4.1 INTRODUCCIÓN**

No puede faltar, tras estas observaciones comparativas, una panorámica con motivo de su aniversario. Con ocasión de su 60 aniversario en 2011, nuestro Tribunal Constitucional Federal alemán ha recibido muchos elogios desde casi todos los ámbitos. Precisamente el sector de la política, al que muchas veces ha puesto límites el propio “Karlsruhe” (por ejemplo, las sentencias sobre seguridad en los vuelos, sobre almacenamiento de datos, meticoloso también con respecto al fondo de rescate del euro), ha tenido sólo palabras de elogio: Así, la canciller federal A. Merkel elogió al Tribunal Constitucional Federal como “la clave de bóveda de nuestra arquitectura constitucional”; así también encontramos voces en el periodismo que hablan de “símbolo del patriotismo constitucional alemán” o incluso de un “tribunal mundial de Baden”<sup>1</sup>. Más diferencias encuentran en la academia el elogio y la crítica<sup>2</sup>. La gran popularidad entre el pueblo alemán se refleja en resultados permanentemente altos de las encuestas.

La influencia y el modelo ejemplar del Tribunal Constitucional Federal como institución por un lado, y su jurisprudencia básica, por el otro, se

---

1 SZ (Süddeutsche Zeitung) de 25 y 25 de septiembre de 2011, “Die letzte Instanz, Ein Wunder wird 60 Jahre alt: Ohne das Bundesverfassungsgericht wäre die Bundesrepublik eine andere Republik” (La última instancia, Un prodigio que cumple 60 años: Sin el Tribunal Constitucional Federal la República Federal sería una República muy diferente).

2 Véase por ejemplo C. HILLGRUBER, “Ohnrechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht nach 60 Jahren”, JZ 2011, p. 861 y ss.; a diferencia de R.C. VAN OUYEN, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, Von Solange über Maastricht zu Lissabon – und zurück mit Mangold/Honeywell?, 4. ed., 2011; M. JESTAEDT, entre otros, Das entgrenzte Gericht, 2011; véase también el suplemento APuZ, año 61, 35-36/2011 de 29 de agosto de 2011, con numerosas aportaciones, por ejemplo, H. VORLÄNDER, Regiert Karlsruhe mit?, p. 15 y ss.; C. GUSY/ H.-H. KUTSCHER, 60 Jahre Bundesverfassungsgericht, Recht und Politik, 3/2011, p. 129 y ss.; muy interesante U. KRANENPOHL, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, 2010.

extienden más allá de Europa. A menudo se habla del Tribunal Constitucional Federal como “bien de exportación”, una mercantilización que no obstante este autor rechaza. Evidente resulta la influencia como modelo del Tribunal Constitucional Federal para los Tribunales Constitucionales de Portugal y España (1976/1978)<sup>3</sup> y posteriormente en el “annus mirabilis” (1989) para los Estados reformados del Este de Europa, como Hungría, Polonia, Ucrania y Albania. Algunas sentencias fundamentales se han convertidos en casi legendarias. Esto es aplicable a la sentencia Lüth (E 7, 198 y ss.) – con su “efecto directo frente a terceros (“mittelbare Drittwirkung”)” – o a la primera sentencia sobre la televisión (E 12, 205 ss.) debido a su creación de una estructura pluralista para la televisión que se rige por el Derecho público. Desde luego que no se pueden descartar evoluciones actuales: En el Este de Europa, por desgracia, se producen retrocesos de la jurisdicción constitucional de forma abierta o soterrada, por ejemplo en Hungría, en Ucrania, pero también en Turquía. Con modestia hay que recordar que el Tribunal Constitucional Federal como institución existe gracias a grandes modelos. Austria tiene el honor de haber creado en 1920 la primera jurisdicción constitucional, habiendo contribuido a ello con trabajos preliminares científicos G. Jellinek y H. Kelsen. Sobre todo, hay que reconocer a los EEUU, y su *Marbury vs. Madison* de 1803, que construyó el derecho de revisión judicial del Tribunal Supremo. Hoy, el Tribunal Constitucional Federal es expresión especialmente de la cultura constitucional alemana<sup>4</sup>, aun cuando algunas decisiones merezcan tal vez ser criticadas.

#### 4.2 REFLEXIONES DE TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. El “Informe sobre el estatus” (Statusbericht) del Tribunal Constitucional Federal, salido de la pluma de un magistrado constitucional federal de la primera época, G. Leibholz<sup>5</sup>, constituye un hito, dado que en aquel entonces se justificó la autoconcepción del Tribunal Constitucional Federal como “órgano constitucional”, con consecuencias de gran alcance. Desde aquel entonces hasta hoy, al Tribunal Constitucional Federal no le ha faltado auto estima, tampoco a sus sucesivos presidentes, por diferentes que fueran en su temperamento, humildad y esfuerzo de transparencia. En esta línea

3 Sobre el Tribunal Constitucional en Madrid véase la obra *Jurisdicción constitucional y democracia*, Madrid, 2011.

4 El concepto de „Verfassungskultur” (cultura constitucional) procede de autor: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, p. 20 y ss, y en estos años se ha extendido casi a nivel mundial.– La literatura alemana sobre la jurisdicción constitucional es prácticamente inabarcable: ya un clásico K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1ª ed. 1966, 20. ed. 1995, p. 278 y ss.; un volumen editado por el autor: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976; más recientemente J. MASING/O. JOUNJAN (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2011; J. MENZEL/R. MÜLLER-TERPITZ (eds.), *Verfassungsrechtsprechung*, 2011.

5 *JöR* tomo 6 (1957), p. 103 y ss.

incidió el famoso discurso de R. Smend con ocasión de los diez años de existencia del Tribunal Constitucional Federal, que culminó con la frase que se tornó famosa de que la Ley Fundamental se aplica en la práctica tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal.<sup>6</sup>

2. La tesis del Tribunal Constitucional Federal como “tribunal de toda la sociedad”, de su aportación al consenso básico y de su contribución al mantenimiento del contrato social constitucional se desarrolló en 1979.<sup>7</sup> En este contexto, corresponde también la última palabra al Tribunal Constitucional Federal como “tribunal cívico”<sup>8</sup> (1997), ya que gracias al recurso de amparo, el acceso al Tribunal Constitucional Federal está abierto a “cualquiera”; por eso hay que oponerse a todos los intentos de limitar este acceso abierto en el sentido por ejemplo del “Supreme Court” americano<sup>9</sup>.

3. Vista desde una perspectiva de comparación constitucional – y precisamente la jurisdicción constitucional requiere institucional y procesalmente la comparación mundial “sensible al contexto”–, hay que distinguir en los distintos países, según el espacio y tiempo, diferentes fases de interacción entre el “judicial activism” y el “judicial restraint”. Esto no es sólo aplicable al Tribunal Supremo estadounidense. También el Tribunal Constitucional Federal se atreve a veces más allá (Sentencia Lisboa: E 123, 267), para después remar cuidadosamente de vuelta (Mangold/Honeywell: E 126, 286)<sup>10</sup>. Difícilmente puede un científico decir “cuándo” se muestra actividad judicial (como en Hungría tras 1989 aludiendo a una Constitución secreta y no escrita), o “cuándo” se recomienda contención judicial. Esta decisión corresponde al “espíritu del mundo” y éste, como es sabido, no es de Suabia... Entretanto, hay límites jurídico-funcionales a la jurisdicción constitucional<sup>11</sup>; que son difíciles de determinar.

4. El “Derecho procesal constitucional” es Derecho constitucional concretizado. Esta tesis desarrollada por el autor en 1976<sup>12</sup> no puede ser suficientemente subrayada. Se mantiene especialmente en el Tribunal Supremo en Brasilia. Éste ha dado vitalidad a su Derecho procesal constitucional bajo invocación de la “sociedad abierta de los intérpretes

6 Recogida en la obra editada por P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 329 (330).

7 P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 421 y ss., 436 y ss., 438 y ss.

8 Así mi propuesta, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, *JöR* 45 (1997), p. 89 (112 y ss.).

9 También invocando al autor: J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2001, p. 48.

10 Véase también la “*Echternacher Springprozession*”: *Solange I* (E 37, 271 (280 y ss.)) y *Solange II* (E 72, 339 (387) ó E 102, 347 (169)).

11 Al respecto K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., 1995, p. 31 y s.

12 P. HÄBERLE, *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, *JZ* 1976, p. 377 y ss.; de la doctrina posterior: C. HILLGRUBER/C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. ed. 2011.

constitucionales” (1975), en los últimos años, de forma ejemplar, bajo la Presidencia de G. Mendes<sup>13</sup>. Partes de la sociedad civil toman la palabra en el foro del Tribunal en Brasilia en “hearings” públicos; también la expansión del “amicus curiae” sirve al mismo objetivo<sup>14</sup>. Brasil va pues más allá que el Tribunal Constitucional Federal alemán, aun cuando a éste se le haya dotado ahora en el parágrafo 27 de la LFB de un instrumento en esta dirección (“terceros competentes”, p.ej. BVerfGE 119, 96 (113); 331 (350 y ss.). El Tribunal Supremo en Brasilia incluye a terceros como “parte de la comunidad civil”. Después de todo, el Tribunal Constitucional Federal está ya desde hace mucho poniendo en práctica la posibilidad de expresarse frente a las posiciones de órganos estatales, asociaciones, iglesias y organizaciones (recientemente por ejemplo E 117, 244 (254 y ss.); 127, 132 (144 y s.); 128, 90 (98), 136, 400 (412 y ss.); 157 (173 y ss.).

### 4.3 CONTROVERSIAS

#### 1. Elección de los magistrados

La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal resulta siempre discutida. Puesto que está influenciada por una dominancia político-partidista y es previamente negociada en las trastiendas de los partidos políticos. El propio autor ha exigido una y otra vez más apertura y transparencia, sin ningún éxito<sup>15</sup>. La regulación en la Constitución de Brandenburgo es ejemplar (art. 112 párrafo 4 de 1992). Exige que haya audiencias públicas. Tales audiencias, en EE.UU., se celebran ante una comisión del Senado. Para una modificación de la política jurídica, vale la pena echar la vista más allá de los límites. Por ejemplo, resulta modélica la participación de los presidentes del Estado en el nombramiento de los jueces constitucionales en Italia (art. 135) y Rumanía (art. 140 párrafo 2 de la Constitución de 1991). En Francia, el Senado colabora con respecto a la tercera parte de los candidatos (art. 56 de la Constitución de 1958/2008). En suma, sobre la base de los conocimientos de Derecho constitucional comparado, se aconseja urgentemente la democratización de la elección de magistrados. Por más loable que sea que los magistrados constitucionales federales alemanes, desde el mismo momento de su elección, siempre se

13 Véase la recopilación de sus sentencias: G. MENDES, 2002 – 2010, 2011.

14 Entre la doctrina, D. MEDINA, *Amicus Curiae*, 2009; K. KRUKOWSKI, *Supreme Tribunal Federal und Verfassungsprozessrecht in Brasilien*, 2011, en especial p. 60 y s., 121; G. MENDES, *Die 60 Jahre des Bonner Grundgesetzes und sein Einfluss auf die brasilianische Verfassung*, *JöR* 58 (2010), p. 95 (111 y ss.); G. F. MENDES/A. RUFINO DO VALE, *El pensamiento de Peter Häberle en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil*, *GUIA*, 6/2011, p. 147 y ss.

15 Al respecto, P. HÄBERLE, *Bundesverfassungsrichter kandidaten auf den Prüfstand?*, en: B. GUGGENBERGER y otros(ed.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, p. 131 y ss.; U. KRANENPOHL, *Bewährt oder reformbedürftig?*, *ZSE* 1/2011, p. 78 y ss.

han mostrado inasequibles a las influencias partidistas, sin embargo, sigue resultando lamentable el “mercadeo” entre los partidos políticos “hasta” que se elige entre los candidatos.

## 2. Jurisprudencia constitucional como proceso constituyente puntual

En la práctica del Tribunal Constitucional Federal se demuestra que las grandes resoluciones no son una simple interpretación de textos existentes, sino que pueden ser altamente creativa. En mi opinión, se trata básicamente de una parte de “proceso constituyente puntual”. Sé que esto es discutible. Entretanto, resulta evidente la actividad pretoriana, intensiva y expansiva, del Tribunal Constitucional Federal alemán en las grandes sentencias, sobre todo en relación con los derechos fundamentales (p.ej. art. 12 LFB: E 33, 303 – “*numerus clausus*”) y con el federalismo<sup>16</sup>.

## 3. Sentencias sobre principios

En los más de 60 años de práctica del Tribunal Constitucional Federal siempre hay una y otra vez sentencias que suponen un cambio drástico. Citemos algunos ejemplos: De la época de los derechos fundamentales la sentencia Lüth (E 7, 198), así como la sentencia sobre farmacias (E 7, 377). Especialmente llamativas son las muchas sentencias sobre la televisión que han logrado imponer una Constitución “plural” de medios con respecto a las instituciones de radiodifusión y de televisión regidas por el Derecho público. Esto empieza con la primera Sentencia sobre televisión (BVerfG E 12, 205) y todavía no ha terminado (recientemente E 119, 181 (214 y ss.)). El pronunciamiento sobre el deber de provisión básica de cultura ha escrito historia constitucional. A nivel interno en Alemania, el término “provisión básica” (“*Grundversorgung*”) se ha convertido, por ejemplo, en texto constitucional escrito (art. 17) en la Constitución de Turingia (1993). El pluralismo como principio de la Constitución mediática así como la “provisión básica” constituyen ejemplos plásticos de la tesis aquí defendida de la jurisprudencia constitucional como constituyente puntual. A continuación se resumen un par de indicios más de otros ejemplos de sentencias de principios: por ejemplo en la materia de “apertura al Derecho Internacional” (“*Völkerrechtsfreundlichkeit*”) (E 128, 326 (270 y ss.)), en materia de universidades (E 35, 79), en materia de dignidad humana (E 115, 118). El Tribunal Constitucional Federal se ha pronunciado expresamente por una limitada “competencia creativa para la creación y el desarrollo del Derecho” (E 128, 193 (210)). Su admitida reducción de los demás tribunales

16 Por ejemplo, E 12, 205 (254 y ss.); 6, 309 (340 y ss.); 72, 330 (382 y ss.); 101, 158 (221 y s., 232 y ss.), por ejemplo en los asuntos, *Bundestreue* (lealtad federal), *Solidargemeinschaft* (comunidad solidaria).

a simples “tribunales especializados” resulta inadecuada (p.ej. E 107, 248 (257 y s.); 117, 71 (116, 122); 123, 1 (32).

#### 4. Europa

Las sentencias sobre Europa del Tribunal Constitucional Federal han resultado históricas, tanto para lo bueno como para lo malo. Estadios observados en toda Europa han sido tanto la controvertida Sentencia Maastricht (BVerfGE 89, 155) como la Sentencia Lisboa (E 123, 267). El término de “apertura a Europa” (“Europarechtsfreundlichkeit”) propuesto por el autor en 2001/02 ha sido recogido allí (¡sin cita!). Acertado resulta el nuevo término de “responsabilidad sobre la integración” (“Integrationsverantwortung”). La Sentencia Lisboa resulta particularmente polémica<sup>17</sup>, el Tribunal Constitucional Federal se ha corregido en parte en una sentencia posterior (Mangold/Honeywell, BVerfGE 126, 286). Por último, la sentencia sobre la barrera electoral del 5% en las elecciones alemanas al Parlamento Europeo ha sido muy discutida<sup>18</sup>. Actualmente los fondos de rescate del euro están siendo revisados<sup>19</sup>. El Tribunal Constitucional Federal se siente ya en el límite de la europeización de Alemania. Por lo menos, esta es la opinión del actual Presidente del Tribunal A. Voßkuhle. Se discute si “más Europa” requiere básicamente una nueva Constitución para Alemania, aunque juega también un papel importante el art. 146 LFB y el referéndum allí exigido. Según la opinión mayoritaria, unos “Estados Unidos de Europa” federales deberían ser autorizados por el pueblo alemán. Esto nos hace recordar el texto clásico de W. Hallstein “El Estado federal inacabado” (“Der unvollendete Bundesstaat”).<sup>20</sup> Hoy en día, muchas cosas en la UE nos recuerdan estructuras “pre”federales (p.ej. art. 7 TUE)<sup>21</sup>.

#### 5. Prácticas de cita

La práctica de cita del Tribunal Constitucional Federal resulta muy discutida entre los científicos alemanes. Resulta siempre criticada y se somete constantemente a debate<sup>22</sup>. Es muy llamativo que el Tribunal Constitucional Federal cite de forma muy egocéntrica y a menudo no opte por una selección

17 Pruebas a este respecto en P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7. ed. 2011, p. 729 y ss.

18 Por un lado M. MORLOK, *Chancengleichheit ernst genommen*, JZ 2012, p. 76 y ss.; por otro C. SCHÖNBERGER, p. 80 y ss.

19 Al respecto el número especial de ZSE 3/2011.

20 Entre la doctrina: R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des BVerfG und Europa*, 4. ed. 2011.

21 Con respecto a Europa citemos únicamente: D. TSATSOS (ed.), *Die Unionsgrundordnung 2010*; J. LUTHER, *Europa Constituenda*, 2007; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Die europäische Verfassung auf dem Weg zum europäischen Verfassungsrecht*, JöR 53 (2005), p. 401 y ss.; del mismo autor, *ebenda*, p. 411 y ss.; M. AZPITARTE, *Europäisches Spanien: Widerstreitende Meinung im europäischen Verfassungsdiskurs*, JöR 56 (2008), p. 479 y ss.; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 2009.

22 Véase M. JESTAEDT, *Autorität und Zitat*, FS Bethge, 2009, p. 513 y ss.

plural de doctrina. Así, se ha recogido la tesis inicialmente desarrollada por mí en 1987, según la cual un derecho fundamental en democracia deriva de la dignidad humana, en E 123, 267 (341), sin cita alguna<sup>23</sup>. Como autor o profesor de Derecho constitucional quizás uno no debe afligirse, puesto que después de todo es tarea de la Ciencia “auxiliar” al Tribunal Constitucional Federal con los mejores conocimientos e intenciones posibles.

### 6. El déficit de Derecho comparado

Antes y ahora hay que reprochar al Tribunal Constitucional Federal de forma crítica que ha proporcionado muy poco Derecho comparado<sup>24</sup>. Tampoco está solo en esto. Muchos jueces del Tribunal Supremo estadounidense rechazan expresamente el Derecho Comparado. Desde mi punto de vista, el Derecho comparado es el “quinto” método interpretativo, a partir del canon clásico de Savigny de los cuatro métodos de interpretación. Resulta notable que el Convenio Europeo de Derechos Humanos tenga rango constitucional especialmente en Suiza y Austria. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional Federal sólo ha aceptado en ocasiones la influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el Derecho constitucional alemán (p.ej. E 128, 326 (393); 128, 326 (365 y ss.); asimismo E 119, 181 (215), también por ejemplo con respecto al principio del Estado de derecho. Resulta llamativo que algunos votos particulares en Karlsruhe sigan de forma intensa el Derecho comparado (p.ej. E 39, 68 [70 y s., 73 y s.]; 118, 146 [150 y ss.]; 126, 286, 318 [326 y ss.])<sup>25</sup>. Es comprensible, puesto que experimentan una mayor necesidad de legitimación.

### 7. Una aplicación creativa del Derecho procesal constitucional

El Derecho procesal constitucional es Derecho constitucional concretizado – según la tesis del autor del año 1976<sup>26</sup>. La comparación constitucional es muy productiva en este aspecto. El Tribunal Supremo en Brasilia se caracteriza, como ya se ha mencionado, por una interacción creativa con el Derecho procesal constitucional. Esto debería crear escuela a escala mundial. El Derecho procesal constitucional es, con respecto a

23 P. HÄBERLE, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HdStR I, 1987, p. 815 (848 y s.); 3. ed. 2004, tomo II, § 22, marginales 67 – 69.

24 Entre la doctrina, A.M. CÁRDENAS PAULSEN, Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des BVerfG, 2009; en general B. WIESER, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005; P. HILPOLD y otros (ed.), Rechtsvergleichung an der Sprachgrenze, 2011; A.A. CERVATI, Per uno studio comparativo del diritto costituzionale, 2007; P. RIDOLA, Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo, 2010; G. REPETTO, Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa, 2011.

25 La minoría derrotada trabaja con Derecho comparado en E 118, 277 (397 y s.). – Un ejemplo de Derecho comparado en el marco de la UE: BVerfGE 127, 132 (139 y s.)

26 Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ, 1976, p. 377 y ss., también en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nº 1/2004, p. 15 y ss.

los demás Derechos procesales del Derecho ordinario, como el Derecho procesal civil o el Derecho procesal penal, autónomo. No están permitidas las analogías a la vista del propio valor del Derecho constitucional<sup>27</sup>. El Tribunal Constitucional Federal alemán aplica el Derecho procesal constitucional en ocasiones de forma creativa (p.ej. E 98, 218 (292 y s.); 119, 394 (409 y s.)). Esto ha sido muy criticado por la doctrina<sup>28</sup>.

#### 4.4 MÉRITOS, INNOVACIONES, LOGROS

Se destacan en este comentario sólo con palabras clave algunos de los grandes méritos del Tribunal Constitucional Federal tras 60 años:

- La pronta actualización del “Preámbulo”, sobre todo en el asunto de la reunificación alemana es ejemplar (BVerfGE 36, 1 (17 y s.); 5, 85 (127 y s.); 82, 316 (320 y s.)). Esto prosperó porque el Tribunal Constitucional Federal ha tomado en serio la fuerza “normativa” del Preámbulo de la LFB. Y en ello puede sentirse confirmado por una comparación jurídica: En algunos países de África el texto de los preámbulos se consideran parte integrante de la Constitución (p.ej. el último apartado del Preámbulo de la Constitución de Burkina Faso de 1997, el Preámbulo del último apartado de la Constitución de la República de Togo de 1992). El Tribunal Constitucional Federal alemán también recurre al preámbulo para justificar el “principio de apertura a Europa de la LFB” y el objetivo estatal de la integración europea (p.ej. E 123, 267 (345 y ss.)).
- El “desarrollo de nuevos derechos fundamentales” a largo plazo constituye una especial característica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Puede mencionarse el derecho a una “autodeterminación informativa” desde E 65, 1 (censo), recientemente E 128, 1 (42), y con frecuencia, según la materia, se opta por “la protección de los derechos fundamentales a través del procedimiento” en el sentido del “status activus processualis” desarrollado por la doctrina en 1971<sup>29</sup>; recientemente ha desarrollado un derecho fundamental de la “garantía de la confidencialidad y la integridad de los sistemas informáticos”<sup>30</sup>;

27 Sobre esto puede ahora consultarse: T. VESTING/S. KORIOTH (Hrsg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, 2011.

28 Al respecto C. HILLGRUBER, *Ohne rechtes Maß?*, JZ 2011, p. 861 (866 y s.).

29 P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), p. 43 (86 y ss.).

30 Al respecto aporta pruebas F. Hufen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 2. ed., p. 206.

también la protección de la privacidad se toma muy en serio (p.ej. E 54, 148 (153); 57, 125; 101, 361; 119, 1 (29 y s.).

- El Tribunal Constitucional Federal refuerza con frecuencia “los derechos fundamentales positivizados”, sobre todo en materia de dignidad humana, de libertad de prensa (E 20, 162; 54, 148; 97, 125) y de protección de la propiedad (E 24, 367; 58, 300), también la libertad de asociación (E 69, 315; 73, 206).
- Además, adopta términos “dogmáticos” acuñados por la doctrina, como los derechos fundamentales como “sistema de valores” (G. Dürig), la “concordancia práctica” (K. Hesse), la “reserva parlamentaria”, el “Derecho constitucional de la religión”, el “principio de apertura a Europa” (P. Häberle) y los desarrolla en nuevos contextos de forma creativa.
- El Tribunal Constitucional Federal deja sitio a largo y medio plazo para la preservación de los “votos particulares”, que pertenecen al marco de las grandes teorías de “espacio y constitución” (1974). De hecho en Alemania la posibilidad de que en el Tribunal Constitucional Federal se presenten votos particulares sólo está garantizada en el plano legislativo ordinario (§ 30 párrafo 2 de la Ley del TCF) – al contrario que la más avanzada Constitución española, que permite ya en el plano “constitucional” el voto particular de los magistrados constitucionales (art. 164 párrafo. 1). Hay una práctica rica de votos particulares en los que con frecuencia únicamente “se aplaza” la frecuentemente provisional “opinión discrepante” en el sentido de Hegel y se enriquece el discurso jurídico en el tribunal, así como la disertación científica. En los últimos tiempos ha habido votos particulares importantes, p.ej. en E 126, 286 (318 y ss.), así como en E 128, 226 (265 y ss.). De vez en cuando el propio Tribunal Constitucional Federal se remite a un antiguo voto particular (recientemente en E 119, 1 (27), o en cambio un voto particular también hace referencia a otro voto particular previo (p.ej. E 72, 276 (278)).
- El que haya prosperado la “conexión entre la dignidad humana y la participación democrática” (véase E 123, 267 (340 y ss.)) es un golpe de suerte. Avanzada por la doctrina, aunque no se haya citado, se perfila con ella el “derecho fundamental a la referencia a la democracia” que se encuentra arraigado en la dignidad humana. Con ello se impide así la desafortunada expresión de “democracia conforme al mercado”; lo contrario

es lo correcto: El Estado constitucional pone el marco para los mercados conformes a la democracia.

#### 4.5 PREGUNTAS SOBRE EL FUTURO

- Los “nuevos medios” constituyen un reto considerable no sólo para la jurisdicción constitucional alemana. ¿Cómo hay que afrontar los peligros que acechan a los derechos de autor y la protección de la privacidad? A este respecto se requiere un estudio previo por parte de la teoría constitucional. El actual estado “natural” (salvaje, heredado, que absolutiza el mercado, arbitrario) en Internet tiene que ser llevado por el Estado constitucional a un estado “cultural” jurídicamente estructurado (nacional, regional y global), mediante Tratados entre los Estados constitucionales y Convenciones de Naciones Unidas.
- La “intensificación del discurso jurídico” (A. Arndt) entre el Tribunal Constitucional Federal y los demás Tribunales Constitucionales europeos, sean nacionales (p.ej. en Brunn) o supranacionales, constituye un desiderátum de la Ciencia (palabra clave: cooperación con Estrasburgo y Luxemburgo, en lugar de confrontación).
- Finalmente: El “esfuerzo de apertura de un tribunal constitucional” debe mantenerse leal a la clásica reserva judicial. Las resoluciones del Tribunal no deben ser comentadas en público por otros magistrados constitucionales. Sobre todo, los “presidentes” de los Tribunales deben contenerse, y no dar entrevistas sobre cuestiones político-constitucionales (como hizo, por desgracia, muchas veces el penúltimo Presidente alemán del Tribunal Constitucional Federal), sino mejor: callarse.

En este contexto también es aplicable mi regla de la “academical self-restraint”. Tan gratificante como es profundizar científicamente en culturas jurídicas ajenas, por ejemplo hoy en forma de este intercambio de reflexiones en Brasil, igual de discreto debe ser uno también con la crítica.