

La Jurisdicción Constitucional en la Fase Actual de Desarrollo del Estado Constitucional*

Peter Häberle

Universidade de Bayreuth.

DOI: 10.11117/22361766.11.01.04

SUMARIO: Introducción; 1 Primera parte: fases históricas de desarrollo de la jurisdicción constitucional; comparación jurídica en el tiempo y en el espacio; 1.1 La fase temprana de antes de la Segunda Guerra Mundial; 1.2 La segunda fase de desarrollo; 1.3 La fase de desarrollo de la jurisdicción constitucional desde el *annus mirabilis* de 1989; 1.4 Primeras consecuencias teórico-constitucionales; 2 Segunda parte: un marco teórico; 2.1 El tipo Estado constitucional entre la idealidad y la realidad: un proyecto de desarrollo; 2.2 Los textos clásicos como textos constitucionales en sentido amplio; 2.3 Los tribunales constitucionales como participantes reales y ficticios en el contrato social; 2.4 Tareas de la jurisdicción constitucional; 2.5 El canon metódico (abierto): la comparación jurídica como "quinto" método hermenéutico; 2.6 Los tribunales constitucionales nacionales como tribunales constitucionales europeos; 2.7 Los tribunales constitucionales en el cambio de "judicial activism" y "judicial restraint"; 2.8 El Derecho procesal constitucional como "Derecho constitucional concretizado"; 3 Cuestiones particulares actuales sobre la jurisdicción constitucional. Una observación (selectiva); 3.1 Observación preliminar; 3.2 La elección de los jueces constitucionales; 3.3 El voto particular como "jurisprudencia alternativa"; 3.4 El recurso constitucional de amparo; Perspectiva y conclusión.

INTRODUCCIÓN

El tema elegido es un tema solemne para un día festivo y, al mismo tiempo, un tema práctico de trabajo y del día a día. Para un alemán es el mayor honor poder tratarlo en la "consulta"¹ en presencia de los representantes supremos del órgano constitucional de Italia, la Italia *europaea*.

* Texto da conferência realizada pelo autor nas Jornadas de Estudo do Tribunal Constitucional Italiano, em Roma, no dia 30 de maio de 2003, na presença do Presidente da República Italiana, Sr. Ciampi. O texto agora traduzido foi publicado em alemão, na *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, Editorial N.P. Engel, Kehl am Rhein/Estrasburgo/Arlington. Fascículos 5-8, de 26 de abril de 2004, p. 117-125.

1 "Consulta". Así, en el original alemán (*Nota del Traductor*).

El *genius loci* de tipo singular de Roma, representativa también del comienzo de la cultura jurídica europea, podría ser inspirador para todos nosotros. En la “Sala de imágenes de los tiempos”, nosotros los juristas podemos atravesarla aquí siempre de nuevo, en Roma vemos monumentos y documentos por doquier con los que vinculamos la eterna lucha por la justicia: desde las XII Tablas hasta los Tratados de Roma o los despachos en que fueron creados. Con relación a las personas, hay mucho para elegir si se rememoran las estatuas de su Corte de Casación, desde Cicerón hasta Gayo. No fueron ni son sólo las instituciones, como hoy los órganos constitucionales, los que trabajan al servicio del Derecho, sino que también lo hacen personas concretas, como los jueces constitucionales.

Tratar nuestro exigente tema de hoy es algo que sólo puede hacerse “sobre los hombros de gigantes”. En Alemania son “los gigantes de Weimar”; en Italia, son, sobre todo, grandes juristas de la época de la posguerra que, como miembros de la Asamblea Constituyente y/o como jueces constitucionales de su Corte² en Roma, han puesto en marcha, o han mantenido en funcionamiento, la gran Constitución de 1947. Hay que pensar en C. Mortati, A. Sandulli y L. Paladin,³ por mencionar sólo a los fallecidos.

Desde una perspectiva europea, la Corte se ha trabajado desde hace tiempo un lugar destacado en el círculo de los tribunales constitucionales nacionales y de los otros tribunales constitucionales europeos. Ello se manifiesta en muchas formas y foros: así, en los seminarios regulares dentro de la Corte sobre temas como la proporcionalidad, el Derecho europeo, la inmunidad parlamentaria, la interpretación constitucional, a cuyo efecto también se invita a académicos externos; se muestra en la participación en los encuentros institucionalizados de jueces constitucionales de toda Europa (en 1999, por ejemplo, en Varsovia; en el 2002, en Bruselas) y no en último término en la invitación e integración de jóvenes científicos de países próximos y lejanos, que “trabajan” a la Corte iuscomparativamente.

Bajo la dirección de P. Ridola hacen actualmente estancias entre ustedes no sólo españoles y franceses, sino también colombianos. Pero son, sobre todo, algunas decisiones particulares de la Corte las que han causado gran impresión a lo largo de toda Europa en muchos constitucionalistas y llevan a un diálogo intensivo.⁴ Hay que mencionar, por ejemplo, la jurisprudencia

2 “Corte”. Así, en el original alemán. En adelante, no se indicará nada respecto de esta palabra cuando aparezca tal cual en el texto alemán (*Nota del Traductor*).

3 Sobre L. Paladin: F. Lanchester, “Livio Paladin”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, número 49 (2001), p. 349 ss.; sobre C. Mortati: I. Staff, “Verfassungstheoretische Probleme in der demokratischen Republik Italien”, en: *Der Staat*, 1996, p. 271 ss.

4 Exposiciones regulares sobre el Tribunal Constitucional italiano y su jurisprudencia se encuentran en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, por ejemplo: G. Azzariti, “Die Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 8 (1959), p. 13 ss., con el Reglamento [interno] general de funcionamiento como apéndice (p. 25 ss.); W. Leisner, “Die klassischen Freiheitsrechte in der italienischen Verfassungsrechtsprechung”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 10 (1961),

dencia sobre la libertad religiosa y sus consecuencias para el Derecho electoral; sobre la libertad de creencias y el principio constitucional de laicidad; la jurisprudencia sobre la protección de minorías (discriminación de la minoría lingüística ladina en el Tirol del Sur, así como sobre la pretensión de la minoría lingüística eslovena); sobre el fortalecimiento de las regiones y sobre la Constitución en lo que se refiere a los medios de comunicación social (a configurar de manera pluralista); sobre la praxis inconstitucional de la reiteración de reglamentos legales; sobre el derecho fundamental a la salud y el derecho de defensa con auxilio de un intérprete.⁵ Menciónense especialmente las grandes sentencias sobre las relaciones entre la Corte y la autonomía de las Salas. El espacio público europeo de la jurisdicción constitucional y la Ciencia constitucional que se manifiesta en Revistas y Anuarios, en comentarios y artículos, se constituye, a corto y a largo plazo, también a partir de sentencias clave de la Corte en Roma.⁶

En el marco de este “afinamiento” tipo preámbulo a las tres partes de esta ponencia, esto es, la tríada de la comparación jurídica en el tiempo y el espacio (primera parte), el marco teórico (segunda parte) y una selección de cuestiones individuales actuales sobre la jurisdicción constitucional de hoy (tercera parte), ha de postularse ya en este momento la tesis de la *autonomía* de la teoría del Derecho constitucional. Como ciencia, ésta es “búsqueda eterna de la verdad” en el sentido de W. von Humboldt, no se agota por ello en el comentario de las grandes funciones de la jurisdicción constitucional, sino que debe presentar propuestas teóricas “autónomas”, “tenaces”, “hallar” nuevos paradigmas, que luego un juez constitucional puede reelaborar, “orientado a la justicia”, en el sentido de una integración pragmática de muchos elementos teóricos. La ciencia jurídico-constitucional no puede degenerar en un mero “(post)glosador” de la jurisdicción constitucio-

p. 243 ss.; F. Pierandrei, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation in Italien”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 12 (1963), p. 201 ss.; C. Rossano, “Der Gleichheitssatz und seine Bedeutung für die italienische Verfassung”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 18 (1969), p. 201 ss. De tiempo más reciente: Jurisprudencia de la Corte, por ejemplo por J. Luther, “Die Verfassung in Zeiten des ‘Übergangs’: Italienische Betrachtungen”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), p. 331 ss. (348 ss.); M. Hartwig, “Die Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichts zur Hörfunk- und Fernsehordnung”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 47 (1987), p. 697 ss.

5 Decisiones particulares son reproducidas (en alemán) en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1997, p. 360 ss.; 1998, p. 662 ss.; 1999, p. 375 ss.; p. 373 ss.; 1999, p. 132 ss. (revisada por J. Luther); 2000, p. 542 ss. (revisada por J. Luther); 2000, p. 237 ss. (revisada por J. Luther); 2000, p. 163 ss. (revisada por J. Luther); 2002, p. 613 ss. (revisada por J. Luther).

6 Ejemplares respecto de la artesanía y el arte de la recensión jurisprudencial son los informes jurisprudenciales de T. Ritterspach, también con regularidad: por ejemplo, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1988, p. 41 ss.; p. 70 ss., *ibid.*; p. 106 ss.; *ibid.*, p. 159 ss.; 559 ss.; s. auch *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1989, p. 40 ss., 202 ss., 227 ss., 331 ss.; luego, del mismo, en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1990, p. 25 ss., 74 ss., 211 ss., 423 ss.; más adelante, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1991, p. 30 ss., 376 ss.; *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1992, p. 77 ss., 105 ss., 414 ss. La gran tradición es ahora continuada por J. Luther. Del mismo, véase la tesis doctoral: *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990 y también M. Dietrich, *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1993.

nal, un peligro reconocible sobre todo en Alemania.⁷ Este Credo* es fe y conocimiento ("*Erkenntnis und Bekenntnis*") en uno, algo que no se puede evitar en las cuestiones básicas. La *Ciencia* no se legitima a partir de la democracia, no procede del pueblo, está protegida por un derecho fundamental de un modo autónomo "por sí", por más que tenga responsabilidad ante la comunidad democrática. La jurisdicción constitucional se fundamenta, en último término, a través de la cadena democrática de legitimación "desde el pueblo hasta los órganos estatales" (U. Scheuner).

En medio de todo ello hay que observar el cruce de las opiniones interna y externa sobre nuestro tema. Yo sólo puedo dar "opiniones externas" sobre la jurisdicción constitucional, pero ruego, sin embargo, por este logro cultural del Estado constitucional "desde dentro", por parafrasear una sentencia de Ortega y Gasset relativa a Goethe. Al final, sólo los propios jueces constitucionales pueden formular y expresar sus "opiniones internas". Ello es reconocible, por ejemplo, en la pregunta de cuánto se aventuran los jueces a entrar en el proceso político (palabra clave: movimiento pendular de "judicial activism" y "judicial restraint"); cómo de moderadamente recurren a la posibilidad, por ejemplo en España y en Alemania (posibilidad que no está disponible todavía en Italia), del voto particular; cuánto trabajan con *obiter dicta* y con qué intensidad califican una única teoría como "correcta" en la sentencia en lugar de integrar armónicamente *elementos* teóricos.

También el estilo de la sentencia, imperativo o apodíctico, "dogmático" o modesto, puede expresar la autoconcepción del juez constitucional: en Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica hay aquí grandes diferencias, como también en materia de técnicas de citar.⁸ Al Tribunal Constitucional Federal alemán, por ejemplo, le encantan, además del federalismo de que nos enorgullecemos, las largas decisiones que parecen ejercicios de habilitación (al profesorado universitario); Francia seduce con su brevedad y concisión cartesianas, con su elegancia y estilo.

Finalmente, se puede reconocer en la cultura lingüística de las decisiones jurídico-constitucionales mucha "concepción propia": popular o en jerga gremial. Pero un evento festivo como el de hoy también ofrece la posibilidad de intercambiar "opiniones internas y externas" sobre la jurisdicción constitucional en uno y un mismo foro. Aprovechemos esta oportunidad sin temor.

7 Sobre ello, recientemente, M. Kloepper, „Vom Zustand des Verfassungsrechts“, *Juristen Zeitung* 2003, p. 481 (483 ss.).

* "Credo". Así, en el original alemán (*Nota del Traductor*).

8 Sobre el diferente estilo sentenciador: P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 30 ss.

1 PRIMERA PARTE: FASES HISTÓRICAS DE DESARROLLO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL; COMPARACIÓN JURÍDICA EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

Sólo a modo de introducción, recuérdense las etapas del desarrollo histórico del hoy exitoso modelo de la “jurisdicción constitucional”, de tal modo que la exploración en las dos dimensiones del tiempo (la historia) y el espacio (la comparación) aúne a ambas como dos lados de la misma materia: la “jurisdicción constitucional” (en la dimensión institucional, competencial y personal).

1.1 La fase temprana de antes de la Segunda Guerra Mundial

Junto a la “jurisdicción constitucional no autónoma” en la forma de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica (*Marbury versus Madison* ha tenido su ducentésimo aniversario) y junto al Tribunal del Estado de la Constitución del Imperio de Weimar, dotado sólo con modestas competencias pero respetablemente autónomo (1919), el mérito de ser el pionero se lo debemos a Austria. Este país, junto con los relevantes textos clásicos de Hans Kelsen, hizo surgir a la jurisdicción constitucional autónoma. Su efecto ejemplarizante irradia considerablemente a medio y a largo plazo. Las tempranas ideas federales tuvieron eficacia legitimadora especialmente en Alemania,⁹ lo que es una clave del viejo Consejo Federal de la Constitución de Bismarck de 1871 (artículo 76).

Ciertamente, los antecedentes se remontan hasta la Constitución de la Iglesia de San Pablo de 1849 (§§ 125 a 128) y es un gusto muy alemán, hasta hoy extendido, pretender decidir las controversias lo más intensivamente posible ante los tribunales y no tanto político-democráticamente [recientemente, en los asuntos AWACS* o Guerra de Irak: BVerfGE 90, 286 o *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1994, 281; 100, 266 o *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1999, 355 (Kosovo) así como la decisión 2 BvQ 18/03 del 25 de marzo de 2003 (Irak)].

9 De entre la literatura sobre la historia (de la jurisdicción constitucional), desde una perspectiva europea: M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità nel diritto comparato*, 1968; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1919-1939)*, 1987; J. Luther, “Vorstufen europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit um 1900”, en: M. Kirsch/P. Schiera/A. Kosfeld, *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft*, 2002, p. 279. Desde una perspectiva alemana: U. Scheuner, “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert”, en: *BVerfG und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des BVerfG*, I, 1976, p. 1 ss.; K. Hesse, “Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 46 (1998), p. 1 ss. – Gran literatura de Manual: C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª edición, 1990; E. Benda/E. Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 2ª edición, 2001. Literatura de comentario destacada: A. Voßkuhle, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG III*, “Art. 93, 94” (2001); AK-Rinken, 2ª edición, (1989), vor “Art. 93 GG”.

* Abreviatura de *Airborne Warning and Control System* (Nota del Traductor).

Las correspondientes doctrinas desarrolladas en los Estados Unidos de Norteamérica, como la “preferred freedoms doctrine” o la doctrina de las “political questions”,¹⁰ tuvieron éxito en la Vieja Europa sólo después de la Segunda Guerra Mundial, pero, por así decirlo, estaban preparadas para el proceso de recepción creativa, si bien serían asumidas sólo con modificaciones o también rechazadas.

1.2 La segunda fase de desarrollo

Esta fase comienza después de 1945, lo que no es ninguna coincidencia, porque el rechazo de los Estados totalitarios o autoritarios en Europa, la construcción de Estados constitucionales democráticos hizo poner la mirada en la posibilidad de una jurisdicción constitucional conformada como de costumbre.

Realmente, se puede decir que en el viejo continente, la “hora estelar” de la jurisdicción constitucional autónoma comienza entonces. Uno tras otro, desarrollan ejemplarmente el modelo Italia (1947) y la República Federal Alemana en su Ley Fundamental (1949);¹¹ antes fueron las Constituciones de los *Länder* de Baviera y Essen (1946); más bien tanteando lentamente pero luego más fortalecida, Francia en la forma del *Conseil Constitutionnel* de la Quinta República (1958), aquí incluso en procesos de crecimiento que “van recogiendo” competencias, autoridad y legitimidad a través, por ejemplo, del Preámbulo concebido normativamente y, con ello, de los derechos humanos.¹²

Portugal (1976) y España (1978) siguieron con tribunales constitucionales dotados con competencias especialmente ricas y comienza, tanto en el ámbito institucional como también en la jurisprudencia práctica, una “conversación” intensiva entre los tribunales constitucionales de Europa, por aquel entonces desde luego todavía no reunificada. No puede quedar fuera de la mirada Suiza, que confía, tanto en la vieja (1874) como en la nueva Constitución Federal (2000), al Tribunal Federal en Lausana la jurisdicción constitucional material, bien que limitada (artículo 289 de la nueva Constitución Federal).¹³

10 Sobre la doctrina de las “political questions” ya la controversia entre H. Ehmke y E. Friesenhahn en *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 20 (1963), p. 121 ss. (Discusión). Por lo demás: W. Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972; W. Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 1993, p. 19 ss.; M. Piazzolo, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politische Fragen*, 1994. Menciónense, finalmente, dos “leading cases” sobre la doctrina de las “political questions” *Pacific States Tel. & TCO. v. Oregon*, 223 U.S. 118; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186.

11 Sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán como “modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, véase mi contribución del mismo título en: *Festschrift 50 Jahre BVerfG I* 2001, p. 311 ss.

12 De la literatura: K. Oellers-Frahm, “Demokratieverständnis und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich”, *Festschrift Doebling*, 1989, p. 691 (699 ss.); J. Junker, *Die Konstitutionalisierung des Asylrechts durch den französischen Verfassungsrat*, 2002, p. 47 ss.

13 Representativo de la floreciente doctrina de Derecho político de Suiza: D. Thürer/J.-F. Aubert/J.P. Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001.

Deben destacarse los dos “tribunales *constitucionales* europeos” en Luxemburgo y Estrasburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde mi perspectiva, se pusieron en marcha desde el principio para ser tribunales constitucionales autónomos sectorialmente limitados, esto es, en el marco del Derecho constitucional de la Unión Europea (antes, Comunidad Económica Europea) o en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.¹⁴

En los últimos años, ello salta más a la vista por la intensidad del intercambio científico o pretoriano y la comparación jurídica de los tribunales constitucionales a escala nacional y europea (fortaleciéndose recíprocamente), por más que ello no siempre se diga con suficiente claridad en las sentencias.¹⁵ Piénsese simplemente en principios como el Estado de Derecho; la proporcionalidad; los derechos fundamentales particulares; una cláusula, escrita o no, del contenido esencial de los derechos fundamentales;¹⁶ o las muchas garantías particulares del “due process”, que hace mucho que son de naturaleza europeo-comunitaria y forman parte de la cultura (jurídica y constitucional) comunitaria europea.

1.3 La fase de desarrollo de la jurisdicción constitucional desde el *annus mirabilis* de 1989

Desde 1989, la marcha triunfal de la jurisdicción constitucional sigue ganando velocidad.¹⁷ Absolutamente todos los Estados reformados en la Europa del Este (así como todos los cinco nuevos Länder federados alemanes) crean una jurisdicción constitucional de tipo autónomo y muchos de ellos practican también “refinamientos” como el voto particular (así, por ejemplo, en Kiev o el Zagreb). Algunos países comienzan con el dominio de los problemas de la transición [así, especialmente consciente, el Tribunal Constitucional en Hungría,¹⁸ que conoce incluso del amparo constitucional popular, como por lo demás también Baviera (1946) y Colombia (1991/96: artículos 241, 242)].

14 Sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos: J.A. Frowein/W. Peukert, *EMRK-Kommentar*, 2ª edición, 1996.

15 De la literatura: M. Piazzolo (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1995.

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

17 De la literatura: A. von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1991; L. Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, 3ª edición, 1996.

18 Sobre ello, J.A. Frowein/T. Marauhn (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998. Sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional húngaro: L. Sóloyom, *ibidem*, p. 554 ss. (Discusión); G. Brunner, “Grundrechtsschutz durch Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa”, *Festschrift Stern*, 1997, p. 1041 ss.

En toda Europa es reconocida también la rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales en Polonia, Croacia y Eslovenia. La jurisdicción constitucional asume en Europa oriental (ahora también, en los Balcanes, en Bosnia, con nuevos textos)¹⁹ una función frecuentemente de largo alcance en la difícil vía al desarrollo desde el Estado comunista unitario a la democracia pluralista. Lleva a cabo no sólo “interpretación constitucional”, sino también, en una consideración material, *legislación* constitucional puntualmente creativa.

De ello puede deducirse el dato de que la función de la jurisdicción constitucional es variable, flexible en el tiempo y en el espacio. Puede convertirse en autoridad conformadora de la Constitución según la fase de desarrollo del concreto Estado constitucional que ella contribuye a garantizar.

La jurisdicción constitucional está incluida como elemento y garantía del “constitucionalismo latinoamericano” que se va perfilando.²⁰ Si, ya a mediados del siglo XIX, México había creado pioneramente el proceso del amparo,²¹ hoy puede alardear de su *Supreme Court* tan vital. En cuatro Estados miembros mexicanos hay incluso una jurisdicción constitucional regional propia (allí llamada “Justicia constitucional local”)²². La jurisdicción constitucional autónoma es, en muchos países latinoamericanos, un componente integrante de la vida constitucional. El engreimiento eurocéntrico es, a mi juicio, inadecuado. Colombia puede desmembrarse con una guerra civil, pero su jurisdicción constitucional tan intensiva crea textos pretorianos que, por primera vez en el mundo, luego pueden desarrollar fuerza normadora e incluso se crean “en reserva” (si se quiere, un tanto de utopía, del que, por lo demás, también el Estado constitucional vive). Menciónese simplemente al tribunal panamericano en Costa Rica (para la Convención Americana de Derechos Humanos).²³

19 Sobre ello, W. Graf Vitzthum (ed.), *Europäischer Föderalismus*, 2000. Véase también E. Saræviæ, “Verfassunggebung und ‘konstitutives Volk’: Bosnien-Herzegowina zwischen Natur- und Rechtszustand”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), p. 493 ss.

20 Sobre el “constitucionalismo latinoamericano”: P. Häberle, “Ein ius commune americanum”, en: Íd./M. Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, 2003, p. 1 ss.; H.-R. Horn, “Generationen von Grundrechten im kooperativen Verfassungsstaat – Iberoamerikanische Beiträge zum Konstitutionalismus”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 51 (2003), p. 663 ss. (Nota del Traductor: una traducción nuestra al castellano de este último artículo se publicará en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004).

21 Sobre ello, E. Ferrer Mac-Gregor, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, 2002; D.G. Belaunde, “Latin American Habeas Hábeas”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 49 (2001), p. 513 ss.; N. Lösing, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, 2001.

22 E. Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, 2002; E. Ferrer Mac-Gregor/R. Vega Hernández (Coord.), *Justicia Constitucional Local*, 2003.

23 Sobre ello, véase: García Ramírez (Coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2001.

1.4 Primeras consecuencias teórico-constitucionales

Planteemos las primeras consecuencias: la expansión casi mundial de la jurisdicción constitucional arroja algo más que simples “materiales” para el marco teórico. Sin embargo, no podemos decir en el sentido de Hegel: lo racional es real y lo real es racional; ello es tan lógico para algunos principios del tipo “Estado constitucional” (la dignidad humana, por ejemplo) – el tipo ideal del Estado constitucional sigue estando demasiado “achacoso” y “reincidente” tanto en su conjunto como en sus particularidades. Pero la jurisdicción constitucional pertenece, desde luego, al programa de contraste ideal y real frente a todo totalitarismo, tanto de derechas como de izquierdas.

La jurisdicción constitucional es un garante esencial, aunque no el único, frente a todo sistema totalitario o autoritario. Dicho de otro modo, la *realidad* constitucional viva, también, gracias a la jurisdicción constitucional, del Estado constitucional transforma cualquier *teoría* de la jurisdicción constitucional en un factor “constitucional” (“razonable”).

La mirada hacia el nivel jurídico-internacional es natural: los tribunales creados por la ONU en los ámbitos de la ex Yugoslavia y Ruanda, de un lado, y ahora, de otro lado, el Tribunal Penal Internacional, no por casualidad bautizado en Roma,²⁴ constituyen piedras de mosaico en el camino hacia una “Constitución de la Comunidad internacional”, como la concibió Verdross ya en 1926.²⁵ El Tribu-

24 Texto del Estatuto: A/CONF. 183/9 v. 17.7.1998; traducción alemana en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1998, p. 618 ss. De la literatura: Ch. Tomuschat, “Das Statut von Rom für den internationalen Strafgerichtshof”, *Friedens-Warte* 73 (1998), p. 335 ss.; A. Zimmermann, “Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998), p. 47 ss.; C. Stahn, “Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH)”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1998, p. 577 ss., 590 ss.; U. Fastenrath, “Der Internationale Strafgerichtshof”, *Juristische Schulung* 1999, p. 632 ss.; K. Ambos, “Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein Überblick”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1998, p. 3743 ss., 3746; id., “‘Verbrechenselemente’ sowie Verfahrens-Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, p. 405 ss. En este contexto, no pueden dejar de observarse también los esfuerzos de las Comunidades de responsabilidad, sobre todo en la Unión Europea, para el desarrollo de una administración de justicia penal funcional: cfr., por ejemplo, G. Dannecker, “Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *Juristen Zeitung*, 1996, p. 809 ss.

25 A. Verdross, “Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung”, 1923, p. 126 ss.; desarrollado programáticamente en: id., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; véase también, finalmente, id./B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3ª edición, 1984, p. 59 ss. De la abundante doctrina iusinternacional sobre el tema constitucional: A. Ross, *The Constitution of the United Nations*, 1950; C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, 1958, p. 26; H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, 1980, p. 16; Ch. Tomuschat, “Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen”, *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 36 (1978), p. 7 ss.; 52 (“Constitución iusinternacional de acompañamiento”); id., “Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen”, en: VN 1978, p. 1 ss., 2 (Carta de Naciones Unidas y Pactos de Derechos Humanos como “núcleo de una futura Constitución mundial”); L.-C. Chen, *An Introduction to Contemporary International Law*, 1989, p. 437 (“global constitutive process”); A. Watts, “The International Rule of Law”, en: *German Yearbook of International Law* 36 (1993), p. 15 ss., 22 (“quasi-constitutional framework”); N. Onuf, “The Constitution of International

nal Penal Internacional,²⁶ como institución permanente, puede no sólo constitucionalizar “pieza a pieza” el Derecho internacional, sino que también puede tener efecto irradiador en el interior de cada Estado constitucional-parte: elementos del Derecho mundial y del Estado constitucional nacional colaboran aquí hacia el futuro.²⁷

Los jueces ejercitados en el Derecho constitucional nacional insertan en las deliberaciones de sentencia su instrumental jurídico, tanto metódicamente como en cuanto al fondo. El Tribunal Penal Internacional puede ser, de modo indirecto, una pieza para la jurisdicción constitucional: en la medida en que el Derecho penal europeo comunitario, también americano comunitario, es *indirectamente* Derecho constitucional (no sólo en las garantías del *due process*).

2 SEGUNDA PARTE: UN MARCO TEÓRICO

2.1 El tipo Estado constitucional entre la idealidad y la realidad: un proyecto de desarrollo

El Estado constitucional es el resultado “provisional” de una larga historia de desarrollo en el espacio y en el tiempo. En el mismo hay hoy solamente tanto Estado como el que constituye la *Constitución* (R. Smend), un rechazo de todas las teorías del Estado del absolutismo tardío, y en la Europa de hoy la Constitución del Estado nacional se ha transformado en una Constitución *parcial* en el contexto de la Constitución europea adolescente’.

El “Estado constitucional europeizado” experimenta tantos contratiempos una y otra vez y sigue siendo tan propenso al error como estando en peligro, porque es vivido por hombres concretos: es un logro *cultural par excellence* en el que han cooperado muchas épocas, naciones y ciudadanos, desde los pensadores clásicos de la vieja Grecia hasta los pensadores mo-

Society”, en: *EJIL* 5 (1994), p. 1 ss., 7 ss., 15 ss. (p. 18: Chapter I of the UN-Charta as the “international society’s material constitution”); P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edición, 1998, p. 191 ss.; B. Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, en: *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998), p. 529 ss., 546 y passim; M. Nettesheim, “Das kommunautaire Völkerrecht”, *Juristen Zeitung* 2002, p. 569 ss., 578 (“Derecho comunitario mundial”).

26 Sobre el Tribunal Penal Internacional: M. Kotzur, “Weltrecht ohne Weltstaat”, *DÖV* 2002, p. 195 ss.

27 Detalles sobre ello ya en P. Häberle, “Das ‘Weltbild’ des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und ‘letztem’ Geltungsgrund des Völkerrechts”, *Festschrift M. Kriele*, 1997, p. 1277 ss.; G. Teubner, “Privatregimes = Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgemeinschaft”, *Liber amicorum S. Simitis*, 2000, p. 437 ss.; el “texto clásico” sobre la “comunidad mundial” lo proporciona N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, p. 551 ss.; desarrollado por R. Stichweh, “Zur Theorie der Weltgesellschaft”, *Soziale Systeme* 1 (1995), p. 29 ss.; recientemente, M. Kotzur, “Weltrechtliche Bezüge in nationalen Verfassungstexten”, en: M. Schulte (Hrsg.), *Weltrecht*, 2003.

* Sobre el pensamiento de Häberle sobre este punto, con más detalle, véase su trabajo “Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG – eine Problemskizze”, en Dieter Dörr, Udo Fink, Christian Hillgruber, Bernhard Kempen, Dietrich Murswiek (eds.), *Die Macht des Geistes. Festschrift für Harmut Schiedermair*, C.F. Müller, Heidelberg, 2001, p. 81 ss. (Nota del Traductor).

ernos como Montesquieu, Rousseau, Kant y por último J. Rawls y H. Jonas (*El principio de responsabilidad*, 1979, que se transforma en programa constitucional en la protección medioambiental), pasando por los mayores juristas, los romanos, que lo eran porque trabajaban pragmáticamente.

Para el Estado constitucional son elementales la dignidad humana como *premisa* antropológico-cultural y la democracia pluralista como su *consecuencia* organizatoria en todas sus variantes, hasta la democracia semidirecta en Suiza. El Estado de Derecho, la división horizontal de poderes, los derechos del hombre se suman a lo anterior, al igual que los llamados derechos políticos o “libertades públicas”, como los llama la Constitución española (Capítulo II, Sección 1ª). Otra creación es el federalismo y su “pequeño hermano” el regionalismo, legitimados a partir de la idea de la división vertical de poder. Ejemplos de ello son Gran Bretaña (Escocia, Gales) y también se habla ahora incluso en París de la “Francia de las regiones”. Justamente Italia se caracteriza al respecto por un impresionante proceso de transformación: las riqueza de imágenes de las ciudades y paisajes culturales de Italia constituye el *humus* ideal para una *res publica* que se está convirtiendo en un federalismo.²⁸

La división de poderes hay que continuarla también en el interior de los ámbitos *sociales*, por ejemplo como división social de poder entre los empresarios y los trabajadores o como división publicística entre la prensa y la radiodifusión y la televisión. La publicidad recibida (materialmente, en atención a la *res publica* y a la *salus publica*) de Cicerón debe ser comprendida pluralmente, lo que rige sobre todo para el ámbito de los medios de comunicación. El poder económico acumulado, el poder mediático y el poder político ponen en peligro el núcleo de la sociedad abierta en el sentido de Popper.

En esta imagen global de principios, instituciones, procedimientos, corresponde a la jurisdicción constitucional un lugar destacable. El proceso político legitimado democráticamente *de forma directa* y la jurisdicción constitucional legitimada democráticamente *de forma indirecta* están en una relación de diferenciación, de cooperación, pero también de tensión y ello al servicio de la Constitución. Cada juez constitucional tiene, literalmente, que sostenerlos en su decisión, con frecuencia hasta en sus problemas de conciencia. Si el artículo 1º de la Constitución italiana habla de una “República fundada en el trabajo”, con ello se alude también ciertamente a su trabajo como Juez constitucional. La propuesta de de fundamentar la República en el “mercado” no se hizo nunca, afortunadamente, texto constitucional.

28 De la literatura: A. D' Atena, *L'Italia verso il federalismo*, 2002; A. Anzon, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, 1995; id., *I poteri delle Regioni: dopo la Riforma Costituzionale*, 2002; T. Groppi, *Federalismo e costituzione*, 2001. Sobre el regionalismo: J. Woelk, *Konfliktregelung und Kompetenzen im italienischen und deutschen Verfassungsrecht*, 1999; P. Häberle, “Föderalismus, Regionalismus, Kleinstaaten – in Europa”, en: G. Zagrebelsky (a cura di), *Il federalismo e la democrazia europea*, 1994, p. 67 ss.

2.2 Los textos clásicos como textos constitucionales en sentido amplio

Junto a los textos constitucionales de Derecho positivo de una Constitución escrita y las formas de manifestación no escritas (por ejemplo, el Derecho judicial), como textos constitucionales en sentido estricto, surgen los textos constitucionales en *sentido amplio* como una parte de la *cultura*. Se hace referencia a los textos clásicos de grandes pensadores, ya mencionados.²⁹ Ellos nos guían a los juristas, pero también guían el proceso político.

Todavía hoy leemos la Constitución “con los ojos” de Montesquieu o Kant, también con los de Popper. Al respecto, también las palabras de los poetas se pueden convertir en textos constitucionales en sentido amplio, lo que es evidente en el caso de F. Schiller (“Sire, dé usted libertad de pensamiento”: *Don Carlos*). También provocaciones como la de B. Brecht (“Todo el poder estatal procede del pueblo, pero: ¿adónde va?”) son relevantes, lo mismo que para Italia el coro de esclavos de *Nabucco*^{*} como “himno nacional secreto” frente a “Padania”. Dicho brevemente, los textos clásicos desarrollan fuerza normativa en el tiempo y en el espacio. En especial para la jurisdicción constitucional, se acreditan H. Kelsen y, después de 1945, G. Leibholz³⁰ en forma de su “informe sobre el *status*” del Tribunal Constitucional Federal Alemán^{*}, como textos clásicos; en Italia quizás las conferen-

29 P. Häberle, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; M. Kotzur, “Die Wirkungsweise von Klassikertexten im Völkerrecht”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 49 (2001), p. 329 ss.

* Con ello se alude a la obra de teatro, escrita por Schiller en 1787, “Don Carlos”, que era una versión teatralizada inspirada en el Príncipe Carlos, hijo primogénito de Felipe II que padecía una enfermedad mental que le hacía ser tremendamente cruel y hasta sádico y que este se vio obligado a desheredar. Este personaje fascinó a poetas y músicos del romanticismo europeo. Schiller fue el primero que lo convirtió en un héroe romántico y luego Verdi se basó en esta obra para componer su impresionante ópera *Don Carlo* (Nota del Traductor).

* Ópera de Verdi, compositor romántico, que presta mucha atención al exilio del pueblo hebreo en Babilonia y cuya escena del coro de esclavos se convirtió en símbolo de protesta política. El coro que interpretan los esclavos se convirtió pronto en un himno del *Risorgimento* italiano, y en una suerte de clamor del pueblo italiano, que se sintió muy identificado con los versos de este coro, contra el dominio que los austríacos habían instaurado en Italia. El título originario de la obra era Nabucodonosor, pero el pueblo lo bautizó enseguida como Nabucco y hoy se conoce con ese nombre (Nota del Traductor).

30 G. Leibholz, “Der Status des Bundesverfassungsgerichts”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 6 (1957), p. 109 ss.; H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Otros textos clásicos en: P. Häberle (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976. Un texto clásico “reciente” es: R. Smend, “Festvortrag” (1962), en: *Das BVerfG 1951 – 1971*, 1971 (también en: P. Häberle (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 329 ss.).

* Cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán comenzó a funcionar fue ubicado bajo la autoridad del del Ministro Federal de Justicia, en cuanto que pertenecía al Poder Judicial. Ello dio lugar a una reacción enérgica por parte de diversos jueces constitucionales en defensa de su autonomía en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y en junio de 1952, tras varios meses de discusiones, el tribunal elaboró un duro informe en el que se reclamaba, en suma, autonomía plena. El informe provocó reacciones airadas por parte del Gobierno, y particularmente del Ministro de Justicia, y en general dio lugar a una encendida polémica en la arena política, en la que los socialdemócratas y el *Bundesrat* se alinearon, en términos generales, con las propuestas de los jueces constitucionales, mientras que la coalición gobernante, y mayoritaria en el *Bundestag*, generalmente se oponía. Pero, en todo caso, la lucha real se libró entre el Ministro de Justicia y el Tribunal Constitucional, es decir, entre dos viejos compañeros de partido (en el Partido Demócrata Liberal) que habían compartido en su día una experiencia parlamentaria

cias de los padres constituyentes y el Manual de C. Crisafulli.³¹ “Marbury vs. Madison” (1803) es un texto clásico de la mano de un juez, como los *Federalist Papers* (1787) no pueden en absoluto ser sobreestimados para el Estado Constitucional.

2.3 Los tribunales constitucionales como participantes reales y ficticios en el contrato social

El paradigma del contrato social,³² desde J. Locke hasta J. Rawls, pasando por I. Kant, tiene hoy que incluir también a la jurisdicción constitucional. La Constitución es un diario “tolerarse y soportarse de todos los ciudadanos”.

Si la “mesa redonda” como gen cultural de la humanidad ha hecho historia a escala planetaria desde Polonia en los años 80, quizás practicado ello antes en la mesa redonda del Rey Arturo, de igual modo se puede hacer útil para la jurisdicción constitucional al contrato social. Dicha jurisdicción participa en el mantenimiento, y reafirmación y progreso diarios, del contrato social, comprometida con el desarrollo de la Constitución como proceso público. Sus competencias frecuentemente amplias lo muestran, al igual que su responsabilidad, por la que velan conscientemente los jueces y ello no sólo en las decisiones llamadas centrales y en las sentencias básicas. Por lo menos, se puede decir que la jurisdicción constitucional tiene participación “pro indiviso” en la responsabilidad, en el “trabajarse el consenso básico” de un pueblo. En la sociedad abierta de los constituyentes e intérpretes constitucionales le corresponde un lugar profesional y especialmente próximo a los ciudadanos.

común: Thomas Dehler, Ministro de Justicia, y el respetado Presidente del Tribunal, Hermann Höpker Aschoff. Lo cierto es que el prestigio creciente del Tribunal, su labor jurisprudencial – callada, pero decidida y efectiva – y su rol integrador hicieron que en 1953 el *Bundestag* pusiese término a la dependencia del Tribunal Constitucional del Ministro de Justicia, y en 1960 todas las exigencias del informe de 1952 habían sido ya asumidas, si bien la plena autonomía no se consagró hasta 1975, al dictarse el Reglamento interno del propio Tribunal, aprobado por su Pleno. El autor del Informe en cuestión, tan transcendental, fue el aludido G. Leibholz, cuyo proyecto no fue siquiera discutido antes de su aprobación. El texto de este informe (“Bericht an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur ‘Status Frage’”, de 21 de marzo de 1952), puede consultarse en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (número 6, 1957, p. 120 ss.). Anuario éste que fue dirigido por Leibholz y que hoy, por cierto, dirige el propio Häberle. Sobre este episodio, con más detalles y bibliografía (en alemán), véase Joaquín Brage Camazano, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 37 ss. (Nota del Traductor).

31 Sobre él: D. Nocilla, “Crisafulli – ein Staatsrechtslehrerleben in Italien”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 44 (1996), p. 255 ss.

32 Sobre la trasposición del paradigma del contrato social al Tribunal Constitucional Federal alemán: P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 425 (438 ss.). Sobre ello, también H. Schulze-Fielitz, “Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 122 (1997), p. 1 (14 ss.). Otras perspectivas en: G.F. Schuppert/Ch. Bumke (ed.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000. Otra literatura básica: C. Walter, “Hüter oder Wandler der Verfassung?”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 125 (2000), p. 517 ss.; U. Haltern, “Integration als Mythos”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 45 (1997), p. 31 ss.

En la acción popular, también en la acción colectiva, como en Colombia, salta ello a la vista, pero también en la actividad normal de los jueces constitucionales podría proporcionar el paradigma clásico del contrato una adquisición de conocimiento: realizado en la realidad y construido ficticiamente (en el sentido del “como si” de un I. Kant). Quizás se elabore pronto un “contrato social europeo”: en la forma de un referéndum a lo largo y ancho de Europa sobre la Constitución de la Unión Europea (en el “contrato intergeneracional” hay otro campo mayor de aplicación).

2.4 Tareas de la jurisdicción constitucional

Las concretas tareas de una jurisdicción constitucional resultan de la Constitución positiva o de sus regulaciones competenciales. Pero detrás de ello está “lo general”: la tarea de limitación del poder, de igual modo que la Constitución en conjunto también es restricción del poder (no sólo “norma y tarea”, “estímulo y barrera”: U. Scheuner y R. Smend); luego, la protección de los ciudadanos, especialmente allí donde hay acceso directo al tribunal constitucional (el recurso de amparo), de ahí el dicho del tribunal constitucional como “tribunal cívico” *par excellence*; otra tarea más es la integración de los órganos constitucionales, en cualquier controversia; también la protección de las minorías, que en los Estados federales frecuentemente se logra a través de los conflictos o controversias federales, corresponde a ello (cfr. artículo 93.1, números 2 y 3 de la Ley Fundamental de Bonn).

2.5 El canon metódico (abierto): la comparación jurídica como “quinto” método hermenéutico

F. C. von Savigny ha canonizado los cuatro métodos clásicos de interpretación, también con referencia a juristas romanos, como Celso. A mi juicio, desde hace ya tiempo se ha añadido en la práctica la comparación jurídica como “quinto” método hermenéutico,³³ ahora hay que acreditarla también teóricamente como tal sin por ello afirmar una jerarquía preestablecida.

El “pluralismo metódico” implica que la interacción de los cuatro o cinco métodos interpretativos no es determinable de antemano tampoco ni siquiera para los jueces constitucionales. El peso de los “elementos de interpretación” depende del caso concreto; se controla a través de contenidos últimos y penúltimos de justicia del juez experimentado (su “juicio”), materialmente por principios constitucionales y también textos de los clásicos [por ejemplo, los textos desde Aristóteles hasta J. Rawls, cfr. BVerfGE 101,

* Parece referirse el autor al imperativo categórico de Kant: “Obra como si la máxima de tu acción pudiera ser erigida, por tu voluntad, en ley universal de la naturaleza” (Nota del Traductor).

33 Sobre la comparación jurídica como “quinto” método interpretativo: P. Häberle, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, *Juristen Zeitung* 1989, p. 913 ss.

158 (218) = *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1999, 617 (641)], que operan orientativamente desde el resultado.

En Europa hay que tomar en consideración, hoy en día, las cadenas de precedentes de otros tribunales constitucionales europeos. La comparación jurídica se refiere, en el Estado constitucional, a la flexible tríada de textos, teorías y doctrinas jurisprudenciales. La labor científica con colaboradores de otros países y culturas jurídicas, como aquí en Roma, puede y debe aportar muchos trabajos preliminares. Así, es conocido que el Tribunal Constitucional en Madrid ha recepcionado elementos del federalismo alemán; la carrera del concepto smendiano de la “lealtad federal” en toda Europa, hasta en Bélgica, es paradigmática.³⁴ El Tribunal Constitucional Federal Alemán puede aducir un efecto irradiador de su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales a lo largo de Europa, también de su jurisprudencia del pluralismo en el ámbito de los medios de comunicación social³⁵ (cfr. también el artículo 20.3 de la Constitución española).³⁶

2.6 Los tribunales constitucionales nacionales como tribunales constitucionales europeos

La Constitución europea de hoy es un ensamblado de Constituciones *parciales*. Por una parte, elaborada en la Europa en sentido estricto de Roma/Maastricht/Ámsterdam/Nizza; por otra parte, a partir de las subsistentes Constituciones de los Estados nacionales, que siguen estando protegidas como parte de la “identidad nacional”. En la Europa en sentido amplio, esto es, en el ámbito de la OCDE (actualmente, cincuenta y cinco miembros) y del Consejo de Europa (ahora, cuarenta y cinco países miembros) se añaden el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en Suiza y Austria rige incluso con rango constitucional, y los textos de la OCDE, si bien con frecuencia estos sólo constituyen el así llamado “soft law”.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁷ podría, sin embargo, desarrollar crecientemente una fuerza normativa real (en la vieja Europa de la Unión Europea, es decir, de los Quince y pronto de los Veinticinco y más allá). Los dos tribunales constitucionales europeos en Luxemburgo y Estrasburgo³⁸ son tales gracias a sus textos de referencia, que vienen a ser Constituciones parciales.

34 A. Alen/P. Peters/W. Pas, “‘Bundestreue’ im belgischen Verfassungsrecht”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 42 (1994), p. 439 ss.

35 Desde BVerfGE 12, 205 (259 ss.).

36 M. Schellenberg, “Pluralismus: Zu einem medienrechtlichen Leitmotiv in Deutschland, Frankreich und Italien”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 119 (1994), p. 427 ss.

37 Sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora véase el *Kommentar* editado por J. Meyer, 2003; véase también G. Zagrebelsky (ed.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, 2003.

38 De la literatura: E.G. Mahrenholz, “Europäische Verfassungsgerichte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 49 (2001), p. 15 (20 ss.).

Recuérdese también que cada tribunal constitucional nacional, en la aplicación del Derecho Constitucional de la Unión Europea y/o del Derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos es un tribunal comunitario europeo o un tribunal constitucional europeo. Incluso el pequeño tribunal de distrito de Bayreuth o el más pequeño tribunal de Palermo se transforma materialmente en este contexto en un “tribunal constitucional” y ello debido a su vinculación a la ley y al Derecho. El espacio público europeo surge así también a través del *espacio público europeo de la jurisdicción constitucional*, diaria y constantemente. ¡El espacio público constitucional europeo tiene un distinguido garante en todos nuestros tribunales constitucionales! (permítasenos aquí por una vez el pronombre posesivo).

2.7 Los tribunales constitucionales en la fluctuación de “judicial activism” y “judicial restraint”

Aquí poco se puede predecir desde una perspectiva científico-dogmática. Hay fases y sentencias particulares en las que un tribunal constitucional nacional o europeo interviene ampliamente en el espacio político (se hallan ejemplos tanto en los Estados Unidos de Norteamérica³⁹ como en Alemania); hay fases en las que uno de ellos, por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal alemán, quizás también bajo la presión de la ciencia, se retracta algo (por ejemplo, respecto de la libertad de reunión)⁴⁰ o debería hacerlo (por ejemplo, la relación de la libertad de opinión respecto de la protección del honor).

Mucho hay que agradecer aquí al tacto y delicadeza, a la sensibilidad política del juez constitucional, pero también a las necesidades del bien común y a los postulados de la justicia (lo último, por ejemplo, justifica las grandes decisiones fiscales del Tribunal Constitucional Federal Alemán: porque el Parlamento ha fallado a lo largo de décadas)⁴¹.

La jurisdicción constitucional no es un “guardián de la Constitución” *per se* y no desde luego algo así como un único guardián. En una democracia pluralista, todos los ciudadanos son “guardianes” de la Constitución: desde el ciudadano normal hasta el Presidente del Estado (que, por ejemplo, arbitra entre bastidores en una controversia; el Presidente de la República

39 Una de las decisiones más importantes de la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica con un fuerte acento en el “judicial activism” es *United States v. Carolene Products W.*, 304 U. p. 144, con su famosa “Footnote 4”; de la literatura sobre ello, véase B. Ackermann, “Beyond Carolene Products”, 98 *Harvard Law Review* 713 (1985); véase ya la discusión monográfica de temas como el “judicial activism” y el “judicial restraint” ya en A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962.

40 Crítica general en: R. Scholz, “Karlsruhe im Zwielicht – Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BverfG”, *Festschrift Stern*, 1997, p. 1201 ss. Una perspectiva general reciente en: P. Badura, “Verfassung, Staat und Gesellschaft aus der Sicht des BverfG”, *Festschrift 50 Jahre BverfG* II 2001, p. 897 ss.

41 Sobre ello, P. Häberle, “Das nationale Steuerverfassungsrecht im Textstufenvergleich”, *Festschrift Vogel*, 2000, p. 139 (151 ss.).

(*Staatspräsident*) Ciampi exigió con razón hace poco un “respeto recíproco ante la opinión del otro”), también es guardián el ciudadano que eleva un recurso constitucional de amparo así como el representante (parlamentario) que defiende su *status* por medio de una demanda orgánica (por ejemplo, BVerfGE 80, 188 = *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1989, 288).

La opinión pública científica tiene una responsabilidad especial de seguir críticamente al tribunal constitucional. A la opinión pública – en la que, según Hegel, como es sabido, yace “todo lo verdadero y lo falso” simultáneamente – hay que prestarle menos oídos.⁴² Pero conocemos bien el errado dicho, procedente de los Estados Unidos de Norteamérica, de que “The Supreme Court follows the elections”, que sólo puede ser una máxima si se lo entiende de una manera totalmente “refinada” (por ejemplo, en el, a la postre, “dejar pasar” del *New Deal* en la época de Roosevelt’). La cultura política de los países que se toman como ejemplo tiene importancia al respecto.⁴³ “Aceptación” es una palabra clave de relevancia.

2.8 El Derecho procesal constitucional como “Derecho constitucional concretizado”

Esta máxima, trabajada en 1976,⁴⁴ pretende decir: un tribunal constitucional debería vivir según sus *propias* reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede incluso crearlas en parte.

Si se busca comparativamente en procedimientos judiciales civiles o administrativos o en el código procesal penal, ello es sólo porque se quiere llegar a saber de las experiencias, los conocimientos, las tradiciones de los otros tribunales. Pero lo totalmente específico de una *Constitución* y su (“penúltima”, nunca auténtica) interpretación por un tribunal constitucional debe, sin embargo, elaborarse según lo propio de las funciones del tribunal cons-

42 De la literatura: E. Noelle-Neumann, “Welche Rolle spielt die öffentliche Meinung für die Entscheidung der Richter?”, *Festschrift Kriele*, 1997, p. 507 ss.

* Se hace referencia al giro jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, que había anulado varias leyes de profundo contenido social durante el primer mandato de la Presidencia de Roosevelt (por cinco votos contra cuatro), tras ganar estas unas nuevas elecciones y anunciar al país una reforma legal de la Corte Suprema, incrementando el número de *Justices* de nueve a quince, entre otras cosas (“packing court pack”). Esta reforma no se llevó nunca a cabo, pues fue tal la presión que supuso que la Corte dio un giro copernicano a su doctrina en materia social al pasarse un Juez (Roberts) de la minoría a la mayoría, poniendo punto y final a la hostilidad a las leyes sociales de la Administración Roosevelt por la Corte. Es clásico el pareado, que se cita en todos los manuales norteamericanos de Historia nacional y de Derechos Constitucional, de que “a switch in time saved the nine” (“un cambio a tiempo salvó a los nueve”) (*Nota del Traductor*).

43 Iuscomparativamente, sobre el “judicial self restraint”: C. Tomuschat, “Das BVerfG im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte”, en: *Festschrift 50 Jahre BVerfG I* 2001, p. 245 (269 ss.). Véase también J. Riecken, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, 2003, p. 429 ss.

44 P. Häberle, “Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *Juristen Zeitung* 1976, p. 377 ss. (*Nota del Traductor*: Hay versión castellana en Peter Häberle, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, presentación y edición a cargo de Domingo García Belaunde, Palestra/APDC, Lima, 2004, p. 23 ss.). Crítico, E. Klein, “Verfahrensgestaltung durch Gesetz und Richterspruch: Das “Prozessrecht” des BVerfG”, *Festschrift 50 Jahre BVerfG I* 2001, p. 508 (512 ss.).

titucional. Ello vale para todos sus procedimientos de hallazgo de la verdad y de búsqueda de la justicia, también para su concretización del bien común. En México, por ejemplo, el Derecho procesal constitucional es objeto de una discusión viva desde hace algunos años; y también en Perú.⁴⁵

3 CUESTIONES PARTICULARES ACTUALES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. UNA OBSERVACIÓN (SELECTIVA)

3.1 Observación preliminar

En lo que sigue, se destacan algunas cuestiones particulares de tipo institucional o jurídico-procesal y no materiales, como por ejemplo el trabajo pretoriano en la existencia europeo-comunitaria de los derechos humanos (también de sus límites en atención al terrorismo), la constitución de un “bien común europeo”, la relación de las religiones e Iglesias y el Estado, un tema científico personal especialmente de C. Mirabelli (a mi juicio, hay hoy un “Derecho constitucional europeo de la religión” con el Islam como segunda o tercera religión),⁴⁶ incluyendo muchas cuestiones que se plantearán a la Convención constitucional de la Unión Europea, pero que también tienen que ser tratadas por los tribunales constitucionales (por ejemplo, la referencia a Dios), o los elementos estructurales de un Derecho constitucional pluralista de los medios de comunicación así como el *status* de los partidos y representantes políticos (actualmente en México).

Habría que comparar la agenda de muchos tribunales constitucionales para comprender muy rápidamente cómo muchas cuestiones jurídico-materiales se plantean paralela o analógicamente en el tipo Estado constitucional de la actual fase de desarrollo o de su variedad de ejemplos, aun con todas las diferencias de las culturas constitucionales nacionales (ejemplos: interrupción del embarazo, libertad de radiodifusión).

Este no es, ahora, el tema, más bien deben discutirse algunas cuestiones competenciales, estructurales y procesales de los tribunales constitucionales. El momento *procesal*, no puede apenas, como antes respecto del Estado constitucional, ser sobreestimado: el desarrollo de la Constitución misma está inserto en procesos (disciplinados), uno de los cuales es, junto al proceso democrático-parlamentario, el proceso ante el tribunal constitucional. Sin embargo, incluso aquí sólo es posible una selección; no se plan-

45 Sobre ello, D.G. Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, 1998; C. Landa, *Teoría del Derecho procesal constitucional*, 2003.

46 Sobre ello, P. Häberle, *Cultura dei Diritti e diritti della Cultura*, 2003, p. 247 ss.

tea la discusión, por ejemplo, del *sí* o el *no* al llamado “control normativo abstracto” (artículo 93.1, número 2 de la Ley Fundamental).

3.2 La elección de los jueces constitucionales

La elección de los jueces constitucionales sigue siendo en Alemania un tema discutido, ciertamente sólo de manera discreta en la mayor parte de las ocasiones.⁴⁷ Sin embargo, la regulación de la Ley Fundamental es clara: la elección tiene lugar por el *Bundestag* y el *Bundesrat* por mitades, siendo la participación de este último consecuencia del federalismo (artículo 94 de la Ley Fundamental).

La realidad política proporciona razones para muchas críticas, sin embargo: realmente son, en concreto, los partidos políticos los que reclaman para sí rígidamente, también públicamente casi sin pudor, las sillas de jueces constitucionales, con lo cual, debido a la mayoría de dos tercios prescrita por los §§ 6 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, todo se negocia antes, en el sentido del “do ut des”, en el secreto de las direcciones centrales de los partidos.

Sin embargo, *una vez elegidos*, los jueces del Tribunal Constitucional Federal se acreditan luego siempre como independientes y apartidistas. Pero en el período previo a la elección deben al menos “simpatizar” como candidatos con un partido, con frecuencia son miembros de un partido. El último juez totalmente “neutral”, con la llamada equidistancia, fue mi maestro científico Konrad Hesse⁴⁸ (hace poco, los “verdes” presentaron a B.O. Bryde como no vinculado a ningún partido político); en la época de la fundación del Tribunal Constitucional Federal hubo varios así, como por ejemplo G. Leibholz, también E. Friesenhahn.

Italia es un modelo ejemplar exitoso: un tercio de los jueces (artículo 135.1 de la Constitución italiana) es elegido por el Presidente del Estado, que desde luego en conjunto es más fuerte que el Presidente Federal alemán (la elección por los tribunales supremos ordinarios y administrativos es igualmente ejemplar; menciónese aquí al actual Presidente R. Chieppa). Como se sabe, hasta ahora cada presidente italiano del Estado tuvo muy buena mano para elegir a ese tercio de magistrados y, así, el modelo italiano fue asumido con atino también por algunos Estados en vías de reforma de la Europa del Este (así, artículo 140.3 de la Constitución de Rumanía de 1991, artículo 147.1 de la Constitución de Bulgaria de 1991).

47 De la literatura: St.U. Pieper, *Verfassungsrichterwahlen*, 1998; E. Benda/E. Klein, *ibid.*, p. 54 ss.; A. Voßkuhle, *ibid.*, Art. 94 números marginales 14 a 16; R. Wahl, “Die Reformfragen”, *Festschrift 50 Jahre BVerfG I*, 2001, p. 461 (480 ss.).

48 Ilustrativamente: T. Oppermann, “Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre”, en: *Festschrift 50 Jahre BVerfG I*, 2001, p. 421 ss.

Italia, por su parte, podría ciertamente, dicho sea con todos los respetos, aprender de otros países: las regiones deberían participar, a mi juicio, en la elección de los jueces en cierta medida, como corresponde a un nuevo regionalismo o incluso federalismo “a la italiana” (A. D’Atena) (con una segunda Cámara de las Regiones) y también para ello hay modelos de Derecho comparado (actualmente, el modelo del federalismo⁴⁹ opera también para Irak).

Por lo demás, la mala praxis de los partidos políticos en Alemania se ha trasladado al Tribunal de las Comunidades Europeas: por lo menos en dos ocasiones, un juez de grandes méritos enviado de Alemania a Luxemburgo no vio prorrogado su mandato debido a discusiones políticas entre la Unión Cristiano Demócrata (CDU) y el Partido Social Demócrata (SPD) (de una manera totalmente distinta ocurre, por ejemplo, en España).

Mi propuesta presentada ya en Bonn en 1971 de intercalar *hearings* públicas de los candidatos antes de la elección de los jueces (así, ahora, el artículo 112.2, frase 4ª de la Constitución de Brandenburgo de 1992), es una praxis que la hay en los Estados Unidos de Norteamérica ante el Senado y conlleva también, ciertamente, peligros. Esta propuesta fue aceptada hasta ahora político-jurídicamente sólo por el Partido de los “Verdes”, desde luego sin éxito.

3.3 El voto particular como “jurisprudencia alternativa”

El voto particular⁵⁰ es, desde mi perspectiva, el refrendo de la concepción de la “Constitución como proceso público” (1969/1978). Procedente de los Estados Unidos de Norteamérica, practicado bajo la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn desde 1970, la posibilidad del voto particular de los jueces constitucionales decora actualmente varias Constituciones, siendo especialmente impresionante el artículo 164.1, frase 1ª de la Constitución española (1978), y también los Estados reformados de la Europa del Este la conocen, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

La praxis o la realidad y la teoría hablan a favor del voto particular, desde luego sólo utilizado con medida. En los Estados Unidos de Norteamérica, los votos particulares desarrollaron en el tiempo acreditada fuerza normativa, con frecuencia a medio o largo plazo, al igual que ocurrió

49 Sobre el Senado como “Cámara de las Regiones”, véase Mattarella, “Das Zweikammersystem in Italien”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 108 (1983), p. 370 (388 ss.).

50 Sobre los votos particulares, básicamente: K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4ª edición, 1997, p. 38 ss.; P. Häberle, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 24 ss.; R.J. Schweizer/P. Sutter, “Das Institut der abweichenden oder zustimmenden Richtermeinung im System der EMRK”, *Festschrift Trechsel*, 2003, p. 107 ss. De la literatura, además: G. Roellecke, “Sondervoten”, *Festschrift 50 Jahre BVerfG I* 2001, p. 363 ss. – Literatura “originaria”: W. Geiger, *Abweichende Meinungen*, 1989.

en Alemania. La minoría de hoy será la mayoría de mañana (en general, un ingrediente de la democracia). Un ejemplo especial de dicho “cambio repentino” es el voto particular de la Magistrada Señora Rupp von Brünneck en materia de protección por el derecho de propiedad de posiciones de Derecho público [E 32, 129 (142) y E 40, 65 (83 ss.)].

Desde un punto de vista de Teoría de la Constitución, el voto particular confirma el proceso de desarrollo en el que está toda Constitución: el voto particular es – junto con la revisión total, la revisión parcial, la mutación constitucional y la reforma legislativa – una pieza de mosaico en la imagen global de “tiempo y Constitución”. El voto particular puede, como “jurisprudencia alternativa”, “anular” otras propuestas judiciales de solución; puede operar pacificadoramente, porque la parte derrotada se considera que se la ha tomado en serio y se puede llegar a largo plazo a una “conversación jurídica” abierta en materia constitucional.

Hay que presumir que la posibilidad y realidad de los votos particulares, que en el Tribunal Constitucional Federal alemán tienen una tradición propia hace ya tiempo (a través de jueces individuales que frecuentemente votaron separadamente como W. Geiger y H. Simon), contribuye a que la opinión mayoritaria de los jueces se manifieste de manera más consecuente, más lógica, más directa; no necesita ningún “compromiso” “forzado” en el seno del Tribunal. La línea de argumentación de una decisión podría ser más convincente en tanto que el juez cuyo criterio no se impone puede publicar su voto disidente.

Muchos Presidentes de la *Corte Costituzionale* italiana me han preguntado una y otra vez en privado en mis visitas a Roma desde hace trece años por el voto particular (alemán): los Presidentes Casavola, Corasaniti, A. Baldassarre, hace poco también ya L. Elia, G. Zagrebelsky, el actual vicepresidente (en el año de su gran “Diritto mite”: 1992). Yo me pronuncié siempre, desde luego con prudencia académica, a favor de una introducción de este instrumento casi ideal de la jurisdicción constitucional.

Los Estados constitucionales consolidados con jurisdicción constitucional poderosa como Italia pueden verdaderamente “permitirse” el voto particular, si no consagrado autónomamente (en la Constitución: *aclaración del Traductor*), sí por ley. El voto particular eleva la legitimidad del “voto de la mayoría” a él vinculado dialécticamente, así como la de la jurisdicción constitucional e incluso del Estado constitucional en su conjunto. El hecho de que España como joven democracia desde el comienzo, en 1978, se haya aventurado a dotar de voto particular a su Tribunal Constitucional es algo que pertenece al “milagro” de este Estado constitucional, al igual que la “transición” (después de Franco).

* En español, en el original (*Nota del Traductor*).

3.4 El recurso constitucional de amparo

Como último ejemplo, debe mencionarse al recurso constitucional de amparo.⁵¹ En Alemania, este recurso transforma al Tribunal Constitucional Federal en “Tribunal ciudadano” *par excellence* (cfr. artículo 93.1, número 4a de la Ley Fundamental). En nuestra cultura política ya no hay que plantearse más sobre este recurso. Por la vía del recurso constitucional de amparo se sienta jurisprudencia importante. Aunque, debido a la sobrecarga del Tribunal Constitucional Federal a través de esta modalidad procesal, se reclama cada vez más una reforma y se aconseja algo así como el procedimiento libre de admisión como en la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica, sin embargo, se conserva hasta hoy, a mi juicio por buenas razones, el acreditado proceso del recurso constitucional de amparo.

Otros países como España (artículo 161.1, número 6), en la Europa del Este: por ejemplo Polonia (artículo 188, número 5, de la Constitución de 1997) y Eslovenia (artículo 160 de la Constitución de 1991), en Latinoamérica: por ejemplo Colombia y México, conocen igualmente este instrumento con otro nombre (amparo), de gran éxito en la praxis. Ciertamente, hay otros procedimientos a disposición del ciudadano: de Escandinavia procede el *Ombudsmann*, defendido con ahínco muy tempranamente en México (por H. Fix Zamudio) y que ha tenido éxito también en Polonia; sin embargo, el (subsidiario) recurso constitucional de amparo me parece a mí, en el sistema de la protección jurídica por el Tribunal Constitucional, un elemento óptimo. ¿No está Italia hace mucho en condiciones para ello?

PERSPECTIVA Y CONCLUSIÓN

Esta conferencia procede de un “extranjero”, que, como tal, está obligado, naturalmente, a la prudencia (“academic self restraint”), especialmente en cuanto se trate de cuestiones complicadas de la jurisdicción constitucional en Italia.

Por ello no me permito yo posicionarme sobre la cuestión discutida entre ustedes de si la Corte podría guardar un “minuto de paz” en sesión pública. Sea como sea, la discusión sobre el tema “Estado constitucional y paz” se ha intensificado. No se trata sólo del artículo 11 de la Constitución italiana, sino mucho más en general de la cuestión de si el deber de paz del Estado constitucional de la actual fase de desarrollo es inmanente; la “paz”

51 Sobre ello, P. Häberle, “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 45 (1997), p. 89 ss. (aparecido como libro en Italia: 2000). Véase también G. Brunner, “Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), p. 191 ss.; sobre el “Tribunal ciudadano” P. Häberle, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, cit., 45 (1997), p. 89 ss. – De la literatura reciente: C. Gusy, “Die Verfassungsbeschwerde”, en: *Festschrift 50 Jahre BVerfG I* 2001, p. 641 ss.

escrita [cfr. también el artículo 26 de la Ley Fundamental, Preámbulo de Polonia; el artículo 6.1 de la Constitución de Hungría (1990/1997) contiene la cláusula de paz absolutamente más amplia, junto al artículo 9 de la Constitución de Japón; cfr. también el artículo 63.2 de la Constitución de Eslovenia (1992) y el artículo 135.2 de la Constitución de Lituania (1992)]⁵² o no escrita no es un concepto “por sí”. Sólo puede contemplarse en *relaciones* intensas con la justicia, la verdad y la libertad (así, con ahínco el Papa Juan Pablo II en estos días). Se podría pensar en la figura jurídica de los “principios generales del Derecho”, que insertan las normas relevantes del Derecho internacional, sobre todo de la ONU en materia del Consejo de Seguridad, en el interior de cada Estado constitucional.

Una determinada actuación de un órgano constitucional como la Corte en Roma podría aquí haber operado creando conciencia. Por otro lado, está desde luego el mandato de prudencia judicial. Nos trasladamos aquí o en la cuestión de Irak, cómo si no, también a los límites de toda jurisdicción constitucional; también la ciencia es dolorosamente consciente. La guerra de Irak a todos nosotros nos ha “roto”, literalmente, tanto interior como científicamente.

Sin embargo, el optimismo científico sigue siendo precisamente hoy irrenunciable, también por la responsabilidad frente a los “juristas europeos” de las próximas generaciones. La historia constitucional, también la de la jurisdicción constitucional, no es un *Selbstläufer* en el sentido de un camino de progreso despejado, hay también pasos hacia atrás, decisiones erradas, como entre nosotros los alemanes, por ejemplo, la “sentencia anticrucifijo” (BVerfGE 93, 1 = *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1995, 359), cuya problemática ustedes, por medio de su Presidente C. Ruperto, han solucionado genialmente a la italiana, al tiempo que, con conciencia cultural, han reubicado una obra de arte con una representación de la Virgen María*.

A pesar de todos los límites, siguen siendo grandes,⁵³ idignas de admiración!, las posibilidades de la jurisdicción constitucional, en los Estados Unidos de Norteamérica como en Europa. Su Tribunal ha explorado ya mu-

52 Sobre el tema “Paz y Constitución, el título del mismo nombre: E. Benda, *Archiv des öffentlichen Rechts* 109 (1984), p. 1 ss. De la literatura de comentario al artículo 26 de la Ley Fundamental: I. Pernice en: H. Dreier, *GG-Kommentar*, 2 1998; R. Streinz, en: Sachs, *Grundgesetz*, 3ª edición, 2002, art. 26; U. Fink, en: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG II*, 2000, Art. 26.

* La palabra *Selbstläufer* es difícilmente traducible en este contexto. Hace referencia a algo (aquí, la jurisdicción constitucional) que tiene el éxito pretendido por sí mismo, sin haber tenido que esforzarse mucho para lograrlo (*Nota del Traductor*).

* Con ello se hace referencia, según me aclara el profesor Pegoraro, a que recientemente, con ocasión de ciertas reformas, se ha sustituido en la Sala de Audiencias de la *Corte Costituzionale* al crucifijo que allí estaba ubicado tradicionalmente por un cuadro de la Virgen María, obra de arte y no símbolo religioso (*Nota del Traductor*).

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

chas posibilidades, si yo lo veo correctamente, sin “costes” desproporcionados. Si ello puede decirlo un alemán, no me siento ya más como “extranjero” en la “Europa de Schengen”, a más tardar: todos nosotros somos “ciudadanos europeos”. La teoría de los tres elementos del clásico G. Jellinek hay que reelaborarla radicalmente.⁵⁴

La unidad europea no relativiza sólo el territorio estatal así como el llamado poder estatal, no sólo integra a los pueblos europeos, también convierte a la cultura (plural) en el primer y último “elemento del Estado”, mejor: en el verdadero fundamento de la Constitución. Permítaseme el dicho majestuoso: como alemán se es hoy en Italia nacional, Italia es “tierra amiga”, ya no el “extranjero”.

Lo que nosotros, los juristas, tenemos que elaborar arduamente y en pequeño, lo han anticipado otros a lo grande. Goethe, gracias a la cultura, a su cultura, fue en Italia, durante su viaje italiano y hasta su muerte y más allá de ella, un “nacional” como ningún otro, fuera de Federico II*, el otro “personaje ilustrado” en la relación ítalo-germánica. Físicamente, Goethe tuvo que superar muchos pasos fronterizos, ya en el lago de Garda muy dolorosos, pero espiritual y mentalmente no fue así. Hasta hoy, la comunidad científica italiana mira con especial intensidad hacia Weimar, quizás, incluso, más intensamente que nosotros los propios alemanes, en honor a Goethe y a la Constitución de Weimar. Nosotros miramos agradecidos a Italia, a la Italia que hoy lucha por una vía del regionalismo pioneramente creado en 1947 a un federalismo propio.

Puesto que hoy todo juez constitucional nacional, como todo juez nacional, al mismo tiempo es un juez constitucional europeo y juez comunitario en tanto que aplique el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Derecho de la Unión Europea, ya no hay “pasos de frontera” por doquier, sobre todo no en materia de jurisdicción constitucional de la fase actual de desarrollo.

54 Sobre esta revisión de la doctrina de los tres elementos: P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2ª edición, 1998, p. 620 ss. En relación a Europa, íd., *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002, p. 348 ss.

* Utiliza el autor aquí un juego de palabras difícilmente traducible porque emplea la palabra “Inländer” (que hemos traducido aquí por “nacional”) en contraposición a “Ausländer” (extranjero), y luego designa a Italia como “tierra amiga” (“Freundesland”) en contraposición a la tierra extranjera (“Ausland”), ingenioso juego léxico que no es posible traducir al español (*Nota del Traductor*).

* Se hace referencia a Federico II, Emperador de Alemania y Rey de Sicilia (1194-1250) (*Nota del Traductor*).