

Estudio comparativo de la función y trascendencia de los tribunales constitucionales*

PETER HÄBERLE

Catedrático Emérito de Derecho Público en la Universidad de Bayreuth, Alemania.
Director del Instituto de Derecho Constitucional Europeo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DEL ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (TEMAS METODOLÓGICOS). I. ASPECTOS HISTÓRICOS, TIEMPO Y ESPACIO. II. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN. B. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. I. CONCEPCIÓN AMPLIA Y ABIERTA DEL TEMA. II. TEMAS RELACIONADOS AL ESTATUS Y LA SELECCIÓN DE LOS JUECES. III. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. C. ROL Y FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LO PARTICULAR – COMPARACIÓN. I. CAPACIDAD DE TRANSFORMACIÓN Y APERTURA. II. DISTINTAS FUNCIONES A LA LUZ DE LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE ESTADO Y CONSTITUCIÓN. III. COMPARACIÓN DE DERECHO POSITIVO: FORMACIÓN DE LAS CATEGORÍAS Y GRUPOS DE CASOS EN RELACIÓN CON LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En primer lugar quisiera agradecer por el honor y la alegría de poder dirigirme a ustedes desde este ilustre foro. *I. Pernice*, fundador del afamado Instituto Hallstein, ha logrado entusiasmar con su idea a una suerte de pequeña asamblea mundial de juristas constitucionales. La jurisdicción constitucional es sin duda uno de los aspectos centrales de la categoría del Estado constitucional en la actual etapa de su evolución, y condiciona a la vez su legitimidad. ¿Y en qué forma podría contribuir el espíritu, el *genius loci* de *Berlín* a nuestro tema, aunque por cierto sí ha contribuido a muchas artes y varias ciencias? ¿No sería más lógico recurrir a Washington (desde 1803), Viena (desde 1920), Roma (desde 1946), Lisboa (desde 1976), Madrid (desde 1978), o también Luxemburgo (desde 1953) o Estrasburgo (1951), o desde ese *annus mirabilis* -año memorable- de 1989 también Budapest, Varsovia y Kiev? ¿O incluso nuestra propia Karlsruhe, que tiene legítimos motivos de

* La presente contribución se basa en una ponencia que el autor presentó en un coloquio internacional el 2 de noviembre de 2005 en el Auditorio Máximo de la Universidad Humboldt de Berlín. Todas las contribuciones del coloquio (IV Coloquio Internacional de ECLN) se publican en el Volumen 6 de la Serie de la Red Europea de Derecho Constitucional (*European Constitutional Law Network* - ECLN) bajo el título «El futuro del sistema judicial europeo – rol constitucional de las cortes europeas» (*The Future of the European Judicial System – The Constitutional Role of European Courts*). Agradecemos encarecidamente al Prof. Ingolf Pernice, organizador del evento, por permitirnos publicar este aporte en la «Europäische Grundrechte Zeitschrift» (*EuGRZ = Revista Europea de Derechos Fundamentales*).

orgullo (desde 1951)? Estos lugares y nombres hacen alusión a ciertas etapas históricas en la evolución de la jurisdicción constitucional. También habría que incluir, por supuesto, a Suiza, que según Thomas MANN es «una pequeña Europa»: pensemos en Lausana o —más bien— en su Tribunal Constitucional (pues aquí la división de poderes se ha trasladado a lo geográfico, y por lo tanto la sede del mismo no es la capital federal de Berna). Y sería una omisión dejar de lado a Pretoria, Lima y Sarajevo (1996).

El escaso tiempo que se me ha asignado (de apenas treinta minutos), y las limitaciones de tener que expresarme ante ustedes en mi inglés teñido de un acento suabio, ya son de por sí un dolor de cabeza, sobretudo en lo referente a la estructura de esta corta ponencia. Pienso que sin duda los participantes extranjeros en este seminario estarán esperando que un autor (o ponente) alemán incida sobretudo en aspectos metodológicos, pues es típico de los alemanes el dedicarse a los aspectos históricos y científicos. En ese sentido no pienso defraudarlos, pues el tema mismo se presta para este tipo de disquisiciones.

A. Posibilidades y limitaciones del estudio comparativo de los tribunales constitucionales (temas metodológicos)

I. Aspectos históricos, tiempo y espacio

Bien sabido es que el método comparativo tiene ya una tradición clásica sobretudo en el *derecho civil* y en el *derecho penal*. En Alemania e Italia encontramos juristas famosos como G. RADBRUCH, M. RHEINSTEIN (quien luego vivió en los Estados Unidos desde 1933), y también K. ZWIEGERT y H. DÖLLE, mientras que en el derecho penal destaca H.H. JESCHECK. En Alemania, el Estado nacional a la vez autocrático e imperialista impidió el florecimiento del enfoque comparativo en el estudio del derecho constitucional. En Italia, conocemos hoy en día las obras de G. DE VERGOTTINI, en España las de G. DE PELAYO y en Francia las de la Sra. C. GREWE. Por supuesto, nada menos que R. VON JEHRRING nos puso entre manos esa obra clásica más antigua, que abogaba por la superación de las fronteras entre los derechos nacionales. Finalmente, el estudio comparativo del derecho constitucional se impuso en forma definitiva (si es que cabe utilizar este término en la ciencia) desde aquel *annus mirabilis* —año memorable— de 1989. Antes de ello, ya en 1982/83, se había fomentado entre nosotros la comparación de las constituciones —o más bien de las leyes fundamentales— dentro del ámbito del estudio comparativo de las culturas. Así, en el marco de un seminario internacional organizado por el Senado español en mayo de 1989 en Madrid, me atreví a plantear la tesis del método comparativo en manos del juez como quinto método de interpretación después de los cuatro métodos clásicos de

SAVIGNY (1840). Esta tesis despertó gran interés en L. FAVOREU, nuestro colega francés, quien lamentablemente falleció a una edad temprana. En mi opinión, no existe un número restringido de fuentes del derecho (por ejemplo, en la forma de principios generales del derecho). El *continuo perfeccionamiento del derecho constitucional* forma parte de las tareas fundamentales en la labor de los tribunales constitucionales.

II. Particularidades de la interpretación

La comparación de un tema jurídico, como en este caso un aspecto de derecho constitucional como la jurisdicción constitucional, debe basarse en una interacción de tres elementos – a saber, los textos, la teoría y la práctica (sobretudo la judicatura). En este sentido, debemos preguntarnos qué dicen o cómo actúan en torno a nuestro tema las constituciones escritas o las tradiciones no escritas (de jurisprudencia), las comunidades académicas y la praxis, en especial la de los propios tribunales pero también la del Estado. Para ello hay que tomar en cuenta distintas dimensiones: se trata asimismo de comparar lo *disímil*, es decir, de no apuntar a una homologación sino acoger abiertamente las diferencias en un espíritu de pluralidad, o en todo caso de buscar posibles equivalencias funcionales. Por lo tanto, viene al caso el enfoque *científico-contextual*: lo que un texto pretende decir a menudo sólo surge con claridad cuando se toma en cuenta el *contexto* (según mi planteamiento del año 2001: la interpretación mediante la adición). Tomemos esto muy en cuenta: Así como ningún texto (jurídico) debe considerarse fuera de contexto, ningún texto (jurídico) debe leerse sin interpretarlo. Como R. SMEND dijo en 1951: «Aun cuando dos constituciones dicen lo mismo, no se trata de lo mismo.» Con ello se abrieron las puertas al enfoque *científico-cultural*: las teorías, los textos y la práctica sólo se revelan ante nosotros si tomamos en cuenta su entorno cultural (el *humus* o subsuelo de su cultura, si así cabe decirlo). En Francia, el término «república» tiene un matiz y un contenido muy específicos (entre otras cosas, laico). En el actual contexto cultural alemán, el Tribunal Constitucional es prácticamente el alma de la Constitución, junto con los derechos fundamentales y el Estado de derecho. La elevada posición de los jueces (también a nivel social) en los países anglosajones forma parte de su contexto cultural, y se extiende incluso a las fórmulas de respeto como el tratamiento de «su Señoría». El contexto cultural también comprende la diversidad de métodos científicos de los distintos países, su estilo y su lenguaje en lo referente a la labor jurídica: el «Conseil d'Etat» francés y el «Conseil Constitutionnel» de París trabajan según el método cartesiano, y expresan sus conclusiones en un lenguaje formal, aunque conciso y preciso. A su vez, los fallos de los tribunales constitucionales alemanes a menudo causan en el observador extranjero la impresión de estar leyendo

una monografía científica. Italia, en cambio, ama – y domina – la retórica forense, ya desde la época de *Cicerón*, quien por cierto nos legó la palabra «cultura». Por lo tanto, el estudio comparativo del derecho debe tomar en cuenta el espacio y el tiempo. Entiéndase bajo ‘espacio’ el estudio comparativo en el tiempo actual, y bajo ‘tiempo’ el enfoque de la historia de las constituciones, es decir, del derecho. Obviamente, ningún jurista contemporáneo domina ambas dimensiones a la vez, a diferencia de ARISTÓTELES o MONTESQUIEU.

B. Tribunales constitucionales

I. Concepción amplia y abierta del tema

El tema que me ha sido encomendado se refiere al concepto de los tribunales constitucionales. No sólo a efectos del presente coloquio, es necesario circunscribir dicho concepto. Sin embargo, abogo aquí por una acepción amplia: en otras palabras, también las llamadas Cortes Supremas de países como México y Brasil forman parte del concepto, debido a que sus funciones incluyen la jurisprudencia constitucional (sin por ello competir con los propios tribunales constitucionales), hacen referencia a la constitución y ejercen en y dentro de ella una labor de interpretación (en lo concerniente a la calidad de los órganos constitucionales). El factor decisivo está en la vinculación con las respectivas constituciones – establecida a través de métodos de trabajo racionales y en lo posible transparentes – y en las competencias específicas asignadas a través de ciertos procedimientos del derecho positivo o en las funciones asumidas en la práctica dentro de la propia concepción de sus atribuciones. Por otro lado, se considera tribunales constitucionales también a los cuerpos jurídicos que sólo ejercen sus funciones con respecto a constituciones *parciales*: en otras palabras, no incluimos únicamente a los tribunales constitucionales nacionales sino también los tribunales constitucionales regionales (supra-nacionales) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. Las convenciones de derechos humanos son constituciones *parciales* por excelencia. El derecho constitucional europeo de la Unión Europea es – desde mi punto de vista – una constitución parcial que trasciende los límites nacionales y se viene expandiendo intensivamente. Esto último hace que, hasta cierto punto, las 25 constituciones nacionales de los países miembros de la UE a su vez no sean sino constituciones parciales. Sin duda los jueces constitucionales respectivos no acogerían esta opinión con muestras de alegría... No obstante, esta amplia concepción del término ‘tribunal constitucional’ también debe guardar la flexibilidad desde el punto de vista temporal. Consideremos, por ejemplo, el

modo en que el «Conseil Constitutionnel» francés ha ido asumiendo – de motu propio y paso a paso – el rol de un verdadero tribunal constitucional. En otras palabras: el término ‘tribunal constitucional’ no puede definirse de modo terminante en lo concerniente a sus elementos estructurales, pues se trata de un concepto abierto (por ejemplo, respecto del Tribunal Penal Internacional según el Estatuto de Roma). ¿Y qué sucede con la Corte Internacional de Justicia de La Haya en vista de la constitucionalización del derecho público? Por lo tanto, la pregunta clave es: ¿Cuál es la diferencia entre un tribunal constitucional y un tribunal internacional (como por ejemplo el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio – EFTA)?

II. *Temas relacionados al estatus y la selección de los jueces*

Estos temas, de por sí muy diversos, forman parte esencial del concepto ‘tribunal constitucional’ y por consiguiente son tratados de este modo también por los demás ponentes de este coloquio berlinés (G. LEIBHOLZ es autor del texto clásico en Alemania al respecto, en su informe sobre el estatus del año 1952 (Anuario del Derecho Público, tomo 6 (1957), p. 109 ss.). La concepción de un tribunal constitucional debe tomar en cuenta de antemano aspectos tales como los requisitos electorales para los candidatos (legitimados en un proceso democrático), las audiencias públicas («Hearings») ante el Senado de los Estados Unidos (que considero de naturaleza ejemplar), y también la feliz competencia que se otorga al Presidente de la República Italiana de poder elegir personalmente a un tercio de los jueces constitucionales para la Corte de Roma (entre los ejemplos más recientes encontramos a juristas tan notables como A. BALDASSARE y G. ZAGREBELSKY). Sin duda, el nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional Federal de Alemania no es modelo para nadie debido a las estrictas proporciones partidarias de su elección, que se lleva a cabo en cierta penumbra. También llega un punto en que cabe preguntarse si resulta conveniente atiborrar los tribunales constitucionales de catedráticos universitarios: las personas forjadas en la praxis (sobre todo los parlamentarios), con experiencia política, siguen siendo imprescindibles. En Alemania resulta urgente reemplazar el nombramiento gubernamental de los jueces alemanes para el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo por un proceso de elección legitimado a través de una comisión parlamentaria *ad hoc*.

III. *Derecho procesal constitucional*

El derecho procesal constitucional, que personalmente concibo desde 1976 como un derecho constitucional material e independiente de los demás códigos procesales, es más que un atributo accesorio del tribunal constitucional: por el contrario, se trata de su ley fundamental por derecho propio.

Debe comprenderse en el sentido más lato, profundo y autónomo, y comprende la posibilidad del dictamen en minoría, como lo prevé expresamente la Constitución de España (1978) en su Artículo 164, y siguiendo la larga y fructífera tradición de la Corte Suprema de los Estados Unidos. (La opinión minoritaria de algún juez o jueces puede con el tiempo convertirse en una posición mayoritaria, como ha sucedido con el dictamen en minoría de la Sra. W. RUPP VON BRÜNNECK en el caso de la protección del patrimonio para ciertas posiciones de derecho público (Tribunal Constitucional Federal de Alemania 32, 129 - 141 ss.), lo cual respalda la teoría de la constitución como proceso público (1969)). Desde un punto de vista comparativo, vemos que la conciencia sobre la trascendencia del derecho procesal constitucional viene incrementándose prácticamente a nivel mundial. En el Perú observamos el florecimiento de una ciencia del derecho procesal constitucional, con nombres ilustres como G. BELAÚNDE (sic) y C. LANDA, al igual que en México (FERRER MAC GREGOR). Precisamente los países más jóvenes – que aún deben ir desarrollando todo lo relacionado con su jurisdicción constitucional – harían muy mal en subestimar el derecho procesal constitucional y su perfeccionamiento (tanto en lo referente a las atribuciones de los jueces como desde el punto de vista de la doctrina), incluyendo temas tales como los escritos «amicus curiae». En este sentido, el Brasil también viene cumpliendo un rol ejemplar gracias a GILMAR FERREIRA MENDES. Por otro lado, la ciencia jurídica todavía no logra alcanzar sus aspiraciones en lo referente a un derecho procesal constitucional europeo.

Estas breves disquisiciones ya nos indican la estrecha vinculación que existe entre todos los asuntos relacionados con la doctrina comparativa de la jurisdicción constitucional. Por lo tanto, resulta urgente abordar la *tercera parte* de esta ponencia sobre el rol y las funciones de los tribunales constitucionales en lo particular.

C. Rol y funciones de los tribunales constitucionales en lo particular - comparación

I. Capacidad de transformación y apertura

El rol y las funciones de los tribunales constitucionales que son objeto de comparación van evolucionando y cambiando con los años, según el espacio y el tiempo. Deben comprenderse desde el punto de vista *histórico*. Ni siquiera el concepto abstracto de un Estado constitucional permite o demanda pronunciarse en sentido absoluto sobre el rol de un tribunal constitucional nacional o regional (supra-nacional). Podría tal vez establecerse un inventario mínimo de atribuciones y funciones no dependientes del espacio y del

tiempo -y quizás también un conjunto máximo y óptimo de las mismas. Pero al analizar sólo unos cuantos ejemplos nos daremos cuenta de la dependencia temporal y espacial de nuestro análisis. El Alto Tribunal del Estado durante la República de Weimar (1919) podía considerarse sin duda – a pesar de sus exiguas competencias (por ejemplo, no podía admitir demandas constitucionales) – un tribunal constitucional, aunque su rol principal era el de un típico tribunal estatal. Por otro lado, si se compara al Tribunal Constitucional Federal de Alemania con otros a nivel mundial, su volumen de competencias es el más exhaustivo, incluso mayor tal vez (?) al de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y ya hemos mencionado la admirable evolución del «Conseil Constitutionnel» de Francia. Si la especialización es demasiado estricta –como es el caso de la competencia electoral de ciertas cortes mexicanas– nos pueden surgir ciertas dudas, pero al fin y al cabo debemos admitir que se trata de tribunales constitucionales especializados. El derecho de calificación de procesos electorales es una competencia constitucional de la más alta trascendencia.

Debemos referirnos en particular a las situaciones de profunda *transformación* histórica (revoluciones) como es el caso de los países de Europa Oriental en vías de reforma luego de la caída de los sistemas totalitarios después de 1989, o de América Latina después del derrocamiento de los regímenes militares (en este sentido saludo con respeto a la Corte Suprema de Argentina, que declaró inconstitucional las llamadas «Leyes de Punto Final» en 2005). Aquí los tribunales constitucionales debieron asumir parcialmente el rol de la *legislación* constitucional, es decir, tuvieron que prácticamente inventar –o al menos desarrollar– partes del Derecho constitucional nacional, pues los demás órganos constitucionales como los Parlamentos, los otros tribunales y la opinión pública aún no conocían o dominaban el tema de la interpretación de la Constitución, por más que ésta estuviese rodeada de todas las prerrogativas en los pergaminos correspondientes. Lo mismo podría decirse del rol pedagógico en temas constitucionales. En Hungría se hablaba de una Constitución invisible del tribunal constitucional, y hubo que recurrir al activismo judicial. En cambio, en un sistema con una democracia semidirecta como la de Suiza – un país con sólidos cimientos culturales y políticos – el tribunal constitucional puede más bien abstenerse de interferir en materia de legislación constitucional (después de todo ha ido desarrollando una labor pretoriana a lo largo del tiempo, dando lugar a todo un conjunto de derechos fundamentales no escritos, que luego fueron acogidos por la nueva Constitución Federal de 1999). En otras palabras: sólo es posible pronunciarse sobre la jurisdicción constitucional de un país si antes se ha realizado un análisis integral, que tome en cuenta también las demás funciones del Estado. En 1993/96, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica se hallaba en una situación parecida a la de los países de Europa Oriental: la

creatividad respecto de la jurisdicción constitucional resultaba (o resulta) importante precisamente cuando los países atraviesan por los procesos largos y pluralistas de construir una Nación y redactar una Constitución. Bien sabemos de la fructífera interacción entre activismo judicial y autolimitación judicial en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ahora bien, la clave está en cuándo y cómo debe un tribunal constitucional participar más creativamente o mostrar una mayor reticencia, pregunta que debe resolver en última instancia el «espíritu» de la comunidad nacional o mundial... ¿estaremos llegando a poner sobre el tapete aquí en Berlín el llamado «Volksgeist» *hegeliano*?

II. *Distintas funciones a la luz de las diversas teorías sobre Estado y Constitución*

Vayamos brevemente al ámbito de la *teoría*, aunque también aquí encontramos una diferencia entre un Estado que podríamos llamar *deseable* y el Estado *real*. Entre las funciones propias de los tribunales constitucionales está la *función de integración* con respecto a un Estado constitucional nacional y sus ciudadanos o agrupaciones, y una federación o confederación de estados (Tribunal Constitucional Federal de Alemania) o de constituciones (I. PERNICE), como es el caso del Tribunal Europeo de la UE. Los tribunales constitucionales forman parte del *equilibrio de poderes* y protegen a la vez el principio de la división de poderes; por su parte, a nivel de la UE el Tribunal Europeo ha forjado el mismo equilibrio institucional (mientras que en un Estado federal el rol consiste en apoyar la división vertical de poderes, como lo indica K. HESSE). Otros conceptos clave son la *protección de los derechos fundamentales y de las minorías*. Pensemos, por ejemplo, en los casos de transexualidad solucionados por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (fallo N.º 49, 286, véase EuGRZ 1979- 50, 60, 123; EuGRZ 1982, 467- 88, 87; EuGRZ 1993, 100), o en la protección de los idiomas de las minorías (como el ladino) por la Corte de Roma. Por otro lado, también está entre las funciones de los tribunales constitucionales la protección general frente al *abuso del poder por parte del Estado* (y a veces también *por parte de la sociedad*). Hace poco, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitió un fallo ejemplar para la protección de los micro-partidos políticos. En los estados federales, esto se plasma en los conflictos entre la federación y los estados federados (históricamente, estos conflictos entre Estado federal y estados federados constituyeron una etapa en la evolución de la jurisdicción constitucional en Alemania, como puede verse en la Constitución de Bismarck de 1871, Artículo 76, con respecto al Consejo Federal). Cabría añadir que los tribunales constitucionales son los encargados de proteger también el principio del *pluralismo* en un Estado constitucional: un ejemplo de ello es el feliz desarrollo de una legislación pluralista para los

medios de comunicación por parte del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en numerosas sentencias referidas a emisoras televisivas desde el fallo N.º 12, 205 (últimamente el fallo N.º 73, 118, véase EuGRZ 1986, 577- 74, 297; EuGRZ 1987, 261- 90, 60; EuGRZ 1994, 120- 91, 125; EuGRZ 1994, 499). Este modelo ha sido acogido por otros países europeos (ya sea por el órgano legislativo constitucional, ya sea por el respetivo tribunal constitucional, como es el caso de la Corte de Roma). Todo ello resultaría imposible sin un *perfeccionamiento evolutivo de la Constitución*.

En última instancia también influye la *concepción del Estado y de la Constitución*. Los ilustres autores de la República de Weimar y los padres de nuestra Constitución actual nos han legado opiniones relevantes al respecto: sobre la Constitución como estímulo y como límite (R. SMEND), como restricción al poder y garantía de libertad en la vida política (H. EHMKE, 1953), como norma y tarea (U. SCHEUNER, 1963). Debo agregar también la concepción de la Constitución como ley fundamental del Estado en Suiza (D. SCHINDLER, 1945), y por último mis propios puntos de vista de la Constitución como proceso público (1969) y como objeto cultural (1982).

Las experiencias vividas por las distintas naciones han dado lugar a grandes diferencias en su concepción del Estado y la Constitución, tanto desde el punto de vista emotivo como racional: en Alemania, cuyo sentimiento patriótico está fuertemente ligado a la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal es el tribunal ciudadano por excelencia, gracias a la figura del amparo constitucional. Desde el punto de vista del ciudadano, Karlsruhe es la instancia definitiva. Otra es la situación en Francia y su república monárquica, por más avances que haya logrado el «Conseil Constitutionnel» en materia constitucional. El punto de referencia es la república soberana de todos los franceses, con todas sus consecuencias – inclusive el rígido principio de separación entre el Estado y la Iglesia. En la monarquía republicana de España, el Tribunal Constitucional de Madrid, sito en la Vía Domenico Scarlatti, viene asumiendo un rol cada vez más importante.

El *estudio comparativo de las distintas legislaciones* en el proceso del perfeccionamiento del Derecho constitucional por parte de los tribunales constitucionales, sobretudo en lo referente a la reparación de injusticias evidentes y perjuicios respecto del bien común, juega un papel de menor o mayor trascendencia según los distintos países. Hace poco (2003), el Tribunal Constitucional de Liechtenstein ha acogido expresamente mi doctrina del derecho comparado como quinto método de interpretación, pues en este estado pequeño las condiciones son especialmente favorables para ello. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica (1996) incluso ha institucionalizado la comparación para la interpretación del «Bill of Rights» (Artículo 39, Párrafo 1, literal b de la Constitución de 1996: «may consider foreign law» – ‘cabe considerar

la legislación extranjera')—. El Artículo VI de la Constitución de Bosnia-Herzegovina (1996) hace referencia al «imperio general de las leyes del derecho internacional público». La Corte Suprema de los Estados Unidos posee una larga tradición de ignorar las legislaciones extranjeras, y sólo recientemente (2003, *Lawrence vs. Texas*, HRLJ 2003, 371 (376)) ha aceptado el análisis comparativo de las Constituciones como metodología jurídica. (El memorable Presidente de la Corte Suprema *Rehnquist* sostenía todavía en 2002 que las opiniones de otros países no resultaban relevantes; se refería a la pena de muerte para personas con deficiencias mentales.) El análisis comparativo de las distintas legislaciones por parte de los tribunales constitucionales (nacionales) a menudo tiene lugar en la intimidad de sus secciones académicas, y no se revela ante la opinión pública. Los jueces buscan información, para luego sentenciar según su propio Derecho constitucional nacional. Resulta notable la probada importancia que viene adquiriendo la comparación de textos jurídicos en los dictámenes en minoría del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Es comprensible si se toma en cuenta la creciente necesidad de legitimación. De hecho, en la actual comunidad constitucional de la UE ya no es posible optar por una interpretación constitucional introvertida. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania debería atreverse finalmente a dar el paso de ejercer sus facultades pretorianas y elevar la Convención Europea de Derechos Humanos a nivel de Constitución, como ya es el caso desde hace mucho en Suiza y en Austria (hago referencia a su actuación, aunque todavía demasiado timorata, en los fallos N.º 111, 307 (317), véase EuGRZ 2004, 741 (744) –Görgülü; antes fallo N.º 74, 102 (128)– servicios laborales según la Ley de los Tribunales de Menores; el fallo N.º 74 358 (370), véase EuGRZ 1987, 203 (206) –presunción de inocencia ante suspensión o decisión sobre las costas judiciales en acciones privadas).

Las distintas funciones mencionadas – desde la atribución de competencias hasta la limitación de poderes, desde la protección del pluralismo hasta el fomento de un consenso fundamental – pueden ganar o perder en importancia con el correr de los años. En mi opinión no es posible hacer pronunciamientos abstractos, independientes del espacio y del tiempo, pues es demasiada la fuerza que ejerce la cultura política de un país. Sólo una cosa es segura: el juez constitucional no puede ejercer su labor de acuerdo a los dictados del decisionismo (inventado en Berlín durante los años 30). A la luz del mismo no es posible explicar la situación de Suiza ni construir una Europa unida, por más que perdure un rezago emocional de esta tendencia en algunas de los fallos de los tribunales. Aquí sólo queda recurrir a la apertura y a la racionalización en la concepción preliminar y en la elección de la metodología en el sentido de J. ESSER, el más renombrado de los juristas dedicados al estudio comparativo del derecho civil alemán en el siglo pasado. La cate-

goría de la imagen del juez (incluida en el Anuario de Derecho Público desde el tomo 32 (1987)) tiene todavía una importante labor por delante.

Una *última* acotación: el *bien común* (interés público) también influye en las sentencias de los jueces constitucionales. Me refiero a lo que yo vengo denominando desde 1970 como judicatura del bien común, que en Alemania se ha plasmado probadamente en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional Federal (incluyendo la libre mención del interés público como factor determinante, por ejemplo en el fallo N.º 98, 218 (242 ss.), véase EuGRZ 1998, 395 (402) –reforma de la ortografía). A ello subyace la antigua y clásica interrelación entre *res publica*, *salus publica*, libertad pública y opinión pública, que guía la labor de los tribunales constitucionales («*law in – public-action*» o «el derecho en acción-pública-»).

III. Comparación de derecho positivo: formación de las categorías y grupos de casos en relación con las competencias de los tribunales constitucionales

Regresemos al derecho positivo. La tarea consistiría en comparar los catálogos de competencias otorgadas por el derecho positivo a todos los tribunales constitucionales nacionales y regionales (supra-nacionales) para luego definir categorías *típicas* de atribuciones esenciales, como por ejemplo el (casi ubicuo) control concreto de la normatividad o su versión más abstracta y preventiva (y por ende menos frecuente), los conflictos entre distintos órganos del Estado, los múltiples conflictos entre estados federados en el caso de los países federales, los conflictos regionales en los entes regionales, los procesos de los amparos constitucionales, las denuncias contra presidentes y jueces, otros conflictos como los surgidos de asuntos electorales, las posibles competencias en materia de la protección del autogobierno comunal (por ejemplo, según el Artículo 93, Párrafo 1, Numeral 4 b de la Constitución Federal de Alemania), o respecto de la facultad de los tribunales constitucionales de emitir opiniones. Aquí habría que incluir en el análisis al Tribunal de Justicia Europeo y los tribunales de derechos humanos en Europa y América.

Por último, sería importante desarrollar directrices prácticas para una buena política constitucional en asuntos de la jurisdicción constitucional, planteando preguntas como las siguientes: ¿Debería existir el voto singular (que ha dado tan buenos resultados en muchos países) sólo en las democracias ya consolidadas y no así en los llamados países en desarrollo? ¿Ni en los países de Europa Oriental en vías de reforma? (¿Y qué hacemos en ese caso con Ucrania y Croacia?) Tómese en cuenta que existen casos de estados constitucionales antiguos en los que se discute largamente sobre los factores a favor y en contra de los votos singulares, como es el caso de Italia (donde

tampoco existe el amparo constitucional). Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen uso de esta atribución con mucha libertad, a pesar de que no fue fácil establecer un consenso en materia de derechos humanos a nivel europeo, ni resulta sencillo continuar desarrollándolo. Por lo tanto, puede decirse que la figura del voto en minoría funciona bien (pues actúa como válvula de ventilación).

En el caso de Alemania, existe un conflicto de política constitucional muy particular referido a la aprobación o el rechazo del control abstracto de las normas, y también ha surgido una controversia sobre la libre admisión del amparo constitucional (en Alemania se ha decidido mantener la normatividad actual, tomando como argumento el rol del Tribunal Constitucional Federal como tribunal ciudadano; en los Estados Unidos se ha impuesto el otro modelo). Desafortunadamente, no queda tiempo sino para hacer alusión a estos temas tan interesantes, y sólo haré un esbozo de las perspectivas y conclusiones con las que pensaba terminar.

PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

Por más disímiles que sean las distintas versiones de la jurisdicción constitucional, el estudio comparativo nos ha permitido también descubrir muchos rasgos en común. La jurisdicción constitucional es uno de los valores fundamentales de los estados constitucionales. Concebida en Europa por G. JELLINEK y H. Kelsen, y puesta en práctica en los Estados Unidos ya en 1803, la jurisdicción constitucional ha sido fomentada o exigida por los avatares de la historia (como después de 1989), y fraguada en las mentes de numerosos constitucionalistas. A su vez, los jueces constitucionales la han ido haciendo realidad de la mano con la ciencia, y hoy en día constituye una institución, un procedimiento y un foro de verdadero alcance público que contribuye a la cohesión de las naciones o las comunidades regionales (supranacionales) como la UE, por más evidentes que sean sus limitaciones no sólo desde el punto de vista funcional (apúntese entre otras la doctrina de la cuestión política). Puede ayudar a forjar consensos fundamentales en una nación o una comunidad política, pero también puede fracasar lamentablemente, incluso a través de sentencias equivocadas (como es el caso de la sentencia en contra de los crucifijos, fallo N.º 93, 1 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, véase EuGRZ 1995, 359). Incluso puede brillar por su ausencia (como en Grecia). La jurisdicción constitucional, concebida por ARISTÓTELES, ha recibido y recibe muchas alabanzas como guardiana de la Constitución, si bien sus funciones son múltiples y superan con mucho este rol. En última instancia, *todos nosotros* – ciudadanos nacionales y europeos o americanos – somos guardianes de la Constitución. En una sociedad abierta como la nuestra, donde todos tienen el derecho de interpretar la Constitución, el tribunal

constitucional no es la única ni la última instancia, pero sí una muy importante. No tiene competencia para la interpretación 'auténtica' de la Constitución (a diferencia del Artículo 124, Párrafo 1 de la Constitución de Albania de 1998, donde se le atribuye la interpretación definitiva; y del Artículo 149, p. 2 de la Constitución de Burundi de 1992, según la cual «... actúa como intérprete de la Constitución»).

Por último, quisiera atraer su atención sobre las cualidades de los jueces. Existen catálogos de los atributos que supuestamente deberían poseer los jueces constitucionales, y algunas veces figuran por escrito (por ejemplo, normas referentes a la inhibición u otros temas, como la citada en el Artículo 115, Párrafo 2 de la Constitución de Benín de 1990: «buena reputación moral y honradez»). Sin embargo, éstos son casos más bien excepcionales y normalmente se trata de reglas no escritas, de naturaleza más bien ética y difícil de circunscribir. Me refiero, por ejemplo, a la circunspección aconsejada en ciertos casos. A mi modo de ver, un juez constitucional no debería permitirse el manifestar una opinión inequívoca sobre temas de política constitucional en su país, como por ejemplo una eventual reforma de la Constitución, por más que sea o haya sido catedrático en la materia (como se ha dado el caso hace poco en Karlsruhe). También sostengo que resulta inaceptable que un juez federal abogue abiertamente a favor de determinado proceso (como por desgracia ha sucedido con los dos últimos presidentes del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que han apelado al Gobierno Federal Alemán en lo relativo a la repetición del proceso de prohibición del Partido Nacionalista). En la multifacética y sutil interacción de la ciencia del derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, esta crítica no podía faltar al finalizar mi ponencia. ¡Sobretudo cuando el escenario que nos acoge es Berlín!

