

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL INSTITUCIONALIZADA  
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL \*

- I. EL TCFA COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – COMO “TRIBUNAL SOCIAL”, *SUI GENERIS*, SU PAPEL EN LA GARANTÍA Y ACTUALIZACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL (SOBRE TODO, COMO CONTRATO GENERACIONAL)
- 1.1 El TCFA como “tribunal constitucional” – como “tribunal social” *sui generis*

Formalmente considerado, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA, en adelante), tiene todas las características de un tribunal, en su propia terminología (sobre esto, BVerfGE 18, 241), “estatal”, es decir, se basa en una ley estatal y el Estado regula, o influye en, el nombramiento de los jueces. Es, sin embargo, bastante más: es un tribunal constitucional, es decir, competente para controversias materialmente constitucionales especificadas enumerativamente. El peso total de esta afirmación se aclara sólo

---

\* Publicado en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, N.º 5, 2001. Traducción del alemán de Joaquín Brage Camazano.

a partir de una precisión del concepto de Constitución. Una "Constitución" es el ordenamiento básico de Estado y sociedad; no es sólo restricción del poder estatal, sino también habilitación al poder estatal. Comprende al Estado y la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde un principio más allá del dogma de la separación Estado/sociedad.<sup>1</sup>

El hecho de que el TCFA sea un "tribunal constitucional" del conjunto de la *res pública*, tiene consecuencias muy concretas para cuestiones particulares, por ejemplo respecto de la recusación de los jueces [sobre ello, *BVerfGE* 35, 171 (246); 89,28]; tiene, además, como consecuencia que el Tribunal no se puede amarrar a una teoría o Escuela, sino que debe esforzarse por una integración pragmática de elementos teóricos. Para ello, todo juez constitucional docente debe guardarse de consagrar "sus" teorías en las sentencias.

Esta relación materialmente constitucional de la jurisdicción constitucional tiene consecuencias sustantivas y procesales: por ejemplo, en su compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia de construir el Derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos pluralistas de información y participación.

La creciente política del TCFA de adquisición de información plural hay que verla en este contexto. También la elección de los jueces constitucionales, del espectro de todos los partidos (y es de esperar que en el futuro vaya más allá de éstos), inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ejerce una influencia sobre él). Ello es presupuesto para un timonaje de la sociedad por parte del Tribunal Constitucional y "su" Derecho. Aquí se produce un efecto recíproco: cuanto más interviene el TCFA en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar "en Karlsruhe" [sede del TCFA]. Hasta qué punto es así se comprobó en el asunto de la cogestión: casi se percibían (1978) las líneas de fuerza de la opinión pública de la sociedad en la Sala de sesiones (*BVerfGE* 50, 290).

- 
1. Resultándolo ya, HÄBERLE, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 435 y ss. Sobre la jurisdicción constitucional en el extranjero: KÄLIN, W., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, 1987; AUER, A., "Grundlagen und aktuelle Probleme der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit", *JÖR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)*, 40 (1991/1992), pp. 111 y ss.; LUCHAIRE, F., *Le Conseil Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991; FAVOREU, L./LOIC, P., *Le Conseil Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991; STARCK, C./WEBER, A.(eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986; E. Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, 1995; HORN, H.-R./WEBER, A.(ed.), *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, 1989; FROWEIN, J.A./MARAUHN, T. (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1997.

Este planeamiento conduce a un “nivel” ulterior. Hay que ver al TCFA en su relación intensa con la totalidad de la sociedad: es un “tribunal social” *sui generis* y en sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre a la variedad de ideas e intereses —la asume—, y viceversa, guía él a la sociedad. Considerando la elección de los jueces, la aplicación de su Derecho procesal constitucional y los resultados materiales de la interpretación [por ejemplo, en la estructuración de aspectos parciales de la sociedad sobre el “efecto frente a terceros” de los derechos fundamentales, últimamente *BVerfGE* 95, 28 (37)], es más un Tribunal del conjunto de la sociedad que uno “estatal”. ¡Ello tiene consecuencias de más alto nivel, pero también para el trabajo diario del Tribunal!

El TCFA y su Derecho procesal consiguen una relación única con la sociedad.

Su actividad —transformadora de Estado y sociedad— se deriva en un sentido general de que es el Tribunal de la Constitución —y la Ley Fundamental regula no sólo al Estado, sino también, en su estructura básica, a la sociedad, a la que transforma en “sociedad constituida”. De un modo específico, el TCFA actúa, además, de manera muy especial y consciente, intensiva y amplia en el ámbito de la *res publica*, entre el “Estado” y el “particular”, al que se puede llamar la “sociedad” o el ámbito de lo público —pluralista—. Así se muestra no sólo en la efectivización de los derechos fundamentales desde la vertiente procesal [sobre ello, *BVerfGE* 46, 325 (333); 53, 30], sino también, en su práctica procesal, al servirse cada vez más de los instrumentos de información y participación del Derecho procesal constitucional. Adquiere informaciones a través de una diferenciada *praxis* de audiencias y de formas niveladas de participación con relación a los grupos pluralistas, organizaciones como el DGB\*, las Confederaciones de empresarios y las Confesiones religiosas, etc. [por ejemplo, *BVerfGE* 50, 57 (69 y ss.); 51, 115 (119 y ss.)]. Con ello, “penetra” el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los “oye” y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. El Derecho procesal constitucional se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su *medium*, sobre todo allí, donde el Parlamento ha fallado.

Del mismo modo que el itinerario de la ley parlamentaria fue históricamente, y es (también en el Estado constitucional), el intento de una

---

\* DGB es el “*Deutscher Gewerkschaftsbund*” o Confederación de Sindicatos alemanes. (Nota del traductor).

transformación de lo social en lo estatal, se constatan ahora fenómenos – limitadamente – paralelos en los procesos ante el Tribunal constitucional.

Formulado de otro modo, el TCFA se aproxima a la sociedad de dos modos: la guía de manera creciente por medio de su copiosa jurisprudencia (por ejemplo, sobre el “efecto frente a terceros” y la objetivización de los derechos fundamentales), la estructura y la transforma, a su manera, en una parte de la “sociedad constituida”. Justamente a causa de esta relación con la sociedad se ve en la necesidad de llevar en su Derecho procesal a la sociedad ante su foro: así puede comprobarse en la *praxis* de información y participación pluralistas, sobre todo, en los “grandes procesos” [como en el proceso del *numerus clausus*: *BVerfGE* 33, 303 (318 y ss.)], pero también en procesos más pequeños. Llevado al extremo puede formularse: el TCFA gana un poco el carácter de un “tribunal de (toda) la sociedad” de un tipo especial. Pierde en la tradicional estatalidad en la medida en que es un factor en el proceso de constitución de la sociedad. Es un “tribunal constitucional” más allá de la separación del Estado y la sociedad, de los tribunales estatales y “sociales” (como los llamados tribunales deportivos). El TCFA se toma en serio a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”: no sólo procedimentalmente, es decir, en el Derecho procesal constitucional, sino también materialmente, en su interpretación constitucional, en la que se hace eco de manifestaciones del Gobierno federal (por ejemplo, declaraciones gubernamentales), de la propia comprensión de las Confesiones religiosas [*BVerfGE* 42, 312 (331); 46, 73 (95) ó 83, 341 (356)] o de argumentos de una asociación como la Confederación “Libertad de ciencia” o de una institución como el Consejo de la Ciencia [cfr. *BVerfGE* 47,327 (384 y ss.)].

## 1.2 La jurisdicción constitucional “en” el contrato social: El TCFA como regulador en el proceso continuo de la garantía y actualización de la Constitución como contrato social

La tesis reza: el TCF tiene una específica responsabilidad colectiva en la garantía y actualización de la Constitución como contrato social; codirige su proceso continuo; está vinculado en ello por el principio del pluralismo.

El modelo del contrato social –clásico patrimonio común europeo– es, en el sentido aquí utilizado, un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública. No es ciertamente ninguna “horma” con arreglo a la cual se pueda tallar toda la realidad de una Constitución como proceso público; pero pue-

de dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas libre de *"vereinseitigende Setzungsideologien"*\*.

Su extensión al Tribunal Constitucional puede parecer osada a algunos; hasta donde sé, no se ha ensayado hasta ahora. El contrato social es tan viejo como relativamente joven es la (independizada) jurisdicción constitucional. Uno y otra no han sido todavía puestos en relación recíproca. Ésta puede ser una oportunidad. Debía ser aprovechada. La teoría clásica del contrato social ha servido a lo largo de la historia como modelo de explicación y justificación de los más diferentes contextos (desde J. LOCKE hasta J.-J. ROSSEAU, desde I. KANT hasta la discusión sobre el consenso básico). ¿Por qué no iba a poder desplegar un valor informativo para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para la actualización de la Constitución?

### 1.3 Posibilidades y límites de la funcionalidad del TCFA: el TCFA en el marco de la cultura política del ordenamiento básico liberal democrático de la Ley Fundamental

La cuestión de las posibilidades y límites del TCFA en el marco de la cultura política del ordenamiento básico liberal-democrático de la Ley Fundamental, nos hace retornar al punto de partida. Hay que valorar de manera positiva lo que el TCFA ha hecho jurídicamente en un plazo relativamente corto de tiempo por, y a través de, (los) juristas; y no menos lo que ha rentado ello al proceso político —en parte emprendido, en parte "estimulante" ("política de orientación"). La cuestión es sólo si, y en qué medida, el Tribunal y el conjunto del sistema no se ven quizás excedidos a la larga, si no debe —y puede— ahora contenerse en mayor medida conforme a los resultados constructivos en el campo de los derechos fundamentales y de la política del Estado federal de las primeras décadas, sobre todo frente al legislador democrático, para no coartar demasiado, o "echar a perder", la cultura político-democrática desde la justicia del Estado de Derecho.

¡La jurisdicción constitucional no es, a fin de cuentas, ni un seguro de vida jurídico ni político! Su desarrollada concepción política y pluralista está ligada a toda la cultura de nuestra república. Ello la dota de funciones positivas, pero conduce también a límites (un límite de la jurisdicción cons-

---

\* La expresión alemana entrecomillada en el texto original alemán es difícilmente traducible, pero se refiere a aquellas ideologías que desconocen que la Constitución no es una simple y desnuda positivización de una decisión en el sentido del "decisionismo". (Nota del traductor).

titucional se deriva también de que sólo actúa a instancia de parte, no de oficio. Debe ser “incitada” por los ciudadanos o fuerzas políticas). Esto merece algunas consideraciones.

La jurisdicción constitucional desarrollada es, como el federalismo, parte de la cultura política, especialmente en los EE.UU., al igual que ahora en Alemania. La “cultura política” es aquí entendida como un concepto complejo (empírico-normativo), no como ningún esquema libre de valores. Puede ser alumbrado a través de investigaciones demoscópicas sólo muy puntualmente. La “cultura política” ciertamente abarca a las ideas subjetivas, experiencias y expectativas de los ciudadanos con relación a las instituciones de su sistema (en tanto que “constitución interna” de un pueblo); pero a ella pertenece también su actuar objetivado, pertenece el proceder de los responsables políticos, la *praxis* parlamentaria, también la función de los tribunales, pertenece el grado real de libertad individual y de pluralismo vivido, pertenecen tópicos y asuntos desde la carta al director hasta las iniciativas ciudadanas, desde la entrada en un Sindicato hasta la pertenencia a una confesión religiosa y la asociación de artistas, desde la compra y lectura de libros, hasta el estudiar como elementos de la cultura constitucional vivida. El TCFA ha realizado *par excellence* una parte del “trabajo de educación y formación política” (“pedagogía constitucional”, principios constitucionales “como” objetivos educativos) en el campo de los derechos fundamentales, pero también en el del federalismo en sus prescripciones sobre el actuar de los órganos constitucionales, unos respecto de otros (palabra-clave: “lealtad federal”, consideración recíproca de los órganos constitucionales unos respecto de otros – *cfr. BVerfGE* 12, 205 [254 y ss.); 35, 193 (199); 36,1 (15); 45, 1 (38 y ss.); últimamente, 81, 310 (337); 92, 203 (230 y ss.)]. Precisamente si no se puede “implantar” la cultura política (al igual que la estatalidad cultural) de la noche a la mañana, corresponde a la jurisdicción constitucional un papel central en este lento proceso de crecimiento – uno tal es el de la Constitución.

Sencillamente, la fuerte raigambre ético-civil y público-cívica de la jurisdicción constitucional, especialmente del amparo constitucional alemán (TCFA como “tribunal de los ciudadanos”), su labor de identificación en la relación de los ciudadanos y la Constitución y, por ello, su colaboración en la constitución de la cultura política, oculta también un aspecto negativo: la jurisdicción constitucional bajo la Ley Fundamental puede indicar también una desconfianza apolítica frente a la democracia y una confianza desproporcionadamente grande en la jurisprudencia. La fe alemana en la jurisdicción constitucional no puede convertirse en la incredulidad de la democracia. Dicho de otro modo, la relación hoy positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse; no puede tener, a modo de correspondencia

reflejada en un espejo, una relación negativa con el pluralismo de intereses, con las —necesarias— limitadas situaciones de conflicto, con los propios resultados del proceso abierto, político-democrático ni recrudescerse en una no-relación, como no pocas veces “las bellas letras”. Esta consideración remite a la pluralidad de tareas que quedan por hacer al político, al empresario, al educador, al literato republicano, al ciudadano, a todos nosotros por relación con nuestro ordenamiento liberal —sin privar a la jurisdicción constitucional en absoluto de su brillo. ¡No sólo la jurisdicción constitucional, sino también todos nosotros somos (políticamente) “Guardianes de la Constitución”!<sup>2</sup>.

Resumidamente, se puede decir: la función de la jurisdicción constitucional es la restricción, racionalización y el control del poder estatal y social; es cooperación material en el consenso básico; estriba en toda nueva protección de las minorías y los débiles, en reaccionar tempestiva y flexiblemente a los nuevos peligros para la dignidad del hombre, en su carácter de respuesta y guía no apolíticas<sup>3</sup>.

2. Las consideraciones aquí expuestas las ha desarrollado el autor en 1979 (*Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979 pp. 425) EBSFN, I. las ha actualizado en 1985 (*Das BVerfGE als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 192) en la tesis de que la determinación de la función (en la literatura, también GRIMM, D., “Verfassungsgerichtsbarkeit, Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat” en HOFFMANN-RIERN, W. (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, T. 2, 1977, pp. 83 y ss.) y la legitimación de la jurisdicción constitucional deberían despedirse de la idea de un punto arquimédico fuera del proceso político, del cual pueda derivarse seguridad frente a éste. El TCF debe conceptuarse como instancia relativamente autónoma de orientación. Y A. V. BRÜNNECK, en afinidad electiva a todo ello, opina (*Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, pp. 146) que la jurisdicción constitucional no se encuentra con el consenso ya dado, sino que coadyuva para que el consenso constitucional, puesto objetivamente en cuestión de manera permanente a través de la amplia validez del principio de las mayorías en el Estado social, sea constantemente reformulado. Sobre todo ello, ahora, HALTERN, U.R., “Integration als Mithos”, *JÖR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)* 45 (1997), pp. 31 y ss.
3. Cfr. ya mi parecer en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 39, (1981). En general, en la literatura: ROELLECKE, G., “Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgericht im Verfassungsgefüge”, *Handbuch des Staatsrecht*, T. II, 1987, pp. 665 y ss.; KORINEK, K./MÜLLER, J.P./SCHLAICH, K., “Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 39 (1981), pp. 7 y ss.; STARCK, C./ STERN, K. (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, 3 tomos, 1983; D. Franke, “Verfassungsgerichtsbarkeit in den Ländern”, *Festschrift Mahrenholz*, 1994, pp. 923 y ss.; HESSE, K., “Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel”, *Juristen Zeitung*, 1995, pp. 265 y ss.; M. SCHULTE, “Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 1009 y ss.; H. SCHULZE-FIELITZ, “Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 122 (1997), pp. 1 y ss.; A. RINKEN, “Verfassungsgerichtsbarkeit als Arena politischer Justiz”, en A. GÖRLITZ (ed.), *Politische Justiz*, 1996, pp. 91 y ss.

## II. POLÍTICA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

### 2.1 Problema

La marcha triunfal de la jurisdicción constitucional es hoy mundial. Tras la institución pionera de Austria o de H. KELSEN (1920), pertenece a los elementos del Estado constitucional que han sido recibidos de variadas formas ulteriormente desarrollados, también cambiados y sometidos de nuevo a ensayo constantemente. La Suprema Corte de EE.UU. sirve, a su modo, de modelo, sea en su política jurídica, en cuanto a que, por ejemplo, en Alemania actualmente (1996-1997), se pondera prever un procedimiento de libre admisión para evitar una sobrecarga del TCFA respecto de los amparos constitucionales, sea en su doctrina, constantemente discutida, (por ejemplo, la teoría de la "preferred freedoms"<sup>4</sup>). Ello es también una razón por la que una teoría constitucional comparativa debe hacer suyas, y cuestionar, por lo menos, algunas palabras-clave que haya que tratar como temario en materia de jurisdicción constitucional en el actual estadio de desarrollo del Estado constitucional. La siguiente selección resulta fragmentaria, la desbordante literatura<sup>5</sup> no es ni siquiera someramente "arrastrada". Y ello no sólo por necesidad, también por virtud: la teoría constitucional concebida como ciencia textual y cultural trata primariamente los textos constitucionales recogidos selectivamente de la amplitud del espacio y del abismo del tiempo y los transforma selectivamente en "literatura" para descomponer el potencial científico y de experiencia acumulado en textos; las cuestiones político-constitucionales deberían ser planteadas con ayuda de los materiales textuales y darse posibles respuestas que se pudieran agrupar tipológicamente en determinados ciclos temáticos.

- 
4. Sobre ello, JAAG, T., "Preferred Freedoms", en *Schweizerischen Verfassungsrecht. Études en l'honneur de J.-F. Aubert*, 1996, pp. 355 y ss.; véase, también, E. KLEIN, "Preferred Freedoms-Doktrin und deutsches Verfassungsrecht", *Festschrift Benda*, 1995, pp. 135 y ss.
  5. Cfr. SCHLAICH, K., *Das Bundesverfassungsgericht*, 4.ª ed., 1997; HÄBERLE, P. (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976; STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T. II, 1980, pp. 341 y ss.; STARCK, C. (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 2 tomos, 1976; ROELLECKE, G., "Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgericht in der Gerichtsbarkeit", *Handbuch des Staatsrecht*, T. II (1987), pp. 665 y ss.; SIMON, H., "Verfassungsgerichtsbarkeit", *Handbuch des Verfassungsrecht*, 2.ª ed., 1994, pp. 1637 y ss.; HESSE, K., *Grundzüge*, Op. cit., pp. 239 y ss. (278 y ss.). Para Suiza: AUER, A., *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1984 (sobre ello, mi contribución: "Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich", *Die öffentliche Verwaltung*, 1986, pp. 830 y ss.). Es interesante desde un punto de vista histórico: SÄCKER, H., "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee", *Festschrift Zeidler*, 1987, pp. 265 y ss.

Al respecto, resulta evidente que los “modelos” o textos no pueden ser recepcionados sin más. Cada concreta cultura constitucional de un país se ha formado “individualmente” y debe ser respetada como “autónoma”. Así, Francia no puede recepcionar sin más el modelo de los EE.UU.: su Consejo Constitucional funciona ya bien en la cauta extensión de sus competencias. Debe, así también reclamarse prudencia para la Europa del Este; la Edad constitucional que allí alborea, que al mismo tiempo es una época de la nueva jurisdicción constitucional (a la que se anticipó Polonia ya antes del viraje de 1989<sup>6</sup>), resulta precaria. Por otro lado, honra oír que los Jueces sudafricanos pidieron consejo en 1996 en Karlsruhe al TCFA y que el Tribunal constitucional sudafricano fue incluso intercalado en el proceso constituyente para insistir en el cumplimiento de todos los *Constitutional Principles* de la Constitución provisional de 1993 en la ya definitiva de 1996 (cfr. Cap. V, art. 66, apartados 2 y 4).

## 2.2 Tres esferas problemáticas: elección de los jueces, competencias y votos particulares a la luz de la comparación de niveles textuales (una selección)

### 2.2.1 La elección de los jueces

La elección de los jueces<sup>7</sup> es uno de los campos problemáticos más peliagudos de la jurisdicción constitucional actual. Cuantas más competencias escritas o tácitas asume ésta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta. Puesto que, en Alemania, el TCFA se ha ganado, a base de esfuerzo, un lugar tan central en el conjunto del sistema del “Estado y la sociedad”, “Constitución y contrato social” y también frecuentemente la política de Bonn descarga, de excesivo buen grado, sus problemas en Karlsruhe [sede del TCFA], la discusión sobre la elección de los jueces constitucionales de la

6. Sobre ello, GARLICKI, L., “Vier Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen (1986-1989)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 39 (1990), pp. 285 y ss.

7. En la literatura: GECK, W.K., “Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter”, *Handbuch des Staatsrecht*, T. II (1987), pp. 697 y ss.; BILLING, W., *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht – ein Beitrag zum Thema Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1969; TRAUTWEIN, L., *Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern*, 1994. Véase, también, FRANK, H., “Die ‘neutralen’ Richter des Bundesverfassungsgerichts”, *Festschrift Zeidler*, 1987, pp. 163 y ss.; STERN, K., “Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter”, *Ged.-Schrift für Geck*, 1989, pp. 885 y ss.

Federación debería conducirse más franca y abiertamente que hasta ahora. Sobre todo, habría que ensayar modelos alternativos.

Aquí viene en consideración, por un lado, el *Hearing* público de los candidatos<sup>8</sup>. El modelo de los EE.UU. (audiencia ante el Senado) ha hecho surgir en la práctica, desde luego, algunas dudas. Queda por ver cómo opera el audaz ensayo de la Constitución de Brandenburgo (1992): su artículo 112, apartado 4, frase 4.<sup>a</sup> prevé “una audiencia, antes de la elección, en una Comisión a determinar por el Parlamento del *Land*”. Previamente, la frase 2.<sup>a</sup> del mismo precepto exige, con relación a la elección, “esforzarse para que las fuerzas políticas del *Land* estén representadas de manera proporcionada con las propuestas”: un intento, digno de aplauso, de “pluralizar” el terreno de la elección de los jueces constitucionales.

Por otro lado, habría que cuestionarse si no hay modelos “mejores” para dotar de mayor carácter abierto y pluralidad a las elecciones. Al respecto, juegan buenas razones a favor del temprano “modelo italiano” de 1947, que también hace escuela en la Europa del Este desde el “viraje”. El art. 135, apartado 1.<sup>o</sup>, de la Constitución italiana prescribe el nombramiento de los 15 jueces como sigue: un tercio de los jueces elegidos por el Presidente, un tercio por el Parlamento y otro tercio por los jueces supremos ordinarios y de lo contencioso-administrativo<sup>9</sup>. La participación del Presidente, que de algún modo se sitúa de modo independiente por encima de los partidos políticos, es, a mi juicio, un modelo a tomar en serio. En Italia, ha dado manifiestamente buenos resultados, porque los Presidentes tuvieron permanentemente buena mano en la elección de juristas constitucionales de primera categoría ( los últimos, A. BALDASSARRE y G. ZAGREBELSKY).

En Europa del Este se encuentran “soluciones presidenciales” parecidas, en parte más amplias: el artículo 163, apartado 1.<sup>o</sup>, de la Constitución de Eslovenia (1991), por ejemplo, hace elegir a los jueces constitucionales “a propuesta del Presidente del Estado, por el Parlamento estatal”. La Constitución de Lituania (1992) hace intervenir al Presidente en la nominación de

8. Sobre ello mi temprano apoyo (1971) adhiriéndome a FRIESENHAHN, E. en *Das Bundesverfassungsgericht im dritten Jahrzehnt*, coord. por FROWEIN, J.A./MEYER, H./SCHNEIDER, P., 1973, pp. 54 y ss.; ver, también, la contribución “Bundesverfassungsrichter – Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis öffentlicher Anhörung”, en GUGGENBERGER, B./MEIER, A. (eds.), *Der Souverän auf der Nebenbühne*, 1994, pp. 213 y ss.

9. En la literatura, LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990; DIETRICH, M., *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, 1995; ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2.<sup>a</sup> ed., 1988; recientemente, BONINI, F., *Storia della Corte Costituzionale*, 1996.

tres de los nueve jueces (artículo 103, apartado 1.º, frase 3). La Constitución de la República Checa (1992) determina en el artículo 84, apartado 2.º: “Los jueces del Tribunal Constitucional son elegidos por el Presidente de la República con la aprobación del Senado”. También el artículo 134, apartado 2.º, de la Constitución de la República eslovena (1992) da al Presidente un enorme poder. El artículo 147, apartado 1.º, de la Constitución de Bulgaria (1991) asume casi literalmente el “modelo italiano”. El artículo 128, apartado 1.º de la Constitución rusa (1993) concede el Presidente un derecho de propuesta (elección a través del Consejo de la Federación)<sup>10</sup>.

Las nuevas Constituciones de Europa del Este, que casi sin excepciones sitúan destacadamente a su tribunal constitucional en capítulos propios, conceden, ciertamente, al Presidente del Estado, en la mayoría de los casos, más amplias competencias en conjunto: la participación en la elección de los jueces constitucionales parece, por lo tanto, consecuente. En otras palabras, aunque haya sido un honor para la Ley Fundamental asumir el modelo italiano, debería cuestionarse si ello no contradice el recalcado estatus “sólo” representativo del Presidente federal alemán. La comparación jurídica al servicio de la política jurídica y constitucional debe siempre (y no puntualmente) proceder comparativamente y trabajar, en el sentido de E. Fraenkel, “funcionalmente”. Para ello, debería, por ejemplo, estar vinculada la posibilidad de los votos particulares con una exclusión de la reelección de los jueces constitucionales. Que también la Constitución francesa de De Gaulle fue —con su artículo 56, apartado 1.º ( tres de los nueve jueces son nombrados por el Presidente), que seguía en ello a Italia—, junto con la italiana, modelo en la Europa del Este, es algo que hay que presuponer.

### 2.2.2 Las competencias

Un análisis comparativo de niveles textuales permite constatar una impresionante expansión de las competencias de la jurisdicción constitucional en los distintos países. En algunos, es posible que haya operado el modelo alemán de la Ley Fundamental. Este poder competencial o funcional particular de la jurisdicción constitucional, que revela la confianza especialmente válida respecto de ella del constituyente, puede tener muchas razones de ser. Una de ellas reside en la esperanza de que precisamente la jurisdicción

---

10. La Constitución de Mongolia (1992) regula el modelo *por tercios* italiano con modificaciones (artículo 65, apartado 1.º). Parecidamente, el artículo 148, apartado 2.º, de la Constitución de Ucrania (1996); el artículo 88, apartado 2.º, de la Constitución de Georgia (1995). Véase, también, el artículo 95 de la Constitución de Armenia (1995).

constitucional prohibirá a tiempo los regímenes totalitarios que germinen y agregará al antitotalitario “consenso de los demócratas” un específico consenso antitotalitario de la jurisdicción constitucional. Puesto que, en Europa, el TEDH en Estrasburgo y el TJCE en Luxemburgo ya son, de algún modo, tribunales constitucionales (“nacientes”)<sup>11</sup>, a través de la jurisdicción constitucional se refuerza la estabilización, pero también el desarrollo ulterior, del Estado constitucional.

La Constitución de Portugal (1976/1992) dedica un capítulo propio a la jurisdicción constitucional (artículo 223 a 226) y prescribe sus competencias, por ejemplo en el ámbito político de los *referenda* y las consultas populares (artículo 225, apartado 2.º, letra f). La Constitución española (1978/1992) amplía todavía más las competencias y conoce también —al contrario que Italia— el amparo constitucional. Alemania, sin embargo, sigue a la cabeza en una comparación de las competencias de su Tribunal Constitucional Federal, si bien los países de la Europa del Este no son parcos (por ejemplo, artículo 160 de la Constitución de Eslovenia; artículos 127 y 132 de la Constitución de la República eslovaca; artículo 110 de la Constitución de Macedonia de 1991; artículo 125 de la Constitución croata de 1991; artículo 89 de la Constitución de Georgia de 1995)<sup>12</sup>. El amparo constitucional contra leyes y resoluciones judiciales sigue siendo, al igual que el control normativo abstracto, un rasgo especial del TFC alemán. Si las competencias de los tribunales constitucionales en los demás países de Europa se amplían o se reducen, y cómo lo hacen, es algo que depende, evidentemente, también de la autocomprensión y de la *praxis* de los propios tribunales.

### 2.2.3 *Votos particulares de los jueces constitucionales*

Los votos particulares, descubiertos —como es sabido— en los EE.UU. por los jueces de la que allí es la *Supreme Court*, son un tercer círculo problemático en el que la política constitucional, basada en un análisis comparativo de niveles textuales, en materia de jurisdicción constitucional, se reclama y

11. Cfr. WEIDMANN, K.W., *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgericht*, 1985; BERNHARDT, W., *Verfassungsprinzipien – Verfassungsgerichtsfunktionen – Verfassungsprozeßrecht im EWG – Vertrag*, 1987.

12. Que la jurisdicción constitucional regional en los nuevos cinco *Länder* alemanes está bajo la influencia del TCF como modelo hay que mantenerlo: cfr. el artículo 80 de la Constitución de Turingia (1993); el artículo 53 de la Constitución de Mecklemburgo-Pomerania (1993); el artículo 75 de la Constitución de Sajonia-Anhalt (1992). Sobre el amparo constitucional, mi contribución en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 45 (1997), pp. 89 y ss.

se descubre. Desde la teoría constitucional aquí desarrollada, los votos particulares son consecuentes: son expresión de la “publicidad y carácter abierto de la Constitución”, de la apertura de sus intérpretes y del “pluralismo de la Constitución”, consecuencia, en último término, del tópico “tiempo y cultura constitucional”; posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de “pensar en posibilidades”<sup>13</sup>. Opera pacíficamente, porque, si se da el caso, la parte vencida se sabe, en el voto particular, “preservada”\* en el sentido de HEGEL; y abren una específica “ventana del tiempo”, por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría (así, paradigmáticamente, en el caso de W. RUPP VON BRÜNNECK, *BVerfGE* 32, 129, 142 y ss.). Por ello, son también una parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son, a mi juicio, el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en el actual estadio de desarrollo. Especialmente en Alemania se han acreditado desde 1971 (paradigmáticamente, por ejemplo, *BVerfGE* 80, 137, 164 y ss.: equitación en los bosques), incluso —o precisamente— hace poco en la vehementemente discutida sentencia “anticrucifijo” (*BVerfGE* 93, 1,25 y 34 y ss.).

El análisis de los textos sorprende: mientras en Alemania una reforma de 1970 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal ha posibilitado el voto particular, en la Constitución Española de 1978 figura como institución ya en el propio texto constitucional formal (artículo 164, apartado 1.º, frase 1.ª). Lo que en Alemania es sólo una “acreditada” *praxis* sobre la base de una ley formal parlamentaria, en España se ha transformado o cuajado en un texto en el ámbito constitucional: una prueba de la fertilidad del análisis de niveles textuales aquí aplicado. En Suiza, el voto particular no se ha establecido todavía para el Tribunal Federal de Lausana —y ello a pesar del carácter abierto de sus deliberaciones, o precisamente por ello mismo! En Italia es hoy vivamente discutida su introducción, sobre todo en la órbita de la *Corte [Costituzionale]* en Roma. Puesto que los propios magistrados disidentes se imponen —*deben* imponerse— un considerable esfuerzo de fundamentación, ya que se hallan sometidos a una presión de legitimación<sup>14</sup>, los

13. HÄBERLE, P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, pp. 558 y ss.

\* El término utilizado por HEGEL a que se refiere el autor es “*aufgehoben*”, que significa primariamente “anulado”, “abolido”, “cancelado”, “superado”, “suprimido”, etc., pero en este caso, con la referencia a la obra de HEGEL, la mejor traducción parece ser la hecha en el texto principal, rectificando, así, la más literal utilizada en la primera versión de esta traducción, ya mencionada. (Nota del traductor).

14. Sobre todo ello, HÄBERLE, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979 pp. 24 y ss. Véase, también MACHACEK, R., “*Pro und Kontra Dissenting Opinion*”, *Festschrift Adamovich*, 1992, pp. 361 y ss.; LAMPRECHT, R., *Richter kontra Richter*, 1992.

votos particulares también son de provecho para la ciencia. Además, pueden trabajar con el Derecho comparado más explícitamente<sup>15</sup>.

Evidentemente, hay también argumentos en contra de su inmediata introducción, por ejemplo, en los países de Europa del Este. Éstos, que se deben establecer como Estados constitucionales sólo en procesos de "entrenamiento" y socialización más largos, no pueden quizás permitirse "todavía" los votos particulares. El muy diferente pensamiento constitucional de los países de Europa Occidental es hoy, en la Europa del Este o incluso en los Estado reformados de Asia, demasiado prematuro. El argumento dirigido en contra de ellos en Alemania hasta 1970, de la "seguridad jurídica" que se pondría en peligro puede tener allí mayor peso que en la Alemania actual. Desde un punto de vista de política jurídica, se aconseja una introducción del voto particular en los "nuevos" Estados constitucionales en un momento ulterior, y, aun entonces, sólo cautelosamente. El hecho de que España se haya aventurado a ello de manera inmediata en 1978 dice mucho a favor de este país, pero no debería ser imitado sin más. Una vez más se muestra que, como ocurre con toda política jurídica y constitucional, hay que tomar en cuenta la correspondiente fase de crecimiento, las condiciones previas culturales y jurídicas y, no en último término, a los ciudadanos y su concreta situación<sup>16</sup>.

---

15. Aunque poco vistosamente, esta bien regulado el voto particular en el artículo VII, número 13 de la Constitución de Filipinas (1986), cuya frase 3 dice: "Any member who took not part, or dissented, or abstained from a decision must state the reason therefore".

16. En Sudáfrica, también la Constitución de KwaZulu/Natal (1996) ensayó un Tribunal Constitucional (capítulo octavo) en sintonía con la Constitución de Sudáfrica (1996/1997). Esta da a su *Constitutional Court* amplias competencias (Cfr. artículo 167 de la Constitución de 1996).