

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO MODELO DE UNA JURISDICCION CONSTITUCIONAL AUTÓNOMA

Por PETER HÄBERLE*/**

1. ASPECTOS DE UNA JURISDICCION CONSTITUCIONAL AUTÓNOMA: COMPARACION JURÍDICA EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO: A) Cuestiones de método. B) Jurisdicción constitucional autónoma como resultado y éxito parciales de la historia constitucional europea. C) Un catálogo de los elementos típicos de la jurisdicción constitucional autónoma: siete características. D) En vías hacia una teoría constitucional de la jurisdicción constitucional.—2. EL «CARÁCTER MODÉLICO» DEL TCF: A) Cuestiones previas sobre el «carácter modélico» y el problema del paradigma. B) Elementos singulares modélicos del TCF. C) Incurso: La inserción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de las Comunidades Europeas en el campo de comparación.—3. DÉFICITS Y CUESTIONES (DE REFORMA) PUNTUALES: A) Prudencia en materia de comparación jurídica, ¿déficits en materia europea? B) ¿Cuestionamiento del control normativo abstracto? C) ¿Reforma del recurso constitucional de amparo? D) ¿La doctrina iusconstitucionalista alemana como mero postglosador del TCF?—4. PERSPECTIVA.

El Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, TCF) es reconocido a escala planetaria como institución, pero también en cuanto a los «hallazgos» y desarrollos de su jurisprudencia, sobre todo respecto a las

* Catedrático emérito de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico de la Universidad de Bayreuth (Alemania). Doctor *honoris causa* por la Universidad Aristóteles de Tesalónica (Grecia), por la Universidad de Granada y, muy recientemente, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*.

** Traducción del trabajo del profesor HÄBERLE publicado en PETER BADURA y HORST DREIER, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Mohr Siebeck, Tübinga, tomo I (*Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsprozessrecht*), 2001.

cuestiones sobre derechos fundamentales y el problema de la arquitectura del Estado de Derecho, así como, en parte, del federalismo («lealtad federal»). El TCF irradia su efecto más allá de Europa¹, lo que se mostró, no en último término, en su función, más bien informal, de asesoramiento, por ejemplo, en la visita de expertos sudafricanos a Karlsruhe con relación al proceso constituyente en Sudáfrica (1996). Los encuentros regulares de los tribunales constitucionales europeos (el primero en 1972 en Dubrovnik; el último en 1999 en Warschau) contribuyen lo suyo a la materia y los métodos de la comparación jurídica.

Los Estados reformados de la Europa del Este desde Rusia² (1993) hasta Polonia³ (1997), desde Eslovenia⁴ (1991) hasta Georgia (1996) y Mongolia (1992), han establecido en sus Constituciones una jurisdicción constitucional autónoma y no erramos si suponemos que el TCF también ha desarrollado un efecto ejemplarizante, mientras que la *Supreme Court* de los EE.UU. o el Tribunal Federal suizo fungieron como modelo material, pero no organizativamente. Ello indica que la jurisdicción constitucional autónoma puede valer como «coronación» del Estado constitucional de la actual fase de desarrollo, de igual manera que el federalismo o el regionalismo, a su modo, son o se transforman cada vez más en una fase

¹ Representativamente: M. FROMONT, «Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht», *Die öffentliche Verwaltung*, 1999, pp. 493 y ss. En la literatura en lengua extranjera aparecida en el extranjero se dedica siempre una especial atención al TCF: por ejemplo, J. LUTHER et al. (a cura di), *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, t. 1, 2000, pp. 159 y ss. También, D. P. KOMMERS, «Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States?», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), pp. 787 y ss. Pero también a la inversa, H. WILMS, «Die Vorbildfunktion des United States Supreme Court für das BVerfG», *Neue Juristische Wochenende* 1999, pp. 1527 y ss.

² De entre la literatura: T. SCHWEISFURTH, «Der Start der Verfassungsgerichtsbarkeit in Rußland», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1992, pp. 281 y ss.; M. HARTWIG, «Verfassungsgerichtsbarkeit in Rußland», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1996, pp. 177 y ss.; A. NUSSBERGER, «Die Grundrechte in der Rechtsprechung des russischen Verfassungsgerichts», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1998, pp. 105 y ss.; A. BLANKENAGEL, «Constructing and Defending one's self: Some Thoughts concerning the Institutional Identity of Constitutional Courts», *Tel Aviv University Studies in Law*, Vol. 15 (2000), pp. 23 (35 y ss.).

³ Polonia ya antes de «1989»: sobre ello, L. GARLICKI, «Vier Jahre der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen (1985-1989)», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 39 (1990), pp. 285 y ss.; posteriormente: J. ZAKRZEWSKA, «L'Etat de Droit et Tribunal Constitutionnel en Pologne», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 41 (1993), pp. 15 y ss.

⁴ Sobre Eslovenia: I. KRISTAN, «Verfassungsentwicklung in Slowenien», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 42 (1994), pp. 59 y ss. En cuanto en lo que se sigue se hagan referencias a Constituciones de la Europa del Este, están las mismas documentadas en la Serie en cinco partes publicada en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, comenzando en el tomo 43 (1995), y terminando en el tomo 46 (1998). Las Constituciones africanas son citadas según H. BAUMANN/M. EBERT (eds.), *Die Verfassungen der frankophonen und lusophonen Staaten des subsaharischen Afrikas*, 1997; las latinoamericanas según L. LÓPEZ GUERRA/L. AGUIAR (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, 2.ª edición 1998.

de crecimiento de este tipo (para el regionalismo, valga la referencia a Gran Bretaña: Escocia, Gales).

Los Homenajes a una institución como la jurisdicción constitucional tienen ya tradición en Alemania⁵; no conllevan, desde luego, una prohibición de la crítica⁶, a pesar de que ésta haya devenido ocasionalmente demasiado unilateral en los últimos años con relación al TCF⁷. El autor se suma con su voz encantado al bajo continuo de este Homenaje que, como se manifiesta ya en su estructuración, «festeja» al TCF sin reservas: como parte de la cultura constitucional de Alemania. Hay tantas cosas que hablan a favor de la tesis del TCF como «paradigma» o «modelo»: la teoría constitucional comparativa como ciencia cultura es consciente de la relatividad y dependencia contextual de todas las normas o instituciones vivas y las trabaja modestamente en correspondencia con ello⁸.

1. ASPECTOS DE UNA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL AUTÓNOMA: COMPARACIÓN JURÍDICA EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO

A) Cuestiones de método

Puesto que la presentación en profundidad de la jurisdicción constitucional del TCF en comparación con el extranjero se ha dejado a otras plumas, esta contribución puede proceder con palabras clave y tratar sobre todo las cuestiones metódicas. Éstas, que han sido desarrolladas por el

⁵ Cfr. para el TCF, el Homenaje de 1976, editado por C. STARCK, 2 tomos. Un tomo paralelo es, por ejemplo, el *Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Bayer. VerfGH* (1997). Sobre su entrega: P. LERCHE, «Die Verfassung in der Hand der Verfassungsgerichtsbarkeit?», *BayVBl.* 1997, pp. 17 y ss.

⁶ Un aspecto parcial en A. VOBKUHLE, «Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am BVerfG», *Neue Juristische Wochenende* 1997, pp. 2216 y ss.; J. LIMBACH, «Die Schmerzgrenze bei der Richterkritik», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1996, pp. 414 y ss.

⁷ Cfr. R. SCHOLZ, «Karlsruhe im Zwielicht, Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG», in *Festschrift für Stern*, 1997, pp. 1201 y ss.; así como (más bien expositivamente): H. H. KLEIN, «Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit», *ibíd.*, pp. 1135 y ss., y W. KNIES, «Auf dem Weg in den 'verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat'?», *ibíd.*, pp. 1155 y ss.; véase también el tomo B. GUGGENBERGER/T. WÜRTENBERGER (eds.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1998; también O. DEPENHEUER, «Auf dem Weg in die Unfehlbarkeit?», *Festschrift für Kriele*, 1997, pp. 485 y ss.; véase también la más reciente crítica de J. ISENSEE, «Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland», en «Colloquium für R. Novak», B. WIESER/A. STOLZ (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, 2000, pp. 15 y ss.

⁸ En el sentido de mi planteamiento: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, 2.^a edición 1998. La cuestión del «stare decisis», por ejemplo, debe ser tratada y continuada ante este trasfondo; cfr. de la literatura: T. LUNDMARK, «Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht», in *Rechtstheorie* 28 (1997), pp. 315 y ss.

autor con su punto de vista en los últimos veinte años⁹, se pueden caracterizar del siguiente modo: la comparación jurídica en materia de Estado constitucional se desarrolla en dos dimensiones que en último término se integran recíprocamente: como comparación jurídica en el tiempo (historia constitucional) y como comparación jurídica en el espacio (comparatística).

Se trata de un análisis comparado de etapas textuales que, con sensibilidad científico-cultural, inserta los *contextos* desde el principio. Allí donde, junto a los textos constitucionales escritos, la jurisprudencia constitucional («no escrita») pasa a primer plano, hay que clasificar con arreglo a ello sus textos (concentrados). Junto a estos textos constitucionales escritos y no escritos, surgen los textos clásicos (que anudan muchos textos constitucionales) como textos constitucionales «en sentido lato»: textos clásicos de Aristóteles hasta I. Kant. Proporcionan contenidos «suplementarios» y «originarios» a los textos jurídicos inmediatos (así como, en materia de división de poderes, Montesquieu: 1748). Con ello, entra en el campo de visión la llamada realidad constitucional.

Junto a las clásicas funciones constitucionales de la restricción del poder, legitimación y generación de unidad, de la organización de competencias y funciones estatales, aparece otra: la *cultural*. Conforme a esta concepción constitucional, la Constitución no es sólo una ordenación jurídica para juristas a interpretar por éstos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúa esencialmente también como guía para profanos en Derecho, para los ciudadanos. La Constitución no sólo es un texto jurídico o recopilación normativa de reglas, sino que también es expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación del pueblo, reflejo de su herencia cultural (por ejemplo, la «memoria colectiva») y fundamento de sus esperanzas.

Las Constituciones vivas, como una obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son, formal y materialmente, más bien, expresión e intercambio de cultura, marco para la (re) producción y recepción cultural y granero de «informaciones», experiencias, hábitos, saberes culturales tradicionales¹⁰. Su modo de valer es correspondientemente profundo. Ello se comprende de la manera más bella en la metáfora de Goethe revitalizada por H. Heller de que la Constitución es «forma acuñada que se desarrolla vitalmente».

A partir de una comparación cultural global, si no de todas, sí de muchas Constituciones del Estado constitucional¹¹, se puede construir un tipo

⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, 3.ª edición, 1998; íd., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992.

¹⁰ En el sentido no jurídico, antropológico-cultural y etnológico, utiliza el concepto «Constitución» no por casualidad B. MALINOWSKI, *Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur* (1941), 1975, pp. 142.

¹¹ Sobre la «comparación constitucional cultural», mi postulado con el mismo título, en

ideal de Constitución que tiene muchas variantes nacionales típicas. En este proceder multinivel y multifacético también hay que profundizar en la jurisdicción constitucional.

B) Jurisdicción constitucional autónoma como resultado y éxito parciales de la historia constitucional europea

La jurisdicción constitucional autónoma presupone conceptualmente una institución independiente, autónoma frente a otros órganos estatales y constitucionales, con determinadas competencias y funciones. Desarrollada pioneramente por Austria y H. Kelsen¹² (para los EE.UU., *Marbury vs. Madison*, 1803, operó ejemplarmente), ha experimentado en la LF alemana una conformación considerada ampliamente como paradigmática que ha encontrado en el llamado «Informe sobre el estatus» (ponente: G. Leibholz¹³) un memorandum ya clásico. Portugal¹⁴ y España¹⁵ han desarrollado otros modelos. Otros Estados constitucionales poseen igualmente tribunales que deciden determinadas cuestiones jurídico-constitucionales con independencia judicial, pero ello incluso como tribunales generales (como el Tribunal Federal en Suiza, cfr. artículo 189 de la nueva Constitución suiza de 2000, o la *Supreme Court* en los EE.UU.¹⁶). En Francia, el *Conseil*

Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1.ª edición, 1982, pp. 33 y ss.; sobre la «comparación constitucional como comparación cultura», ahora R. WAHL, *Festschrift für Quaritsch*, 2000, pp. 163 y ss.

¹² Cfr. H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), pp. 30 y ss.; tempranamente: G. JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, 1885. Sobre el Tribunal Constitucional austríaco: L. ADAMOVICH/R. HUPPMANN, «Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes 1975-1995», en ÖSTERREICHISCHE PARLAMENTARISCHE GESELLSCHAFT (ed.), *75 Jahre Bundesverfassung, Festschrift 1995*, pp. 503 y ss.; M. HOLOUBEK, «Überblick über einige Grundpositionen des Grundrechtsschutzes in der jüngeren Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 43 (1995), pp. 573 y ss.; G. KUCSKO-STADLMAYER, «Die Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs auf dem Gebiet der Glaubensfreiheit», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1999, pp. 505 y ss.

¹³ *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* NF 6 (1957), pp. 109 y ss., 120 y ss. Cfr. la reimpresión de LEIBHOLZ en P. HÄBERLE (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, pp. 224 y ss.

¹⁴ Sobre Portugal: J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1998, pp. 801 y ss.; P. RICHTER, «Die Entwicklung der konkreten Normenkontrolle in Portugal», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 41 (1993), pp. 319 y ss.

¹⁵ Sobre el Tribunal Constitucional español: F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho Constitucional*, vol. I, 1999, pp. 211 y ss. Véase también, más abajo, nota 45.

¹⁶ De entre la literatura (críticamente): M. TUSHNET, «Taking the Constitution away from the Courts», 1999. Por lo demás, W. HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972; H. STEINBERGER, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, 1974, especialmente

Constitutionnel se transforma cada vez más de «Consejo» en un verdadero tribunal constitucional¹⁷. En la Europa del Este¹⁸, los nuevos Estados constitucionales tienen de manera predominante una jurisdicción constitucional autónoma (por ejemplo, Chequia, Eslovaquia¹⁹, Hungría²⁰, Ucrania, los paí-

pp. 126 y ss.; W. BRUGGER, «Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 42 (1994), pp. 571 y ss.; B. MAAßEN, *Der US-Supreme Court im gewaltenteilenden amerikanischen Rechtssystem (1787-1972)*, 1977; A. S. MILLER, *The Supreme Court. Myth and Reality*, 1978; L. TRIBE, *Constitutional Choices*, 1985, pp. 51 y ss.; S. ESTREICHER/J. SEXTON, *Redefining the Supreme Court's Role. A Theory of Managing the Federal Judicial Process*, 1986; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch – The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.ª edición 1986; W. H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, 1987. Especialmente, sobre el papel de la *Supreme Court* en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales: W. BRUGGER, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987. Con atención a cuestiones sobre el derecho de propiedad: G. ALEXANDER, «'Takings' Jurisprudence in the U.S. Supreme Court: The Past 10 Years», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), pp. 857 y ss. Un estudio jurídico comparado sobre los votos particulares se encuentra en K.-H. MILLGRAMM, *Seperate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts*, 1985.

¹⁷ Sobre ello, C. STARCK, «Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich», *Archiv des öffentlichen Rechts* 113 (1988), pp. 632 y ss.; F. LUCHAIRE, «Le Conseil Constitutionnel», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 38 (1989), pp. 173 y ss.; M. FROMONT, «La protection des droits de l'homme par le Conseil Constitutionnel», *Festschrift für K. Stern*, 1997, pp. 1085 y ss.; véase también J. HECKER, «Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil Constitutionnel», *Archiv des öffentlichen Rechts* 123 (1998), pp. 577 y ss. Un ejemplo para el proceso de recepción Francia/Algeria plantea el nuevo Consejo Constitucional aquí: al respecto, H. G. KNITEL, «Der neue Verfassungsrat in Algerien und die Anfänge seiner Rechtsprechung», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1990, pp. 201 y ss.

¹⁸ Especialmente productivo de entre la literatura: J. FROWEIN/T. MARAUHN (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998; M. VERDUSSEN (coord.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, 1997; S. MILACIC, *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale*, 1998; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2.ª edición, 1996; Th. GIEGERICH, «Verfassungsrichterliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57 (1997), pp. 404 y ss., igualmente con un énfasis en los nuevos desarrollos en la Europa del Este.

¹⁹ A. BRÖSTL, «Zur Spruchpraxis des Verfassungsgerichts der Slowakischen Republik im Verfahren der Normenkontrolle (1993 – 1997)», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), pp. 109 y ss.

²⁰ Sobre ello G. BRUNNER, «Zweieinhalb Jahre ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit», *Der Staat* 32 (1993), pp. 287 y ss.; G. BRUNNER/L. SÓLOYOM, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*, 1995; G. SPULLER, *Das Verfassungsgericht der Republik Ungarn*, 1998; M. PAJOR-BYTOMSKI, «Einführung in die ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1993, pp. 220 y ss.; P. SONNEVEND, «Der Verfassungsmässige Schutz sozialrechtlicher Ansprüche in der jüngeren Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 56 (1996), pp. 977 y ss.

ses bálticos como Lituania, luego Rusia²¹; de manera diferente, Estonia), además de Turquía²².

Este éxito casi mundial de la jurisdicción constitucional autónoma también en parte de África, en Sudáfrica²³, Namibia, algunos países del África negra (por ejemplo, artículos 70 a 74 de la Constitución de la República de África Central, 1995), al igual que en Latinoamérica²⁴, finalmente incluso en Estados islámicos²⁵, no debe desde luego llevar a la tesis de que todo Estado constitucional «debería» hoy tener imperativamente una jurisdicción constitucional autónoma a modo de «coronación» de su actual fase de desarrollo. Hay alternativas²⁶ o institutos conexos, desde luego: por ejemplo, el *Ombudsmann* como existe en muchos países (por ejemplo, Polonia o los artículos 89 a 94 de la Constitución de Namibia, 1998), los «Defensores del Pueblo» (Austria), en parte los tribunales de cuentas o Comisiones de Derechos Humanos (por ejemplo, Togo, 1992). Por lo demás, ¡Gran Bretaña vive hasta hoy sin jurisdicción constitucional²⁷!

²¹ De la literatura general: G. BRUNNER, «Grundrechtsschutz durch Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa», *Festschrift für Stern*, 1997, pp. 1041 y ss.; íd., «Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53 (1993), pp. 819 y ss.

²² Sobre Turquía: E. E. HIRSCH, «Die Verfassung der Türkischen Republik vom 9. November 1982», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 32 (1983), pp. 507 y ss. (con apéndices de textos). Las amplias competencias se encuentran en los artículos 146 a 153 de la Constitución de Turquía. Sobre la interpretación constitucional creadora del Derecho del Tribunal Constitucional Turco en atención a los Autos provisionales: Z. GÖREN, «Die einstweilige Anordnung in der Rechtsprechung des türkischen Verfassungsgerichts», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1994, pp. 597 y ss. (allí también la palabra-clave: «el ejemplo alemán como modelo para la praxis turca»). De la amplia literatura: C. RUMPF, «Das türkische Verfassungsgericht und die Grundzüge seiner Rechtsprechung», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1990, pp. 129 y ss.

²³ F. OELKERS, «Die Gleichheitsrechtsprechung des Südafrikanischen Verfassungsgerichts», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57 (1997), pp. 899 y ss.

²⁴ De la literatura: H.-R. HORN/A. WEBER (eds.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, 1989; D. GARCÍA BELAUNDE/F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, 1997. Específicamente sobre el círculo de problemas respecto del «Habeas Corpus»: D. G. BELAUNDE, «Latin American Habeas Corpus», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 49 (2001).

²⁵ K. Bälz, «Islamisches Recht, staatliche Rechtssetzung und verfassungsgerichtliche Kontrolle», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57 (1997), pp. 229 y ss.

²⁶ Cfr. por ejemplo, la peculiar Corte de Arbitraje en Bélgica, sobre ello L.-P. SUETENS, «Die Verfassungsrechtsprechung in Belgien – Der Schiedsgerichtshof», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 36 (1987), pp. 135 y ss.

²⁷ Como prestaciones pioneras tempranas de la comparación jurídica en materia de jurisdicción constitucional pueden valer: H. MOSLER (ed.), «Verfassungsgerichtsbarkeit der Gegenwart, Länderberichte und Rechtsvergleichung», 1962; C. STARCK/A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986; antes fue la comparación en lengua alemana: K. KORINEK/J. P. MÜLLER/K. SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39 (1981), pp. 7 y ss. A fon-

Hay que advertir sobre todo frente a todo tipo de «ideologías del guardián». La conocida tesis de que el Presidente del Estado o el tribunal constitucional sean «guardián» de la Constitución hay que rechazarla. Por un lado, la protección de la Constitución sigue estando confiada a *todos* los ciudadanos y a todos los órganos estatales en igual medida. La democracia ciudadana del Estado constitucional es contraria a estilizar a un órgano como «supremo».

Por otro lado, la Constitución es «proceso público», lo que no se agota en la garantía de lo existente. «Guardián» es, en todo caso, una metáfora torcida. No debe tener ningún lugar en una teoría comparativa de la jurisdicción constitucional²⁸. También la pretensión ocasionalmente expresada de ser intérprete constitucional «auténtico», hay que rechazarla desde un punto de vista científico (pero véase, desde un punto de vista de Derecho positivo, para el Tribunal Constitucional de Ucrania: artículos 147.2, 150.1, número 2 de la Constitución de Ucrania, 1996; así como los artículos 149 y 151 de la Constitución de Burundi, 1992; el artículo 124.1 de la Constitución de Albania, 1998, habla con poca fortuna de la «interpretación definitiva»).

C) Un catálogo de los elementos típicos de la jurisdicción constitucional autónoma: siete características

Sin pretensión de exhaustividad, se listan a continuación (siete) elementos típicos. Se aproximan más al «sistema móvil» de Wilburg²⁹ que a un catálogo cerrado. En una consideración de conjunto, estos elementos acuñan el tipo ideal de la jurisdicción constitucional autónoma institucionalmente entre todas las variantes de sus ejemplos nacionales.

do, A. VON BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992. Textos clásicos sobre el tema se reúnen en el tomo de P. HÄBERLE (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976.

²⁸ Más que sólo «materiales» proporciona al respecto, por ejemplo, M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, 1996; D. GARCÍA BELAUNDE/F. FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, 1997; C. LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 1999; D. GARCÍA BELAUNDE, *De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional*, 2000. Véase también el *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, a cargo de L. FAVOREU (Aix), así como G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª edición 1988. Productivo también H. J. FALLER, «Zur Entwicklung der nationalen Verfassungsgerichte in Europa», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1986, pp. 42 y ss.; A. WEBER, «Verfassungsgerichte in anderen Ländern», en M. PIAZOLO (ed.), *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, 1995, pp. 61 y ss.

²⁹ W. WILBURG, «Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht», 1951; sobre ello L. MICHAEL, «Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme», 1997.

- a) Un primer rasgo de la jurisdicción constitucional autónoma es su cualidad de *órgano constitucional*. Ello quiere decir: su «estatus», sus competencias más importantes deben tener anclaje en la misma Constitución escrita. Sobre todo es irrenunciable (también como Derecho constitucional material) la garantía de la independencia judicial. Aunque la autonomía no requiere ir tan allá como en Alemania (¡con un título presupuestario propio del TCF!), sí debe estar asegurado el Estado de Derecho (también en la forma del seguimiento estricto de la jurisprudencia por los otros órganos: aquí constituye un ejemplo negativo, recientemente, el Perú de Fujimori, 1999/2000).
- b) La *legitimación democrática* constituye un segundo rasgo. Así se logra (por ejemplo, a través del Comité electoral según el §6 LTCF como en Alemania): el tribunal constitucional debe estar sin eslabones perdidos en la «cadena de legitimación» del pueblo con los órganos estatales (U. Scheuner). Por ello, hay que rechazar el modelo de la cooptación: si los jueces constitucionales se completan a través de su propia elección, la legitimación democrática cae a medio o largo plazo en la ficción³⁰. En Alemania, los partidos políticos reclaman «para sí» las sillas de juez constitucional con tanta intensidad: las elecciones del *Bundestag* y el Parlamento de los *Länder* son un proceso de responsabilidad fundamentador de la democracia realmente ejercido y no sólo ideal. El postulado de la audiencia (pública) previa de los candidatos sigue siendo un deseo (cfr., ahora, artículo 112.4, frase 4.^a de la Constitución de Brandenburgo³¹).
- c) El principio de *publicidad* tiene que ser no sólo teóricamente un principio básico de organización (debido a la relación de la «publicidad y la Constitución») para el *status* y el proceso de la jurisdicción constitucional, tiene también que permanecer efectivo en la práctica (por ejemplo, en la forma de la publicidad de los grandes procesos, pero siempre en la forma del dictado público de las decisiones, eventualmente también de los votos particulares)³². A ello corresponde la disposición a la revisión autocrítica de la propia

³⁰ Contra el modelo de cooptación, recientemente, también D. GRIMM, «Nicht den Parteien, sondern der Verfassung dienstbar», FAZ de 19 de febrero de 2000, p. 11.

³¹ Sobre ello mi contribución: «Bundesverfassungsrichterkandidaten auf dem Prüfstand?, Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung», in B. GUGGENBERGER/A. MEIER (eds.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, pp. 131 y ss.

³² Sobre la especial relación con la publicidad de los procesos ante el Tribunal Constitucional, ahora a fondo: H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», in G. F. SCHUPPERT/Chr. BUMKE (eds.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, pp. 111 (123 y ss.).

jurisprudencia, no en último término por virtud de la opinión pública científica.

- d) Debe ser característico del tribunal constitucional, en cuanto tribunal, una *actividad jurisprudencial racional*. Aunque la jurisprudencia constitucional toma parte en la «dirección política global» de una Comunidad³³, no es, sin embargo, «Política», más bien se caracteriza por la aplicación, racionalmente revisable en sus métodos y con frecuencia creativa, de la «Ley y el Derecho». Ello no excluye, sino que incluye, el progreso de la Constitución. Es digna de destacarse la orientación al desarrollo de una «Constitución invisible» por el Tribunal Constitucional húngaro³⁴. Se trata de una actividad al servicio de la «acreditación», no mera «conservación» de la Constitución. En el caso particular, el pluralismo o la interacción de los cuatro o, incluyendo la comparación jurídica, cinco métodos hermenéuticos puede estar abierto, un control sutil manejable puede no ser siempre al mismo tiempo «comprensible intersubjetivamente»: la jurisprudencia constitucional es una actividad artesanalmente creada, que se prolonga en el «arte» de los juristas, en el sector relativo a la Constitución como ordenación básica jurídica del Estado y la sociedad. Los conocidos «principios de la interpretación constitucional»³⁵ [desde la «unidad de la Constitución» hoy a relativizar por virtud de Europa (palabra clave: contexto europeo) hasta la máxima de la corrección jurídico-funcional³⁶, pasando por las buenas relaciones internacionales entre los pueblos] fundamentan complementariamente la actividad jurídico-constitucional. La jurisdicción constitucional es ciertamente también política en su efecto, pero no lo es en sí misma. En lo demás, un tribunal constitucional puede, y debe, crear su propio Derecho procesal, si no existe en el Derecho positivo, según «principios generales»³⁷.

³³ Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a edición, 1995, pp. 241, 278 (reimpresión, 1999).

³⁴ Sobre ello, R. GROTE, «Das Rechtsstaatsprinzip in der mittel- und osteuropäischen Verfassungsgerichtspraxis», en FROWEIN/MARAUHN, *ibíd.*, p. 3 (62), sowie L. SÓLYOM, *ibíd.*, pp. 554 y ss. (discusión).

³⁵ Básicamente, H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 20 (1963), pp. 53 y ss.

³⁶ Sobre esta cuestión: K. HESSE, *Grundzüge*, cit., pp. 31 y ss.; *íd.*, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Festschrift für H. Huber*, 1981, pp. 263 y ss.; G. F. SCHUPPERT, *Funktionellrechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980; H.-P. SCHNEIDER, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung», *Neue Juristische Wochensende* 1980, pp. 2103 y ss.

³⁷ Sobre el Tribunal Constitucional turco, aquí especialmente creativo: nota 22.

e) Un *estándar común mínimo de competencias y funciones*, que se estructuran en determinadas formas de «controversias», caracteriza a la jurisdicción constitucional como institución necesaria del Estado constitucional de la actual fase de desarrollo que aparece con frecuencia, pero que no es irrenunciable³⁸. El artículo 223 de la Constitución de Portugal habla atinadamente del Tribunal Constitucional como el «Tribunal competente en especial para la jurisprudencia en el ámbito jurídico-constitucional». Si, por ejemplo, el Tribunal del Estado de la época de Weimar tenía todavía demasiadas pocas competencias, el TCF posee un máximo, quizás también un óptimo (para Alemania) de competencias. En una comparación jurídica *grosso modo* se pueden diferenciar las siguientes formas, que se desarrollan típicamente, de competencias de tribunales constitucionales³⁹:

- Controversias orgánicas [por ejemplo, art. 138.1, letra c) de la Constitución Federal Austríaca; art. 93.1, número 1, de la LF; art. 89.1, letra b, de la Constitución de Georgia (1995); art. 120.2 de la Constitución de Bolivia (1967)].
- Proceso de recurso constitucional de amparo [por ejemplo, art. 161.1, letra b y art. 162.1, letra b, de la Constitución española; art. 160 de la Constitución eslovena (1991); art. 87 d de la Constitución checa (1992); art. 89.1, letra f, de la Constitución de Georgia (1995); art. 202.2 de la Constitución de Perú (1995)] con las variantes: contra leyes y reglamentos, actos administrativos o incluso contra decisiones judiciales.
- (en los ordenamientos federales) Controversias federales (tanto el Federalismo como el Regionalismo deberían estar, en tanto sea posible, garantizados por el tribunal constitucional: por ejemplo, en parte, art. 161.1, letra c, de la Constitución española; art. 134 de la Constitución de Italia; art. 93.1, número 3 de la LF; cfr. también el art. 167.4, letra a, de la Constitución de Sudáfrica)
- Procedimiento de acusación (por ejemplo, art. 142.2, letra b, de la Constitución Federal de Austria) y otros procesos de protec-

³⁸ K. HESSE habla de «Fases del desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana» en su contribución del mismo título en el *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* 46 (1998), pp. 1 y ss. Sobre la historia: H. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5 (1929), pp. 2 y ss.; U. SCHEUNER, «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *Festgabe für das BVerfG*, 1976, tomo I, pp. 1 y ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 1980, pp. 967 y ss.

³⁹ Una tipificación referida a la LF y el TCF en K. STERN, *ibíd.*, pp. 978 y ss.

- ción constitucional (por ejemplo, la prohibición de partidos según el artículo 21.2 de la LF; véase también el artículo 188, número 4 de la Constitución polaca).
- Control normativo concreto [por ejemplo, art. 140.1, frase 1.^a de la Constitución Federal austríaca; art. 163 de la Constitución española; art. 152 de la Constitución turca (1982); art. 134, letra d, de la Constitución de Angola (1992)].
 - Control normativo abstracto (por ejemplo, art. 140.1, frase 2 de la Constitución federal austríaca; art. 155.1 de la Constitución de Angola).
 - Control normativo preventivo [por ejemplo, art. 278 de la Constitución de Portugal; art. 88.2 de la Constitución de Mali (1993); art. 170 de la Constitución del Chad (1996), pero precisamente no según el artículo 128.2 de la Constitución de Eslovaquia (1992)].
 - El control normativo iusinternacional (por ejemplo, art. 188, números 1 y 2 de la Constitución de Polonia; art. 116.4 de la Constitución de Bielorrusia (1994), y véase también el artículo VI, número 3 b *in fine* de la Constitución de Bosnia (1995)].
 - Las restantes controversias, como los procesos de revisión de elecciones (por ejemplo, art. 105 y art. 2 de la Constitución de Lituania (1992); art. 89.1, letra d, de la Constitución de Georgia).
 - Competencia de dictamen, como el TCF (hasta 1956) y hoy en Guatemala (art. 272, letras h) e i) de la Constitución de 1985) así como en Rumanía (art. 144, letra f, de la Constitución de 1991), art. 112 de la Constitución de Madagascar (1995), art. 105.3 de la Constitución de Lituania (1992), pero también en el Tribunal de las Comunidades Europeas y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No tienen que existir todas las competencias al mismo tiempo. Sin embargo, una jurisdicción constitucional que merezca este nombre no debería permanecer demasiado fija, con lo cual puede aconsejarse político-jurídicamente un proceder paulatino en la ampliación de las competencias.

- f) Entre las múltiples *funciones* específicas, deberían asegurarse consistentemente por el tribunal constitucional y ser trabajadas teórico-constitucionalmente por la ciencia las siguientes:
- La garantía evolutiva de los derechos fundamentales en el contexto de los Pactos internacionales y regionales de Derechos Humanos.

- La protección de la democracia y el Estado de Derecho, en especial de la «primacía de la Constitución» (por ejemplo, artículo 272 a 274 de la Constitución de Ecuador de 1998), no sólo, pero sí especialmente en la forma del control normativo, preventivo o represivo, abstracto o concreto.
 - La garantía del equilibrio de poderes como aseguramiento de la «separación de los poderes del Estado»: incluso positivizado en el artículo 134.3 de la Constitución de Moldavia (1994).
 - La garantía del pluralismo y con ello de la protección de las minorías de todo tipo.
 - La inserción pacífica del Estado constitucional nacional en Comunidades de responsabilidad regionales e internacionales (palabra clave: buenas relaciones de Derecho internacional) [cfr. BverfGE 45, 83, 97; 92, 26, 48), conformidad a los derechos humanos].
 - La «actualización»* cautelosa, literalmente así entendida, de la Constitución. El tratamiento diestro de «situaciones extraordinarias» (paradigmáticamente, por ejemplo, en la reunificación alemana, BverfGE 82, 322; 84, 133; 88, 384; 100,1, así como durante la fase de transformación en Polonia y Hungría por parte de los tribunales constitucionales respectivos) puede ser una prueba de acreditación para una jurisdicción constitucional nacional, pero también llevarla hasta sus límites (si ello sucede en Bosnia según el Acuerdo de Dayton de 1995⁴⁰, está abierto).
- g) En conjunto, una jurisdicción constitucional en funcionamiento puede, y debe, ser conscientemente una participación limitada en el proceso de «continuar escribiendo» el contrato social de una Comunidad política⁴¹. Si la Constitución es un «avenirse y tolerarse una y otra vez» de todos los ciudadanos, una jurisdicción constitu-

* Aquí utiliza el autor el vocablo «Fortschreibung», que significa, literalmente, «continuar escribiendo», pero en este contexto parece aludir a la actualización de la Constitución por la jurisdicción constitucional al «seguir escribiéndola», literalmente, mediante la jurisprudencia. (Nota del Traductor).

⁴⁰ Sobre el Tribunal Constitucional en Bosnia: W. GRAF VITZTHUM/M. MACK, «Multiethnischer Föderalismus in Bosnien-Herzegowina», en W. GRAF VITZTHUM (ed.), *Europäischer Föderalismus*, 2000, pp. 81 (93, 112 y ss., 130 ss).

⁴¹ Esta es la tesis del autor en 1978: P. HÄBERLE, «Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft» (1978), en: íd., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 425 (436 y ss.) [Nota del Traductor: hay traducción nuestra en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 2004]; desarrollándolo, H. SCHULZE-FIELITZ, cit., *Archiv des öffentlichen Rechts* 122 (1997), pp. 1 (14 y ss.).

cional viva tiene justamente en ello una cuota delimitada, también como trabajo del consenso básico⁴².

Con ello se indican al mismo tiempo aspectos de una *teoría de la jurisdicción constitucional*, de la que hasta ahora se carece. En la «Comunidad de responsabilidad regional Europa», sólo puede ser concebida como teoría *européa* de la jurisdicción constitucional.

- D) En vías hacia una teoría constitucional de la jurisdicción constitucional
- a) Tipológicamente, con orientación a los problemas, habría que diferenciar entre:
- (1) Las cuestiones organizatorias institucionales (por ejemplo, organización, elección y *status* de los jueces constitucionales, por ejemplo, inmunidad), a lo que pertenecen también los principios (algunas veces autocreados) del EE.UU.
 - (2) La cuestión funcional material, por ejemplo de las competencias («tipos de procedimiento») y los métodos y principios de interpretación constitucional practicados en su garantía, incluyendo el de los espacios de conformación funcionalmente dejados a los otros órganos constitucionales y estatales (por ejemplo, en la relación con el Parlamento o con el Poder extranjero).
- b) Los concretos *campos de trabajo* habría que clasificarlos según los *temas constitucionales* más importantes:
- (1) Dignidad humana y derechos fundamentales [se diferencia según los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales (también «objetivos de Estado»)].
 - (2) El Estado social de Derecho (incluyendo la primacía de la Constitución) y crecientemente el Estado de Cultura y el «Estado medio-ambiental».
 - (3) La democracia (en su caso, «defensiva») (por ejemplo, prohibición de partidos).
 - (4) La división de poderes horizontal (por ejemplo, controversias orgánicas) y (en los Estados federales también) vertical (in-

⁴² De entre la literatura, recientemente: H. KURIKI, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Erhalter des Grundkonsenses des Volkes», en R. WEILER/A. MIZUNAMI (eds.), *Gerechtigkeit in der sozialen Ordnung*, 1999, pp. 121 y ss.

cluyendo la correspondiente tutela de las Regiones y Ayuntamientos, en Bosnia de las etnias).

- (5) La inserción del Estado constitucional nacional en las Comunidades de responsabilidad regional (Europa) e internacional [por ejemplo, el control normativo respecto de los Tratados Internacionales, construcción de parámetros a partir del Derecho internacional y los pactos internacionales de derechos humanos, en el sentido del «Estado constitucional cooperativo» (buenas relaciones de Derecho internacional) y la «general rule of public international law»].
- c) Este catálogo de problemas y temas es abierto. La mayoría de las veces corresponde hoy a la fase de crecimiento del desarrollo constitucional también un período de crecimiento de los tribunales constitucionales (con fases temporalmente variables de activismo y cautela), con lo que esta función de control apropiada a la primacía de la Constitución contiene también siempre una función de conformación (de intensidad diferente en cada país). Especialmente en Europa se bocetan determinados «estándares» cada vez más claros, y no en último término gracias a todos los tribunales constitucionales (palabra-clave: «Derecho constitucional europeo común»).

En todo este esfuerzo de generalización debe quedar espacio metódica y materialmente para una conformación y valoración que se vaya ajustando a la cultura constitucional *individual* de un pueblo.

2. EL «CARÁCTER MODÉLICO» DEL TCF

A) Cuestiones previas sobre el «carácter modélico» y el problema del paradigma

Antes de tratar, y afirmar (con cautelosas diferencias), el carácter de modelo y paradigma del TCF, se plantean cuestiones previas. El tipo «Estado constitucional» se desarrolla, comparativamente hablando, en muchas variantes nacionales. Tiene sus textos clásicos como textos constitucionales en sentido amplio [por ejemplo, J. Locke, Montesquieu y Rousseau y finalmente en materia de medio ambiente y protección generacional de H. Jonas (cfr. simplemente el artículo 20a de la LF)] y está caracterizado por un mínimo en principios, procedimientos e instituciones que representan su identidad.

A ello no pertenece —todavía— el Federalismo o Regionalismo como división vertical de poderes, pero sí la clásica división de poderes en sentido horizontal. Absolutamente ningún Estado constitucional actualmente reúne en sí al mismo tiempo todos los elementos óptimos del modelo: así le falta a Francia y en parte también a Italia hasta hoy en día un regionalismo efectivo, al igual que el recurso constitucional de amparo. Por el contrario, Gran Bretaña vive ejemplarmente la democracia parlamentaria, pero lucha todavía por un catálogo escrito de derechos fundamentales⁴³.

A lo largo de la historia del desarrollo del tipo «Estado constitucional», muchos países han prestado contribuciones innovadoras: en Alemania, la organización y praxis del TCF crearon ejemplo. Si una institución de un determinado país tiene carácter de modelo para otros Estados constitucionales⁴⁴ es algo que sólo se puede responder en una comparación jurídica de conjunto y sólo científico-culturalmente. Es decir: también hay que trabajar lo desigual de cada nación. Una determinada institución no puede ser ensalzada totalmente en abstracto como la «mejor».

Si una institución puede ser recepcionada (quizás también modificadamente) y cuándo puede serlo también depende de la correspondiente cultura política y constitucional. Con otras palabras, la dependencia del *contexto* de todos los *textos*⁴⁵ constitucionales hay que meditarla cuando una regulación es «aconsejada» como modelo. Así, los muy recientes Estados reformados de la Europa del Este no pueden ni deben permitirse todavía el voto particular en los tribunales constitucionales (¡pero véase Eslovenia y Croacia!); en España⁴⁶ fue ya introducido en la Constitución (artículo 164.1, frase 1.^a) como un gran riesgo, mientras que bajo la LF, como es sabido, sólo en 1970 fue introducido (§30 LTCF). No todos los Estados constitucionales se encuentran siempre en la misma fase de desarrollo: hay diferencias temporales que hay que reflexionar en todo asesoramiento político y constitucional y en toda comparación jurídica y que también pueden conllevar un enriquecimiento.

⁴³ La incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos puede ahora operar como una fase previa. Sobre ello M. BAUM, «Rights Brought Home», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2000, pp. 281 y ss. Por lo demás, véase C. STARCK, «Eine Verfassung für das Vereinigte Königreich?», *Archiv des öffentlichen Rechts* 119 (1994), pp. 627 y ss.

⁴⁴ Tal idea del modelo fue asumida por el autor: «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit – auf der Grundlage des deutschen ‘Modells’ und im Blick auf die Ukraine», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 48 (2000), pp. 399 y ss.

⁴⁵ Sobre la tesis del contexto (1979) ahora con más detalle mi contribución: «Verfassung im Kontext», en: J.-F. AUBERT y otros (eds.), *Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts*, 2001.

⁴⁶ Para España: A. WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Spanien», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 34 (1985), pp. 245 y ss.; P. CRUZ VILLALÓN, «Weitere zehn Jahre spanische Verfassung», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 48 (2000), pp. 311 y ss.

En conjunto, el juicio cualitativo de si una institución como la jurisdicción constitucional es un «modelo» o un «éxito» debe realizarse con una perspectiva de conjunto e iuscomparativamente, de un modo abstracto e individual a partir de criterios establecidos en el «éxito» de una Constitución en su totalidad [por ejemplo, protección de la dignidad humana, garantía de la libertad, protección de minorías, garantía de la paz interior y exterior, coercitividad de la justicia y los objetivos de bien común (por ejemplo, la protección medioambiental), la evitación de abusos de poder, etc].

También debe permitirse la contracuestión: ¿cómo se garantiza la «primacía de la Constitución» hoy típica del Estado constitucional en países *sin* ninguna justicia constitucional o con una justicia constitucional de sólo pequeño peso? Entre otras cosas, a través de la vigilancia de la opinión pública, a través de comunidades nacionales (y crecientemente, no sólo en Europa, supranacionales) de profesores de Derecho constitucional, a través del Parlamento, a través de los tribunales ordinarios, que sea como sea son en sentido profundo «tribunales constitucionales» (en tanto vinculados a la Constitución) y por ello es profundamente cuestionable el concepto alemán «tribunal ordinario» (cfr., sin embargo, desgraciadamente: BVerfGE 94,1 (directiva jurisprudencial), recientemente, BVerfGE 101, 158 (directiva jurisprudencial)). Una y otra vez, deben ponerse en discusión las propuestas de los «contraclásicos» sobre la jurisdicción constitucional, por ejemplo T. Jefferson, B. Constant u O. von Bismarck⁴⁷.

Si el TCF se califica como «modelo», ello puede por lo demás querer decir, por así decirlo, «platónicamente»: el TCF podría ser modelo para otros Estados constitucionales. Pero es también imaginable una perspectiva práctica: el TCF se ha transformado de hecho, en materia de jurisdicción constitucional, total o (como tantas veces) parcialmente en «modelo» para otros países. Si tienen lugar en la realidad, y cómo, los posibles procesos de recepción, quién fue «mediador en la recepción» (políticos constitucionales individuales, comunidades nacionales de científicos o simplemente la «internet») es difícil de probar. También son imaginables «afinidades electivas» inconscientes.

Hoy hay, sin embargo, procesos de producción y recepción en materia de Estado constitucional: en su campo de fuerza debe estar de una u otra forma, como elemento distinguido, la jurisdicción constitucional. Ésta participa en las funciones típicas de la Constitución: la restricción del poder en interés de la libertad, la constitución de competencias, la integración de los ciudadanos y grupos sociales, y también incluso aporta su grano en la «educación constitucional».

⁴⁹ Sobre ello, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 1980, p. 939.

B) Elementos singulares modélicos del TCF

Tras responder a tales cuestiones previas, pueden aconsejarse elementos individuales del TCF como institución y de su praxis de 50 años. Absolutamente todas las competencias individuales enumeradas del TCF se han acreditado de tal modo que tienen en principio carácter modélico; incluso la renuncia a la acción popular (bávara), por razonable que pueda ser a escala de los *Länder* (artículo 98, frase 4.^a de la Constitución de Baviera), es, a mi juicio, ejemplar (de otro modo, en Hungría: art. 32A, 2 de la Constitución de 1949/1989 así como los artículos 241 y 242 de la Constitución de Colombia de 1990). Sobre competencias en particular se puede discutir (por ejemplo, el control normativo abstracto, sobre el cual véase más abajo, apartado 3, B).

Respecto de Alemania, el ensamblado vigente de competencias es un golpe de suerte, algo que no excluye que otros países osen menos, porque aquí el proceso *político* puede aportar más (por ejemplo, en los EE.UU. o en Suiza, en este último con la democracia en parte directa).

Es ejemplar sobre todo el tratamiento de problemas constitucionales extraordinarios como la reunificación alemana⁴⁸. El funambulismo entre *judicial activism* y *judicial restraint* se prueba aquí como especialmente difícil. Sigue siendo digno de mención el desarrollo de un Derecho procesal constitucional autónomo⁴⁹ (igualmente, el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional de los *Länder*⁵⁰). Finalmente, se puede alabar como ejemplar el seguimiento sin apenas contradicciones y «evidente» de la jurisprudencia del TCF por los otros órganos constitucionales y la opinión pública.

Puede haber algunas debilidades y autocorrecciones del TCF, sigue habiendo algunos campos de trabajo fuertemente controvertidos, por ejemplo sobre los artículos 5 y 4 de la LF⁵¹, también sobre las «sentencias sobre el

⁴⁸ Sobre ello, con una perspectiva general y comparativa, el tomo *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, editado por G. F. SCHUPPERT und K. HARMS, 1999, y ahí especialmente las contribuciones de H. SCHULZE-FIELITZ (pp. 65 y ss.) und B.-O. BRYDE (pp. 197 y ss.) así como más arriba, 1, C, 6.

⁴⁹ Sobre ello, de entre la literatura, en parte controvertida: P. HÄBERLE, «Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», *Juristen Zeitung* 1976, pp. 377 y ss.; íd., «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts», *Juristen Zeitung* 1973, pp. 451 y ss.; E. BENDA/E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, pp. 62 y ss.; C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3.^a edición 1991, pp. 2 y ss. («Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts»).

⁵⁰ Sobre el «fortalecimiento de la jurisdicción constitucional en el sistema federal alemán en la reciente jurisprudencia del TCF», véase el trabajo del mismo nombre de C. TIETJE, *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), pp. 237 y ss.

⁵¹ BVerfGE 93, 266 y ss. («Los soldados son asesinos»); BVerfGE 92, 1 y ss. («sentada»); BVerfGE 93, 1 («sentencia anticrucifijo»). De entre la literatura: W. SCHMITT GLAESER, «Mein-

valor de la unidad»⁵² así como sobre el «niño como daño»⁵³, las sentencias «de política familiar»⁵⁴, así como la decisión sobre equilibrio financiero⁵⁵: el diálogo recíproco entre la jurisdicción constitucional, por un lado, y los medios, la Ciencia y el resto de la opinión pública, por otro lado, funciona. Incluso la crítica a decisiones como la errada y desafortunada sentencia anticrucifijo de 1995 (BVerfGE 93,1), así como la superación jurídico-funcional de los límites de la jurisdicción constitucional como en la mencionada sentencia sobre el equilibrio financiero de los *Länder* no significan una crítica al TCF como tal. ¡Más bien está el proceso político demasiado «orientado a Karlsruhe»!* El dicho de la señora Presidenta J. Limbach «la política se esconde con gusto detrás del TCF» está simplemente muy justificada⁵⁶.

En lo demás, hay que referirse a las numerosas valoraciones desde el lado de la Ciencia, comenzando con el gran discurso de R. Smend sobre los 10 años de existencia del TCF⁵⁷. La elevada ganancia en autoridad de Karlsruhe*, que ha beneficiado a la LF en su conjunto, es el golpe de fortuna de la historia constitucional alemana y puede ciertamente también valer como ejemplo en el extranjero.

ungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot», *Neue Juristische Wochenende* 1996, pp. 873 y ss.; P. TETTINGER, «Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut», 1995; H. OTTO, «Meinungsfreiheit contra Beleidigung der Bundeswehr und einzelner Soldaten», *NSiZ* 1996, pp. 127 y ss.; V. KREY, «Das BVerfG in Karlsruhe – ein Gericht läuft aus dem Ruder», *JR* 1995, pp. 221 y ss. Pero véase también D. GRIMM, «Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes», *Neue Juristische Wochenende* 1995, pp. 1698 y ss. Sobre la sentencia anticrucifijo: P. BADURA, «Das Kreuz im Schulzimmer», *BayVBl.* 1996, pp. 71 y ss.; W. BRUGGER/St. HUSTER (eds.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, 1998; recientemente, con amplias referencias: A. NOLTE, «Das Kreuz mit dem Kreuz», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 48 (2000), pp. 87 (89 ss).

⁵² BVerfGE 93, 121 y ss. y 165 y ss.

⁵³ BVerfGE 96, 775 y ss. y 96, 409 y ss. De entre la literatura: B. SCHÖBENER, «Menschliche Existenz als Schaden?», *ZfP* 1998, pp. 326 y ss.

⁵⁴ BVerfGE 99, 216; 99, 246; 99, 268, finalmente BVerfGE 99, 273. De entre la literatura: H.-P. SCHNEIDER, «Acht an der Macht! Das BVerfG als 'Reparaturbetrieb' des Parlamentarismus?», *Neue Juristische Wochenende* 1999, pp. 1303 y ss.

⁵⁵ BVerfGE 101, 158 y ss. De entre la literatura: B. PIEROTH, «Die Missachtung gesetzter Maßstäbe durch das Maßstäbengesetz», *Neue Juristische Wochenende* 2000, pp. 1086 y ss.; H. H. RUPP, «Länderfinanzausgleich ...», *Juristen Zeitung* 2000, pp. 269 y ss.

* Karlsruhe es la sede del TCF. (Nota del Traductor)

⁵⁶ *Zeitschrift für Rechtspolitik*, debate jurídico, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2000, pp. 351 y ss.

⁵⁷ Conferencia festiva de 1962 (reimpresa en P. HÄBERLE (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, pp. 329 ss). Se acredita también como texto clásico, E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1963. Para un texto clásico, ahora K. HESSE, «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», *Juristen Zeitung* 1995, pp. 265 y ss.

* Como se ha dicho, Karlsruhe es la sede del TCF. (Nota del Traductor).

Menos ejemplar o raramente imitado es el procedimiento para la *elección de los jueces constitucionales*. Elegidos por el *Bundestag* y el *Bundesrat* con una mayoría de dos tercios, pero en la práctica negociada su elección por los partidos políticos en el procedimiento del «do ut des», se discute cada vez más una reforma de este procedimiento⁵⁸. Hasta ahora, sin éxito: los partidos políticos dominan la selección o elección. En raras ocasiones, tienen los llamados candidatos «neutrales» (es decir, no simpatizantes o no miembros de un partido) una oportunidad⁵⁹. Otros Estados constitucionales, sobre todo Italia (artículo 135.1 de la Constitución italiana) y muchos Estados reformados de la Europa del Este, intercalan al Presidente del Estado (evidentemente, más fuerte en cualquier caso la mayoría de las veces en el conjunto del sistema), siendo elegidos por él un tercio de los jueces constitucionales⁶⁰. En Italia, fueron ejemplos positivos el llamamiento tan exitoso de los profesores A. Baldassarre y G. Zagrebelsky a la Corte en Roma. ¡En esta cuestión, habría que discutir si los otros países no podrían, al contrario, ser aquí especialmente un modelo para la LF!

C) Incurso: La inserción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de las Comunidades Europeas en el campo de comparación

En la «problemática del paradigma» hay que insertar desde el principio a los dos tribunales constitucionales europeos⁶¹: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de las Comunidades Europeas. Ciertamente, estos tribunales deciden cuestiones jurídicas no según la medida de una Constitución nacional; sin embargo, ya hoy hay, y en el futuro quizás haya todavía más, muchos paralelos entre «Estrasburgo»⁶² y «Luxemburgo» y «Karlsruhe»*: cada vez más en la medida en que Europa se comprenda

⁵⁸ Cfr., por ejemplo, W. K. GECK, «Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter», *Handbuch des Bundesstaatsrechts*, tomo II, 1987, pp. 697 y ss.

⁵⁹ Así de ejemplar, por ejemplo, K. HESSE: 1975-1987.

⁶⁰ Cfr. con variantes: Art. 103.1 de la Constitución de Lituania (1992); art. 147.1 de la Constitución búlgara (1991); art. 140.2 de la Constitución rumana (1991). Una mixtura impresionante de jueces, fiscales, abogados y profesores universitarios exige el artículo 122.1 de la Constitución croata (1991).

⁶¹ Tempranamente, K. W. WEIDMANN, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof*, 1985; J. SCHWARZE, *Der Europäische Verfassungsgerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983.

⁶² Para el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, R. BERNHARDT, «Europäische Menschenrechtsgerichtsbarkeit», en P.-C. MÜLLER GRAFF/H. ROTH (eds.), *Die Praxis des Richterberufs*, 1999, pp. 119 y ss.; J. A. FROWEIN/W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2.ª edición 1996.

* El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su sede en Estrasburgo, y de ahí que también se le conozca como Tribunal de Estrasburgo; y el Tribunal de Justicia de las Comuni-

en el sentido amplio del Consejo de Europa y en el sentido estricto de la Unión Europea. Sobre todo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es, gracias al «ensamblado de Constituciones parciales» que caracteriza a los quince Estados miembros de la Unión Europea⁶³, tribunal constitucional. Tanto el TEDH como el TJCE tiene autonomía institucional frente a otros órganos «constitucionales»; actúan en un «espacio público europeo»⁶⁴ que está surgiendo reconocidamente y que se corresponde con su propia publicidad (cfr. artículo 220 del Tratado de las Comunidades Europeas en relación con el Reglamento procesal de 19 de junio de 1991).

Sobre todo, ejercen estos tribunales actividad jurisprudencial racional como jueces independientes en determinados procesos regulados enumerativamente (por ejemplo, el procedimiento de la cuestión preliminar del artículo 234 del Tratado de las Comunidades Europeas imita al control normativo concreto) y según el principio de actuación rogada. Ciertamente, el artículo 220 TCE habla sólo de «garantía del Derecho»; pero la praxis muestra cuánto el TJCE desarrolla el Derecho constitucional convencional: no sólo en el desarrollo de muchos derechos fundamentales como «principios generales» a partir de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (cfr. art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea). El TEDH como «tribunal constitucional» de Europa en el sentido amplio del Consejo de Europa se concentra incluso totalmente en los derechos humanos y con ello en la garantía de los derechos fundamentales típica de los tribunales constitucionales.

Con relación a los contenidos, ambos tribunales merecen hoy tanto más una inserción en cualquier teoría de la jurisdicción constitucional. Y ello porque están en un intercambio jurisprudencial vivo con los tribunales

Europeas tiene su sede en Luxemburgo, siendo también conocido como Tribunal de Luxemburgo. Karlsruhe, como se ha dicho, es la sede del Tribunal Constitucional alemán. (*Nota del Traductor*).

⁶³ Así la tesis del autor en *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pássim, especialmente pp. 7, 16, 86 ss, y por último, íd., «Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft», *DVBl.* 2000, pp. 840 y ss. De entre la inabarcable literatura sobre las diferentes concepciones de Europa, por ejemplo, I. PERNICE, «Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union», *DVBl.* 2000, pp. 847 y ss.; A. WEBER, «Eine einmalige Chance für eine europäische Verfassunggebung», *FAZ* vom 26. August 2000, pp. 6. De entre la hoy ya considerada vieja literatura: D. GRIMM, «Braucht Europa eine Verfassung?», *Juristen Zeitung* 1995, pp. 581 y ss.; A. v. BOGDANDY, *Die europäische Option. Eine interdisziplinäre Analyse über Herkunft, Stand und Entwicklung der europäischen Integration*, 1993; ahora, íd., «Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der europäischen Union nach Amsterdam», 1999, pp. 13 y ss.; D. TSATSOS, «Die europäische Unionsgrundordnung», *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1995, pp. 287 y ss. Por último, W. HERTEL, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, 1999; J. Schwarze (ed.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000.

⁶⁴ Sobre ello, mi escrito berlinés: «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», 2000, según viejos trabajos previos.

constitucionales nacionales. La jurisprudencia europea sobre los derechos fundamentales vive de forma especialmente intensa de materiales procedentes de «Karlsruhe»*. En otros campos, tienen efecto también los otros tribunales constitucionales nacionales. Al revés, éstos buscan materialmente la conversación con «Estrasburgo» y «Luxemburgo». Así, la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH surten efecto en la jurisprudencia del TCF (cfr. BVerfGE 74, 358, 370; 76, 1, 81; 82, 106, 125; 83, 119, 128; 96, 152, 170). Lo mismo vale para la Carta Social Europea (BVerfGE 88, 103, 111) y los Pactos internacionales de derechos humanos (cfr. BVerfGE 88, 203, 260). Todos los tribunales constitucionales europeos, nacionales y transnacionales, son parte en el proceso de desarrollo constitucional de Europa; ocasionalmente, también críticos y censores⁶⁵.

Lo dicho rige también para otros tribunales en ultramar que, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aseguran los derechos humanos en el marco de una comunidad de responsabilidad regional o de derechos fundamentales (cfr. la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1968)⁶⁶.

3. DÉFICITS Y CUESTIONES (DE REFORMA) PUNTUALES

A) Prudencia en materia de comparación jurídica, ¿déficits en materia europea?

La comparación jurídica, a canonizar⁶⁷ no sólo en la Europa de hoy como «quinto» método de interpretación, no es (todavía) el método preferido del TCF, mientras que en algunos votos particulares es insertada con la finalidad no en último término de ganar elevada legitimidad⁶⁸. Se encuentra esta comparación jurídica, a mi juicio, en muy raras ocasiones (pero véase BVerfGE 32, 54, 70; 75, 1, 21 y ss.; intraalemana: BVerfGE

* Karlsruhe, como se ha dicho, es la sede del Tribunal Constitucional alemán. (*Nota del Traductor*).

⁶⁵ Cfr. la propuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al TCF, de que este ha lesionado el artículo 6.1 del Convenio debido a una duración del procedimiento excesivamente larga (dos sentencias del año 1997, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1997, pp. 310 y ss. BVerfGE *ibíd.*, pp. 405 y ss.).

⁶⁶ Sobre ello M. KOTZUR, *Theorieelemente des Internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2000.

⁶⁷ Sobre ello, mi contribución: «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», *Juristen Zeitung* 1989, pp. 913 y ss.

⁶⁸ Cfr. Voto particular de RUPP-v. BRÜNNECK, BVerfGE 39, 1 (68 y ss.); voto particular de SOMMER, BVerfGE 90, 145 (212 y ss., especialmente 221); otros análisis en P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 3.^a edición, 1983, pp. 407 y ss.

79, 127, 144 y 149): el TCF opera la mayoría de las veces con el canon de los clásicos cuatro métodos interpretativos de Savigny. Frente a ello, otros tribunales constitucionales en Europa trabajan más con el Derecho comparado (cfr., por ejemplo, el Tribunal Constitucional español o también la Corte Constitucional italiana), ciertamente de manera encubierta con frecuencia.

Puede ser que el TCF, debido a su elevada reputación también en el extranjero pueda trabajar «más introvertidamente» en confianza que los Estados reformados y los países en desarrollo. Sin embargo, en el futuro podría ser aconsejable una «mirada iuscomparativa» más intensa (la *Supreme Court* de los EE.UU., a pesar de su tradición de más de 200 años, no es demasiado distinguida al respecto⁶⁹).

Sobre todo son de destacar respecto al TCF determinados déficits en materia europea. Por un lado, la tradición, acentuada con la Sentencia de Maastricht (BVerfGE 89, 155), marca, en relación a la Europa en sentido estricto de la Unión Europea, una línea que con razón ha sido muy criticada⁷⁰. Si *aquí* el TCF puede tener también en su comportamiento con rela-

⁶⁹ Ya tempranamente, la *Supreme Court* se retrotrae comparativamente a la tradición jurídica común del círculo jurídico anglo-americano: *Hutardo v. California*, 110 U.S. 516, 528 (1884): aspectos comunes del «due process of law» en Inglaterra y América; *Malinski v. New York*, 324 U.S. 401, 416-17 (1945): «canons of decency and fairness which express the notions of justice of English-speaking peoples»; *Culombe v. Connecticut*, 367 U.S. 568, 602 (1961): «established test in Anglo-American Courts for two hundred years»; *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, 149 (1968): «Anglo-American regime of ordered liberty». Planteamientos generales iuscomparados se encuentran (con mucha cautela, en parte) en decisiones recientes: *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989); *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); cfr. sobre ello, con mayores referencias, M. TUSHNET, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», *Yale Law Journal*, volumen 108 (1999), pp. 1225 y ss.; especialmente, pp. 1230 y ss. Bajo el título «Justices See Joint Issues with the EU» informa E. GREATHOUSE en el *Washington Post* de 9 de julio de 1998 (pp. A 24) de una conversación con los jueces SANDRA DAY O'CONNOR y STEPHEN BREYER, quienes aluden a que la *Supreme Court* de los EE.UU. quiere observar y citar todavía más las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De modo parecido se manifiesta el *Chief Justice* W. REHNQUIST con ocasión de una Jornada germano-americana: «it is time that the United States Courts begin looking to decisions of other constitutional courts to add them in their own deliberative process.» (W. REHNQUIST, «Verfassungsgerichte – vergleichende Bemerkungen», in P. KIRCHHOFF/D. P. KOMMERS (ed.), *Deutschland und sein Grundgesetz*, 1993, pp. 454. La muy baja disposición de la *Supreme Court* para trabajar iuscomparativamente, la critica M. A. GLENDON, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, 1991, pp. 158 («one way 'over-seas trade' in rights»).

⁷⁰ De entre la literatura: J. A. FROWEIN, «Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 54 (1994), pp. 1 y ss.; J. SCHWARZE, *Europapolitik unter deutschem Verfassungsvorbehalt*, *Neue Justiz*, 1994, pp. 1 y ss.; G. HIRSCH, «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht-Kooperation oder Konfrontation?», *Neue Juristische Wochenende* 1996, pp. 2457 y ss.; J. H. H. WEILER, «Der Staat 'über alles'», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 44 (1996), pp. 91 y ss. Recientemente: F. C. MAYER, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000.

ción al TJCE una cierta demanda acumulada de Derecho constitucional europeo, tanto más existe ésta con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta Constitución europea material parcial de la Europa en sentido amplio rige en Suiza y en Austria a escala *constitucional*. El TCF practica sólo un cierto efecto irradiador de la Convención Europea de Derechos Humanos, que rige «por debajo» de la LF, sobre esta última⁷¹. La «europeización interna», que convierte al TCF en un tribunal *constitucional europeo* (junto con el TJCE y el TEDH), podría fortalecerse en el futuro todavía más. Con ello, el TCF tendría todavía más demanda acumulada en materia de ser un «modelo». Hasta ahora, opera «demasiado poco» como jurisdicción constitucional específicamente europea.

B) ¿Cuestionamiento del control normativo abstracto?

El control normativo abstracto implica una competencia especialmente amplia del TCF (art. 93.1, número 2 en relación con el §76 LTCF). Es poco aconsejable, en mi opinión, atribuirle «carácter modélico». Es asumido en otros Estados constitucionales nuevos mucho más raramente. También en Alemania se ha reflexionado una y otra vez sobre su sentido⁷². Entra especialmente lejos en el proceso político. Depende absolutamente siempre de las particularidades de cada Estado constitucional si se quiere permitir un competencia tal tan «política» de su tribunal constitucional. En el caso de Alemania, como «Estado de vía jurídica» típico, se la puede tener como absolutamente acreditada. Es digna de destacarse la introducción de un nuevo caso de control normativo abstracto en la LF (artículo 93.1, número 2 a con relación al artículo 72.2 LF⁷³). Una democracia joven debería, sin embargo, proceder con mucha cautela en la concesión de «competencias abstractas» a su tribunal constitucional (autónomo). Podría poner en peligro todavía más la autoridad a conseguir del tribunal constitucional.

C) ¿Reforma del recurso constitucional de amparo?

El recurso constitucional de amparo (artículo 93.1, número 4a de la LF en relación con §§90 y ss. LTCF) y su reforma⁷⁴ siguen siendo un tema

⁷¹ Cfr. BVerfGE 64, 135 (157); 74, 102 (128), 358 (370).

⁷² Observaciones en BENDA/KLEIN, *ibíd.*, pp. 296. Temprano A. RINKEN, en AK, tomo 2, 2.ª edición, 1989 respecto al art. 93, número marginal 132 (p. 1028). No obstante, alguna decisión «clásica» del TCF se logro por medio del control normativo: por ejemplo, BVerfGE 39, 1; 52, 63; 73, 118; 88, 203.

⁷³ Críticamente sobre ello C. PESTALOZZA, «Das Bundesverfassungsgericht: Bonner Reform-Allerlei '98», *Juristen Zeitung* 1998, pp. 1039 y ss.

⁷⁴ Cfr., por ejemplo, la Comisión Benda, Bundesministerium der Justiz (ed.), *Entlastung des*

permanente. El problema de la sobrecarga puede ser un problema muy profundo⁷⁵, como también el recurso constitucional de amparo es una «perla» jurídica y política en el racimo competencial del TCF. Convierte al TCF en un «tribunal ciudadano» *par excellence*⁷⁶. La «cuota de éxito» es tan baja como grande la jurisprudencia que se alcanza a través de esta vía (por ejemplo, BVerfGE 7, 198, caso «Lüth»; 53, 30, caso «Mülheim-Kärlich»; 87, 181, «Caso de la financiación radiofónica»; 89, 195, sentencia «Maas-tricht»; 97, 350, sentencia del Euro).

El recurso constitucional de amparo transforma al TCF también en modelo: países como España lo han introducido, el proceso de «amparo» en Latinoamérica opera como «paralelo»⁷⁷. En Italia, se discute desde hace mucho tiempo sobre la introducción del recurso constitucional de amparo en la Corte Constitucional en Roma⁷⁸. Alemania, como el país del recurso constitucional de amparo más efectivo⁷⁹, debería mantener su modelo y, por ejemplo, justamente no recepcionar el procedimiento de *libre* admisión en el sentido de la *Supreme Court*. Su cultura constitucional sufriría daños. A ella pertenece también la cada vez más clara doble función del recurso constitucional de amparo: junto a la garantía de la protección jurídica del individuo, la garantía de la Constitución (BVerfGE 33, 247, 258 y ss.; recientemente, 98, 218, 242 ss).

Bundesverfassungsgerichts, Bericht der vom Bundesminister der Justiz eingesetzten Kommission, 1998.

⁷⁵ De entre la literatura: R. ZUCK, «Die Entlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, pp. 95 y ss.; H. H. KLEIN, «Überlegungen zu einer Entlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Festgabe für K. Grasshof*, 1998, pp. 367 y ss.; J. WIELAND, «Das Bundesverfassungsgericht am Scheideweg», *KritV* 1998, pp. 171 y ss.; U. F. H. RÖHL, «Die Funktion der Verfassungsbeschwerde für die Verwirklichung der Grundrechte», cit., pp. 156 y ss.; E. G. MAHRENHOLZ, «Zur Funktionsfähigkeit des BVerfG», *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1997, pp. 129 y ss.; C. KIRCHBERG, «Was wird aus dem Bericht der Benda-Kommission?», *NVwZ* 1999, pp. 375 y ss.

⁷⁶ Cfr. mi contribución: «Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 45 (1997), pp. 89 (112 y ss., 131).

⁷⁷ Sobre ello, por ejemplo, H.-R. HORN, «80 Jahre mexikanische Bundesverfassung – was folgt?», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 47 (1999), pp. 399 (423 y ss.).

⁷⁸ De entre la literatura: J. LUTHER, «Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit», 1990; íd., «Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt», *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* 43 (1995), pp. 475 (480 y ss.); M. DIETRICH, «Der italienische Verfassungsgerichtshof», 1995, pp. 78 y ss.

⁷⁹ Para los enemigos del proceso vigente de amparo constitucional: E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation», *Neue Juristische Wochenende* 1999, pp. 9 y ss.; «Benda-Kommission» (nota 74). Pero véase J. LIMBACH, «Die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das Privatrecht», *Festgabe für Zivilrechtslehrer 1934/35*, editado por W. Hadding, 1999, pp. 383 y ss.

D) ¿La doctrina iusconstitucionalista alemana como mero postglosador del TCF?

La multitud de Literatura que sigue al TCF⁸⁰ y puede valer como «jurisprudencia comentada»⁸¹, la amplitud y en ocasiones profundidad que se ocupa del TCF como tal⁸² plantea la cuestión del papel y autocomprensión de la doctrina iusconstitucionalista alemana. ¿Se ha «entronizado» a sí misma⁸³? ¿Opera como «glosador» o incluso «postglosador» de «Karlsruhe»^{*}? Si es así, ¿debería ello ser asumido por las «comunidades científicas» de otros países? En mi opinión, en la tesis de la «autoentronización» hay escondida una verdad *parcial*.

⁸⁰ Cfr. simplemente los informes jurisprudenciales en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, por ejemplo: P. LERCHE, «Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven», *Archiv des öffentlichen Rechts* 90 (1965), pp. 341 y ss. Recientemente, H. A. WOLFF, «Der Grundsatz 'nulla poena sine culpa' als Verfassungsrechtssatz», *Archiv des öffentlichen Rechts* 124 (1999), pp. 55 y ss. A la serie «Estudios y Materiales de la Jurisdicción constitucional» a cargo de C. STARCK le corresponde gran importancia (recientemente, por ejemplo, K. STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht*, 1997); O. HÖFFE, «Wieviel Politik ist dem Verfassungsgericht erlaubt?», en *Der Staat* 38 (1999), pp. 171 y ss.; R. HÄUBLER, *Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, 1994; A. SCHERZBERG, «Wertkonflikte vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozess», *DVBl.*, 1999, pp. 356 y ss.; D. GRIMM, «Politikdistanz als Voraussetzung der Politikkontrolle», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2000, pp. 1 y ss. Es notable el informe jurisprudencial de J. LUTHER, relativo a los años 1997/98, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 3411 y ss. Asume el rango de un testimonio judicial (también en materia de recurso constitucional de amparo): U. STEINER, «Was Karlsruhe wirklich entscheidet», en *Colloquia für D. Schwab zum 65. Geburtstag*, 2000, pp. 95 y ss.

⁸¹ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.

⁸² Cfr. los artículos de Manual: G. ROELLECKE, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», *HdBStR*, tomo II (1987), pp. 665 y ss.; H. SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en *HdBVerfR*, 2.ª edición, 1994, pp. 1637 y ss., pp. 1253 y ss.; W. LÖWER, «Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts», *ibid.*, pp. 737 y ss. Artículos y monografías: H. SCHULZE-FIELITZ, «Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes», *Archiv des öffentlichen Rechts* 122 (1997), pp. 1 y ss.; I. EBSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985; U. R. HALTERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, 1998; *id.*, «Integration als Mythos», *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* 45 (1997), pp. 32 y ss. Tratados: K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo II, 1980, pp. 933 y ss.; K. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4.ª edición, 1997. Comentarios: por ejemplo, el comentario en el *Alternativkommentar zum GG* de A. RINKEN, AK, tomo II, 2.ª edición, 1989, art. 93 LF, así como G. STURM, en M. SACHS, *Grundgesetz*, 2.ª edición, 1999, arts. 93 y 94.

⁸³ Así, la tesis de B. SCHLINK, «Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Der Staat* 28 (1989), pp. 161 y ss.; sobre ello, también mi contribución: «Ein 'Zwischenruf' zum Diskussionsstand in der deutschen Staatsrechtslehre», *Festschrift für H. Maier*, 1996, pp. 327 (338 y ss.).

* Karlsruhe, como se ha dicho, es la sede del Tribunal Constitucional alemán. (*Nota del Traductor*).

Parte de la doctrina científica alemana tiende a tomarse tan en serio cada frase principal o secundaria de una sentencia como un texto bíblico. Toda comunidad iusconstitucionalista nacional necesita un óptimo de autonomía personal y autonomía profesional frente a la jurisprudencia constitucional. Debe recensionarla y comentarla, pero dejar prevalecer en el diseño de nuevos paradigmas mucha fantasía creativa para que así el tribunal constitucional pueda trabajar en la «integración pragmática de elementos teóricos» y pueda buscar caminos intermedios conforme a una «Constitución del pluralismo». La comparación jurídica como ciencia del futuro tiene aquí su hora. Destaca contextos, relativiza los propios textos y va más allá de los tribunales constitucionales nacionales: por ejemplo, a la comunidad constitucional regional «Europa».

4. PERSPECTIVA

Los especialistas pueden cada vez más referirse a la elevada aceptación que se ha ganado el TCF en su historia de cincuenta años. Grandes prestaciones vitales de jueces individuales han sido descritas biográficamente⁸⁴. El TCF pertenece al consenso básico de nuestra República, precisamente también en la fase de la reunificación alemana. Se ha «acreditado» como sólo otras pocas instituciones y en la comparación jurídica no se puede meramente «dejar ver». Proporciona también a la teoría constitucional comparada impulsos fructíferos. Se puede en todo caso desear que el TCF se conciba todavía con más claridad como «tribunal constitucional europeo» específico, por virtud de una comparación jurídica más fuerte, más abierta, más intraeuropea y por virtud de una apertura más intensa a Europa como «comunidad constitucional en formación». Por lo demás, la sociedad abierta de intérpretes constitucionales en Europa vive la jurisprudencia del TCF muy intensamente. Por todo ello, como alemán en la «Alemania europea» (Th. Mann), sólo se puede, conforme al Homenaje, estar agradecido.

(Traducción del alemán de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO*).

⁸⁴ Cfr. la categoría de «modelos de juez» en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, comenzando con T. RITTERSPACH, siguiendo con H. HÖPKER-ASCHOFF, *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* 32 (1983), pp. 55 y ss.; y recientemente, W. HEYDE sobre H. KUTSCHER, *Jahrbuch des öffentlichen Recht der Gegenwart* 48 (2000), pp. 169 y ss.

* Doctor Europeo en Derecho (UCM). Departamento de Derecho constitucional. Universidad Complutense de Madrid.