

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD ABIERTA*

Peter HÄBERLE**

SUMARIO: I. *Introducción*. Primera parte: Sociedad abierta. Garantías de apertura del Estado constitucional hacia “adentro” y hacia “afuera”. II. *El concepto*. III. *Garantías de apertura hacia “adentro”*. IV. *Garantías de apertura hacia “afuera”*. Segunda parte: “Jurisdicción constitucional”. V. *Dimensión histórica y comparación mundial*. VI. *Elecciones al Tribunal Constitucional*. VII. *Competencias*. VIII. *Derecho procesal constitucional como derecho del pluralismo y la participación*. IX. *Efectos vinculantes, “consecuencias” de las decisiones del Tribunal Constitucional*. Tercera parte: La jurisdicción constitucional como parte de la sociedad abierta, como tribunal social *sui generis*, como participante en la actualización del contrato social constitucional. X. *El Tribunal Constitucional Federal como “Tribunal Constitucional”, como “tribunal social” sui generis*. XI. *La jurisdicción constitucional “en el” contrato social: el Tribunal Constitucional Federal Alemán como regulador en el proceso continuo de garantía y actualización de la Constitución como contrato social*. XII. *Aplicación variable en el tiempo y el espacio*. XIII. *Panorama y conclusión*. XIV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la actual fase de desarrollo del “tipo Estado constitucional”, para el tema aquí a tratar, sólo un planteamiento desde el primer momento com-

* Traducción de Joaquín Brage Camazano.

** Catedrático emérito de derecho público, D. eclesiástico y filosofía del derecho de la Universidad de Bayreuth, Alemania. Doctor *honoris causa* múltiple por varias universidades europeas y latinoamericanas, con parte de su obra traducida a numerosos idiomas.

parativo es productivo. El mismo se emprendió especialmente para la jurisdicción constitucional en la contribución del autor para el Homenaje al Tribunal Constitucional Federal de 2001 (tomo I, pp. 311 y ss.): “Das BVerfG als Muster einer selbstständigen Gerichtsbarkeit”.¹ Hasta ahora, y hasta donde conocemos, falta un estudio que discuta de modo parecido la “sociedad abierta” en una perspectiva jurídico-constitucional iuscomparada. Ello se intenta hacer, no sin riesgo, en lo que sigue, especialmente en conexión con la jurisdicción constitucional. Ambas, la “sociedad abierta” y la “jurisdicción constitucional”, sólo pueden ser tratadas en una simultaneidad intelectual. Sin embargo, la siguiente “primera parte” se dedica, primariamente, a la “sociedad abierta” y la segunda, en principio separada, a la “jurisdicción constitucional”. Ambos temas deben reunirse en la tercera parte, a pesar de que ello, a la vista de la brevedad fijada incluso para este “gran tema”, sólo es posible en palabras-clave.

PRIMERA PARTE: SOCIEDAD ABIERTA. GARANTÍAS DE APERTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL HACIA “ADENTRO” Y HACIA “AFUERA”

II. EL CONCEPTO

La “sociedad abierta” es el prototipo diseñado en 1945 por Sir Popper como contraprograma a los sistemas filosóficos de un Platón y un Hegel, pero también al fascismo y comunismo totalitarios. Ella tiene tras de sí, como palabra y como concepto, una historia de éxito sin igual, en principio en el mundo occidental, y después de 1989, por lo menos según los textos constitucionales, también en la Europa del Este; ya es casi un “lugar común” en el buen sentido de la palabra, se encuentra incluso expresamente en nuevos textos constitucionales (por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución de Perú de 1979, así como en la Europa del Este: el Preámbulo de la Constitución de Lituania de 1992: “sociedad abierta, burguesa armónica”) y es casi indiscutida en la ciencia (véase también la

¹ La versión en español es Häberle, Peter, “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”, en Häberle, Peter y Hesse, Konrad, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, México, Porrúa-IMD Derecho Procesal Constitucional, colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional dirigida por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2005, traducción y estudio introductorio de Joaquín Brage Camazano (*nota del traductor*).

Sentencia del KPD de BVerfGE 5,85, especialmente 134 y ss, 197 y ss.). Jurídico-constitucionalmente, apenas ha sido tratada en una perspectiva básicamente iuscomparada. Hubo conatos de ello en la tesis “La Constitución del pluralismo” (1980), también en la palabra de la “sociedad pluralista” (BVerfGE 52, 223, 252). Desde hace poco pasa la llamada “sociedad burguesa” a primer plano, también en los textos constitucionales (*cf.* el Preámbulo de la Constitución de Chechenia de 1992: “Principios de la sociedad burguesa”). Su objetivo es fortalecer al ciudadano, moverlo hacia el centro del Estado constitucional y su sociedad pluralista, y en parte también frente a las competencias del Estado hiperfortalecidas, así como frente al señorío del “mercado” y de los partidos políticos que se establecen en no raras ocasiones con autosuficiencia. El pensamiento *desde el ciudadano y su sociedad* debe limitar y corregir el tradicional “pensamiento desde el Estado”. La ciudadanía de la Unión (artículos 17 y ss. CE) contribuye a ello. Si se elaboran las garantías de apertura del Estado constitucional con los métodos y contenidos de la teoría constitucional comparada, se puede esbozar la siguiente imagen:

III. GARANTÍAS DE APERTURA HACIA “ADENTRO”

Con todas las reservas contra la diferenciación de lo “exterior” y lo “interior”, hay que mencionar como elementos constitutivos del Estado constitucional abierto, antes que nada, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde *el ciudadano* (La “Libertad y apertura del proceso político” y la “Apertura del ordenamiento constitucional” de K. Hesse, 1966).

Al mismo tiempo, sucede lo mismo por virtud del principio democrático basado en la dignidad de la persona: las *elecciones* libres, iguales y secretas, justas, *periódicas* (“dominio a plazo”) condicionan la apertura social. Elaboran el cambio social en el horizonte de “tiempo y Constitución”. A ello corresponde la específica apertura del derecho de partidos (ninguna valla excesiva para los nuevos aspirantes: “igualdad de oportunidades de los partidos políticos”). Las regulaciones, por ejemplo en materia de la cláusula de bloqueo del 5%, varían según cada Estado constitucional nacional, pero hay límites por arriba. La cada vez más subrayada conexión de “democracia y opinión pública” (G. Heinemann: “La opi-

nión pública como oxígeno de la democracia”, aclara que la “sociedad abierta” sólo es posible como pública, aun con toda la protección irrenunciabile de la privacidad.

Si se comparan las Constituciones individuales, se pueden reconocer *garantías específicas de pluralismo*:

- En general, el preámbulo de la Constitución de Moldavia de 1994: el pluralismo político como “bien supremo”.
- Véase también el artículo 1,1 de la Constitución de España de 1978.
- Destacable igualmente el artículo 8,1 de la Constitución rumana de 1991: “el pluralismo en la sociedad rumana es una condición y una garantía de la democracia constitucional”.
- El artículo 15,1 de la Constitución de Ucrania de 1994 habla de “variedad política, económica e ideológica”.
- El artículo 1,2 de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991: “pluralismo político”.
- Igualmente el Preámbulo e la Constitución del Chad de 1996.
- El Preámbulo de la Constitución de Benín (1990) habla de la “democracia pluralista”.
- Véase igualmente el Preámbulo de la Constitución de Mali de 1990.
- El Preámbulo de la Constitución de Burundi de 1991 apela al “orden democrático pluralista”.
- El Preámbulo de la Constitución del Congo de 1992 aspira a “Unidad en la diversidad cultural”.

Son ejemplos especiales también de la realidad constitucional en particular la variedad de los medios, el equilibrio entre el poder sindical y el empresarial, las libertades públicas como las de manifestación y asamblea, no en último lugar la libertad de información y la de prensa, así como la libertad económica y de ciencia. A partir de ello gana en evidencia la tesis de la Constitución como proceso público (1969).

La sociedad burguesa, en lugar de las (hasta ahora demasiado poco investigadas) “sociedades paralelas”, necesita sus condiciones marco jurídico-constitucionales; éstas (por ejemplo, en París y Berlín especialmente en el “medio ambiente de inmigrantes”) dividen el viejo concepto europeo del “ciudadano” y privan a la apertura literalmente de su propio “suelo” y raíces. Se necesita un *humus*, una base, desde la que se pueda

pensar y practicar la “apertura”. Es la Constitución la que fija, más estrictamente o con mallas grandes, estas reglas como condiciones-marco. Las garantías para los grupos plurales multiculturales, como sociedades religiosas “extrañas”, por ejemplo el Islam, hay que verlas desde este trasfondo.

Las Organizaciones No Gubernamentales como “sistema de advertencia temprana” tienen el gran mérito de hacer las sociedades *constituidas* más abiertas, con frecuencia precisamente allí donde las mismas están ideológicamente “anquilosadas”, “ciegas” o incluso parcialmente “cerradas”. Pero deben adaptarse a las condiciones del concreto Estado constitucional. Una teoría constitucional general de la sociedad abierta es hoy un *desideratum* de la ciencia (un elemento lo constituye, por ejemplo, el esperado “diálogo social”: Preámbulo de la Constitución de Polonia de 1997). Las clásicas teorías del contrato social deben actualizarse. Los textos hasta ahora citados de las nuevas Constituciones señalan la dirección y son una prueba de que el Estado constitucional tematiza de nuevo y explícitamente la sociedad abierta en el actual desarrollo de los niveles textuales.

Un intento especial de aplicar la “sociedad abierta” de Popper a la ciencia del derecho constitucional fue, y es, el paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Desarrollado en 1975, recientemente aplicado a la Constitución europea *in nascendo*, este paradigma inserta a los ciudadanos, a cada ciudadano, en el proceso de interpretación constitucional. La palabra-clave reza: “Constitución para todos” y “de todos”. Cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo. Se hace referencia no sólo a los ámbitos cubiertos por los derechos fundamentales, en los que el titular del derecho opera o “interpreta” respecto de su llamada “autoconcepción” puesta en práctica, por ejemplo:

- La libertad de religión (desde BVerfGE 24, 236, 245 ss.; 99, 100, 125), o
- La libertad de coalición y arte (*cf.* también BVerfGE 83, 130, 148; más generalizadamente: BVerfGE 54, 148, 155 y ss.).
- También el ciudadano que eleva un amparo constitucional, da su opinión ante el Tribunal Constitucional, es un intérprete constitucional en este amplio sentido.

La expresión de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” (1975) es tan poco pensable sin Popper como científico-culturalmente, sin el “sacerdocio de todos los creyentes” de los protestantes; sigue siendo discutida en Alemania, pero también se le cita mucho (últimamente, F. Fromme, en el *Frankfurt Allgemeine Zeitung*, del 13 de octubre de 2005, p. 37). Experimenta actualmente, sobre todo en Alemania, y de manera especial en Brasil, hasta en cuestiones particulares del derecho procesal constitucional (*amicus curiae briefs*) un reconocimiento alentador. La sociedad abierta es una “constituida”, reconocible, por ejemplo, en la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Es expresión del *status culturalis* del individuo; el *status naturalis* es una (irrenunciable) ficción. No hay ninguna “libertad natural”, sólo hay libertad cultural.

La así concebida “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” necesita la *fundamentación cultural*, en especial a la vista de la economización total que se está propagando. Se trata de lo que mantiene en último término unido, en lo más íntimo, a un Estado constitucional como sociedad burguesa constituida (seguramente, ello no es primariamente el “mercado”). Con otras palabras, la tesis del “concepto abierto, plural, de cultura” (1979) es aquí aplicable.

Una “respuesta última” no se ha encontrado todavía. El “patriotismo constitucional” (D. Sternberger), y también la “cultura dominante” pueden ser intentos de vincular la apertura y el consenso básico uno con otro. Pero no pueden ser la “última palabra”. La Ley Fundamental, como “cultura dominante” vinculante, es, con la acentuación de su apertura, una fórmula posible, pero tampoco más que eso. El pasaje en el artículo 1o., frase 2a. de la Constitución eslovena de 1992 (no “se vincula a ninguna ideología o religión”) es importante y representativo del tipo “Estado constitucional”.

IV. GARANTÍAS DE APERTURA HACIA “AFUERA”

La apertura de la sociedad en lo interno tiene hoy su correspondencia en la apertura “hacia fuera”. Al respecto, se piensa ciertamente que el concepto clásico de soberanía se ha relativizado hace tiempo y el esquema interno/externo posee solamente un limitado valor cognoscitivo. Las palabras-clave son “estatalidad abierta” (K. Vögel, 1964), “Estado constitucional cooperativo” (P. Häberle, 1978), que se manifiestan en cláusulas

las de cooperación como el artículo 28,2 de la Constitución de Grecia de 1975 y el Preámbulo de la Constitución española de 1978. Es útil la expresión del “derecho político cosmopolita” (D. Thürer, 2005), pero también la comprensión de la “constitucionalización” del derecho internacional en su conjunto.

Los motores de esta constitucionalización siguen siendo cada uno de los Estados constitucionales nacionales, que transforman su comunidad supraestatal de la mera coexistencia pacífica en una cooperación pacificadora. Algunas garantías de esta apertura son:

- La recepción declarada abierta de los derechos universales de la persona que llevan a cabo expresamente muchas nuevas Constituciones. Por ejemplo: el artículo 10,2 de la Constitución española de 1978; el artículo 2,3 de la Constitución de Brandenburgo de 1992; el artículo 4o. de la Constitución de Moldavia de 1994; el Preámbulo de la Constitución de Guinea Ecuatorial de 1991; el artículo 10 de la Constitución de Burundi de 1992.
- La palabra-clave es también el “filioiusinternacionalismo”, por ejemplo, de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 303, 362; 18, 112, 121; 31, 58, 75 y ss.; 58, 1, 41; 60, 343, 379 y ss.; 111, 307 y 324 y ss.), así como la apertura del mercado (“mercado mundial”), por tanto, la comunidad mundial abierta en el ámbito económico e Internet, contra el que los Estados en sí cerrados, como China o Corea del Norte, sólo con esfuerzos pueden defenderse.
- Los derechos humanos se convierten en “derecho interno del Estado constitucional” (véase también el artículo 1,2 de la Ley Fundamental en atención a la Convención Europea de Derechos Humanos).
- Agréguese las cláusulas de responsabilidad como el artículo 151 de la Constitución de Guatemala de 1985.
- Luego la Constitución de las *uniones regionales de Estados y Constituciones*, como la Unión Europea, por virtud de artículos expresos sobre Europa (por ejemplo, el artículo 23 de la Ley Fundamental). Para el ámbito americano, recuérdese el Tratado Norteamericano de Libre Comercio.
- También los artículos sobre posible transferencia de derechos de soberanía (*cf.* artículo 24 de la Ley Fundamental; artículo 117 de

- la Constitución de Mali de 1992; el artículo 123,1 de la Constitución de Albania).
- La disposición a ayuda humanitaria para pueblos con escasez (artículo 54,2 de la Constitución de Berna de 1993), así como
 - Objetivos de educación como la “reconciliación de los pueblos” (artículo 148 de la Constitución de la República de Weimar, de 1919).
 - Luego las normas para el mejoramiento de la posición jurídica de los extranjeros. Es llamativo el Preámbulo de la Constitución de Rusia de 1993, que ve al país como “una parte de la comunidad mundial” (véase también la renuncia a la soberanía en interés de la unidad africana en el artículo 122 de la Constitución de Nigeria de 1996).
 - Desde el lado de la ciencia, la teoría de la comparación jurídica como “quinto” método interpretativo (1989) alcanza una específica apertura de los Estados constitucionales en la relación de unos con otros. Los dos tribunales constitucionales europeos, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son aquí especialmente exigentes.

SEGUNDA PARTE: “JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL”

V. DIMENSIÓN HISTÓRICA Y COMPARACIÓN MUNDIAL

La jurisdicción constitucional “en el” Estado constitucional tiene hoy una gran historia de éxito, casi mundial. Hay que diferenciar los dos “modelos” de la “jurisdicción constitucional autónoma” según el tipo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, 1803, que comenzó en el caso *Marbury vs. Madison* (derecho judicial de examen) y la llamada “jurisdicción constitucional autónoma”, establecida por primera vez en Austria en la llamada Constitución de Kelsen de 1920 (el Tribunal del Estado de Weimar de 1919 se vanagloriaba demasiado de su debilidad). Ambos modelos son tipos de igual valor de jurisdicción constitucional material, puesto que los dos cumplen en la práctica el postulado de la “primacía de la Constitución” y aplican el derecho judicial de examen. Ya *hic et nunc* se puede decir que ambos son una verdadera jurisdicción característica de la “sociedad abierta”, independiente. Al respecto, la apertura es un ar-

gumento para aquellos que hoy en los Estados Unidos de Norteamérica quieren abrogar el “life tenure” de los jueces de la Suprema Corte.

VI. ELECCIONES AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Aquí son manifiestos los déficits en atención a la “sociedad abierta”. El postulado de la “representación social” no se cumple con frecuencia, porque los partidos políticos monopolizan en muchos Estados constitucionales la elección de cada juez constitucional. Éstos, sin embargo, una vez elegidos, en su mayoría dictan “jurisprudencia del pluralismo” independiente de los partidos, pero la elección no es abierta.

Por lo menos en Estados Unidos de Norteamérica existen las *hearings* ante el Senado para los candidatos a juez; la Constitución de Brandenburgo osa igualmente fijar una comparecencia (artículo 112,4, frase 4a.); pero, en lo demás, las elecciones de los jueces constitucionales siguen siendo “cerradas”.

Una cierta relajación ejemplar creó la Constitución de Italia (1947): el presidente de Estado llama, según el artículo 135,2 de la Constitución, a un tercio de los jueces constitucionales (véase también el artículo 140,2 de la Constitución de Rumanía de 1991; el artículo 88,2, frase 2a. de la Constitución de Georgia de 1995; el artículo 107,2 de la Constitución de Madagascar de 1995). Ejemplarmente, el artículo 112,4, frase 2a. de la Constitución de Brandenburgo exige: “En la elección hay que aspirar a que las fuerzas políticas del país estén representadas proporcionalmente en sus propuestas”.

VII. COMPETENCIAS

En lo que sigue se cuestiona si la “sociedad abierta” se hace notar, y cómo, en las competencias de los tribunales constitucionales. Lo que es totalmente seguro es que así es cuando, como en la Ley Fundamental, “cualquiera” tiene la posibilidad de plantear un amparo constitucional (falta todavía, lamentablemente, por ejemplo, en Italia y en la Unión Europea). Porque con esta apertura del acceso el tribunal constitucional se transforma en “tribunal civil” *par excellence*.²

² Al respecto, véase Häberle, Peter, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano*, México, Fundap, 2005, traducción y estudio preliminar de Joaquín Brage Camazano (*nota del traductor*).

La “sociedad burguesa”, como nueva expresión para la “sociedad abierta”, se hace efectiva también en la posibilidad para los grupos plurales (por ejemplo, asociaciones) de lograr acceso al tribunal constitucional. En Alemania, se añade la legitimación orgánica de los partidos políticos (artículo 93,1, núm. 1, de la Ley Fundamental).

En algunas competencias, se confía incluso de forma totalmente específica a los tribunales constitucionales la apertura de la sociedad: por ejemplo, cuando un Estado constitucional se ha decidido a favor de la democracia “defensiva”, “axiológicamente vinculada” frente al totalitarismo (prohibición de partidos inconstitucionales, artículo 21 de la Ley Fundamental; véanse también los artículos 18 y 9,2 de la Ley Fundamental).

Toda apertura tiene sus *límites*. Un tribunal constitucional puede “guardarla”, si bien él no es el muy conjurado “guardián de la Constitución”.

En conjunto, el *optimum*, y no el *maximum*, de competencias podría ser una garantía de la apertura de la Constitución y de su sociedad, por tanto, tener un haz típico de competencias: amparo constitucional, materias de revisión electoral, controversias del Estado federal o del Estado regional, control normativo concreto y eventualmente abstracto, legitimación orgánica, legitimación de los presidentes y los jueces, competencias consultivas ocasionales. Detrás de todo ello está la idea directriz de evitar el abuso de poder, de la protección de los derechos fundamentales y las minorías, del trabajo para lograr el consenso básico, del equilibrio de poderes, de la garantía del pluralismo y de la apertura de la sociedad.

VIII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DEL PLURALISMO Y LA PARTICIPACIÓN

El derecho procesal constitucional, por así decirlo la “Ley Fundamental” de la jurisdicción constitucional, se demuestra, en una consideración más de detalle, como fundamental para cada sociedad abierta. La ciencia del derecho procesal constitucional experimenta actualmente en Latinoamérica —especialmente en Brasil, Perú y México— un enorme auge.

No es ninguna casualidad que las Constituciones recientes reconozcan que el derecho procesal constitucional tiene tareas y posibilidades específicas. En mi opinión, las mismas consisten en crear especiales po-

sibilidades de pluralismo y participación. La publicidad de las audiencias (en Suiza, ¡incluso de las deliberaciones!) corresponde a lo anterior. El “diálogo jurídico” (A. Arndt) debe (poder) hacerse realidad ante el foro del tribunal constitucional. Las “audiencias” de todo tipo, en la praxis del Tribunal Constitucional Federal en parte ejemplarmente llevadas a cabo (por ejemplo, BVerfGE 49, 304, 310 y ss.; 57, 70, 80 y ss.; 62, 117, 137 y ss.); 63, 255, 276 y ss.; 94, 241, 252 y ss.) sirven a este objetivo.

En Brasil, la Suprema Corte ha apelado recientemente de modo expreso, en sentencias particulares, a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” para justificar el instituto del *amicus curiae briefs*. El derecho procesal constitucional se transforma así en garantía del pluralismo y la participación, por gravoso que ello pueda ser a la vista de la sobrecarga de la mayoría de los tribunales.

Pero el instrumento más afortunado de apertura de la jurisdicción constitucional a la sociedad abierta es el voto particular: desarrollado por los Estados Unidos de Norteamérica, puesto en práctica en numerosos países (por ejemplo, Ucrania, Croacia, Alemania, Albania), en España regulado incluso a escala constitucional (artículo 164,1 de la Constitución de 1978), convierte a la Constitución en “proceso público”, lleva la apertura de la sociedad al tribunal constitucional y la devuelve de éste a aquélla (“jurisprudencia del pluralismo”). Y participa en el contrato social constitucional.

IX. EFECTOS VINCULANTES, “CONSECUENCIAS” DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sociedad abierta es “congenial” a una jurisdicción constitucional en la variada conformación de los diferentes efectos vinculantes o “consecuencias” de sus decisiones (artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal; *cfr.*, por ejemplo, BVerfGE 104, 191, 196 y ss.). El Tribunal Constitucional Federal ha creado un diferenciado haz: desde la declaración de nulidad de una ley hasta las “decisiones apelatorias”, el mero *obiter dictum*, pasando por la mera determinación de la inconstitucionalidad, y los jueces tienen la posibilidad del voto particular.

Los tribunales constitucionales no son, en mi opinión, “intérprete auténtico de la Constitución”, como lo dicen algunas Constituciones (por ejemplo, la Constitución de Albania de 1988, el artículo 124,1: “interpre-

tación definitiva”; el artículo 149,1 de la Constitución de Burundi de 1992: “el intérprete de la Constitución”; el artículo 149,1, núm. 1 de la Constitución de Bulgaria: “interpretación vinculante de la Constitución”), sólo son *un* intérprete en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, evidentemente uno cualificado de manera especial.

TERCERA PARTE: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO PARTE
DE LA SOCIEDAD ABIERTA, COMO TRIBUNAL SOCIAL *SUI GENERIS*,
COMO PARTICIPANTE EN LA ACTUALIZACIÓN
DEL CONTRATO SOCIAL CONSTITUCIONAL

X. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO “TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”, COMO “TRIBUNAL SOCIAL” *SUI GENERIS*

El Tribunal Constitucional Federal tiene, considerado formalmente, todas las propiedades de un tribunal estatal, utilizando su propia terminología (véase también BVerfGE 18, 241; 22, 42; 26, 186; 48, 300, 315 y ss.), 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 el tribunal *constitucional*, es decir, competente para controversias constitucionales materiales detalladas enumerativamente. El peso total de esta afirmación se entiende sólo a partir de una aclaración del concepto de Constitución. La “Constitución” es el orden jurídico básico del Estado y la sociedad, no es sólo restricción del poder estatal y es autorización al poder *estatal*. Comprende al Estado y a la sociedad. La jurisdicción constitucional como fuerza política opera desde el principio más allá del dogma de la separación del Estado y la sociedad.

Que el Tribunal Constitucional Federal es “tribunal constitucional” de *toda la res publica*, tiene repercusiones muy concretas en cuestiones de detalle, por ejemplo, en la recusación de los jueces; tiene además como consecuencia que el Tribunal no se puede atar a *una* u otra “Escuela”, sino que se debe esforzar por una integración pragmática de *elementos* teóricos.

Esta *referencia constitucional material* de la jurisdicción constitucional tiene implicaciones materiales y procesales: por ejemplo, en su vinculación al modelo del pluralismo y en la exigencia de la construcción

del derecho procesal constitucional a la vista de los instrumentos pluralistas de información y participación, por tanto, la sociedad abierta.

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 Tribunal Constitucional Federal Alemán en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar “en Karlsruhe” [sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán]. 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).

Este planeamiento conduce a un “nivel” ulterior. Hay que ver al Tribunal Constitucional Federal Alemán 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 Tribunal Constitucional Federal Alemán 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— quien 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 Tribunal Constitucional Federal Alemán 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,³ las Confederaciones de empresarios y las Confesiones religiosas, etcétera [por ejemplo, BVerfGE 50, 57 (69ss.); 51, 115 (119ss.)]. 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 “médium”, 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 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 Tribunal Constitucional Federal Alemán 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 ss.)], pero también en procesos más pequeños.

Llevado al extremo puede formularse: el Tribunal Constitucional Federal Alemán 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 socie-

³ DGB es el “Deutscher Gewerkschaftsbund” o Confederación de Sindicatos Alemanes (*nota del traductor*).

dad, de los tribunales estatales y “sociales” (como los llamados tribunales deportivos). El Tribunal Constitucional Federal Alemán 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) o 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 (384ss.)].

XI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL “EN EL” CONTRATO SOCIAL:
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN COMO REGULADOR
EN EL PROCESO CONTINUO DE GARANTÍA Y ACTUALIZACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO SOCIAL

1. *La tesis*

La tesis reza: el Tribunal Constitucional Federal 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 puede dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas, libre de “*vereinseitigende Setzungs-ideologien*”.⁴

⁴ 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*).

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. Rousseau, 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?

2. *Material de ejemplo*

La compensación de cargas nos ofrece ejemplos positivos de la resolución materialmente satisfactoria de cuestiones constitucionales mediante el modelo del contrato social y de generaciones: el gran rendimiento de la posguerra, ya histórico. Tanto el legislador federal y el Ejecutivo con sus numerosas regulaciones de las consecuencias como también la economía política y las ciencias empresariales afectadas, cada ciudadano ha contribuido al éxito de esta obra comunitaria ejemplar; el Tribunal Constitucional Federal ha allanado el camino jurídico-constitucional. Se puede aquí hablar de una “acción concertada” de todos los ciudadanos y grupos en el mejor sentido de la palabra: de una prueba afortunada del contrato social y generacional, de una unión de todos con todos.

Pero el contrato social tiene hoy también una actualidad específica para la generación mayor: ¡se concreta en la palabra clave “contrato de rentas”! Ni pueden “los jóvenes” ser gravados más de lo debido, ni tampoco “los mayores” pueden verse decepcionados en su confianza en la joven generación como “parte contratante”. La generación joven tiene que pensar, por su parte, lo que han hecho su padre y su madre en la época de la construcción republicana después de 1945. Se trata de la justicia de la prestación y contraprestación entre generaciones.

El modelo del contrato social no es menos explosivo en atención a la sobrecarga que amenaza a la generación joven a través del *endeudamiento público* o la *energía nuclear*. No sólo la “economía” no puede ser “probada” hasta los límites de su capacidad de resistencia; tanto menos

puede el futuro humano de las generaciones ser sobrecargado con riesgos incalculables. ¡Son partes del contrato social, por tanto, no sólo los vivos, sino también los todavía no nacidos! A su favor existe una fiducia. Quizás incluso haya hoy que verla como global, es decir, como referida a todo el globo terráqueo de nuestro “planeta azul”. La sociedad mundial hay que verla en un “contrato mundial”; incluso si éste no existe fácticamente, se tiene que comportar como si existiera: en pro de toda la humanidad. Los pactos de derechos humanos de la ONU son perspectivas en relación a esto.

En particular, el Tribunal Constitucional tiene *corresponsabilidad*, no una responsabilidad *él solo*, respecto del contrato social constitucional, en especial el generacional. Tiene aquí, sólo *junto a otros*, en especial junto al legislador democrático, un lugar específico jurídico-funcionalmente a él otorgado. El Tribunal Constitucional Federal no puede, por ejemplo, aprobar una regulación de las pensiones que grave o exonere a la generación joven o a la vieja de manera desproporcionada; “formalmente”, se puede argumentar con el principio del Estado social, la dignidad humana, la protección de la confianza y el valor del trabajo, pero materialmente debería orientarse al modelo del contrato [social].

El círculo de los participantes en el contrato social y constitucional debe comprender, por tanto, a la sociedad *abierta*, no puede establecer la sociedad cerrada: los grupos marginales, los discapacitados, los grupos que no se pueden organizar o sólo difícilmente pueden hacerlo (por ejemplo, los ancianos), corresponden a ello al igual que las minorías religiosas. El acceso debería permanecer tan abierto como fuera posible, así como, al contrario que la expulsión, *la libertad de emigración* debería protegerse como *derecho humano*: ¡sólo las sociedades totalitarias deniegan esta “rescisión” individual del contrato social!

En una visión *rápida* de la participación del Tribunal Constitucional Federal en la conservación y cambio del contrato social (como factor operativo), en conjunto: en su acreditación, y reconociendo una responsabilidad colectiva de todos en este “contrato constitucional” (la reciente historia acredita cuántas Constituciones son un compromiso surgido históricamente y no algo “puesto” o “emanación”), resulta para el Tribunal Constitucional Federal (y *mutatis mutandis*, para la jurisdicción constitucional de los *Länder*) lo siguiente:

En el juego recíproco de tradición y transformación, de cambio y conservación, el Tribunal Constitucional Federal tan pronto avanza, así en

materia de protección de minorías (casos de los Testigos de Jehová), como retrocede considerablemente, por ejemplo en el ámbito económico, no puede “excluir” totalmente o en su mayoría a las generaciones de los procesos de desarrollo progresivo de la Constitución ni transformarse a sí mismo de Senado [Sala judicial] en “consejo de ancianos” (*Seniorat*), esto es, ver como parte del contrato social sólo a los ancianos y vivos. Periodos de *judicial activism* y de *judicial restraint* se pueden suceder unos a los otros a la luz de una concepción del Tribunal Constitucional Federal iluminada por el contrato social: el Tribunal Supremo norteamericano proporciona al respecto un buen material ilustrativo. Sigue existiendo, en especial, el ámbito independiente del legislador democrático como primer poder.

En esta visión *desde el contrato constitucional* encaja el (nivelado) *status activus processualis* de grupos pluralistas al igual que la visión social conjunta del derecho procesal constitucional. El Tribunal Constitucional Federal en sentido amplio, como “tribunal social” *sui generis* que hay que ver más allá del dogma de la separación del Estado y la sociedad, ya no aparece más como utópico. El *status activus processualis constitutionis* está en deuda, en primer lugar, con el ciudadano: el recurso constitucional de amparo que permanece abierto a cualquiera sin obligación de asistencia letrada es su genuino derecho *fundamental* desde el aspecto procesal, es una pieza nuclear del *status activus processualis constitutionis*. Pero la concepción específicamente jurídico-constitucional del derecho procesal constitucional conduce también a su significación como derecho de información pluralista y como derecho de participación para los grupos pluralistas; yo me refiero a la creciente praxis del Tribunal de dar la palabra en procesos constitucionales más o menos “grandes” a organizaciones como la DGB,⁵ las Confederaciones empresariales, otras federaciones y grupos. Ello es expresión de una concepción *vinculada a la sociedad* de la función del Tribunal Constitucional Federal como tribunal constitucional, esto es, como un tribunal que comprende al Estado y a la sociedad, lo que por ello también incluye las cualidades sustanciales de este conjunto.

⁵ DGB es el “Deutscher Gewerkschaftsbund” o Confederación de Sindicatos Alemanes (*nota del traductor*).

XII. APLICACIÓN VARIABLE EN EL TIEMPO Y EL ESPACIO

Los roles y funciones de los tribunales constitucionales comparados unos con otros y su tarea para la sociedad abierta se desarrollan y varían literalmente “con el correr del tiempo”, según el espacio y el tiempo en cada caso. Hay que entenderlos *históricamente*. Ni siquiera el “tipo” abstracto “Estado constitucional” permite o exige adoptar una declaración sobre qué papel tiene que jugar, por así decirlo, en términos absolutos un tribunal constitucional nacional o “regional” (supranacional) como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No puede haber, un *quantum* de competencias y funciones ya no reductible, por su parte, según el espacio y el tiempo, ni tampoco un *maximum* ni un *optimum*, pues ya pocos ejemplos bastan para mostrar lo condicionado que está, cronológica y espacialmente, nuestro problema. El Tribunal del Estado de la época de Weimar (1919) fue, pese a sus muy pocas competencias (por ejemplo, ¿no el amparo constitucional!), de todas formas un tribunal constitucional (aunque, más bien, un típico “tribunal del Estado”). El Tribunal Constitucional Federal alemán, con su volumen competencial probablemente el más grande considerado en perspectiva comparada a nivel mundial, es ciertamente un verdadero tribunal constitucional, quizás incluso más que eso (¿?), así como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. El asombroso desarrollo del *Conseil Constitutionnel* francés ha de ser mencionado. Si la especialización es muy escasa, por ejemplo como en México la competencia judicial de revisión electoral de los tribunales ordinarios, puede haber dudas, pero hay que rechazarlas (“tribunales constitucionales especiales”). El derecho de revisión electoral es una competencia constitucional de gran importancia precisamente para la sociedad abierta.

Un caso especial es todo lo relativo a situaciones de cambio histórico radical (“revoluciones”), como en los Estados reformados de la Europa del Este tras su superación de los sistemas electorales después de 1989 o en Latinoamérica después de la caída de los regímenes militares (¿mi respeto hacia la Corte Suprema de Argentina, que ha declarado en 2005 inconstitucional la “Ley de Punto Final”!).

A este respecto, corresponde a los tribunales constitucionales el rol del constituyente parcial para una sociedad abierta; deberían en la práctica “crear”, y en todo caso “desarrollar”, el derecho constitucional nacional;

los otros órganos constitucionales, como el Parlamento, los restantes tribunales, también la opinión pública, todavía no conocerían ni dominarían el “asunto” de la interpretación constitucional, a pesar de toda la “primacía de la Constitución” en los documentos. Aquí se trató también de “pedagogía constitucional”. En Hungría se habló de una “Constitución invisible” del Tribunal Constitucional. Se cuestionó el “activismo judicial”. En un sistema con democracia semidirecta, como por ejemplo la cultural y políticamente consolidada Suiza, la jurisprudencia constitucional material, por el contrario, se puede contener, más bien (al fin y al cabo se han desarrollado poco a poco pretorianamente los “derechos fundamentales no escritos” que luego la nueva Constitución Federal de 1999 ha recepcionado).

Sólo una consideración integral, que también tenga en cuenta a las otras funciones estatales, puede decir algo sobre el rol de la respectiva jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. El Tribunal Constitucional en Sudáfrica podría haber estado de 1993 a 1996 en una situación comparable a la de los países europeos: la jurisdicción constitucional creativa fue y es cuestionada precisamente en los procesos pluralistas y largos de “Nation building and Constitution making”. Es conocida la rica interacción de *judicial activism* y *judicial restraint* en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica. Cuándo y cómo un Tribunal ha de intervenir de un modo más creativo o ha de mantenerse más en un segundo plano es una pregunta delicada pero crucial,⁶ ¡que en último término remite al “espíritu del pueblo” y al “espíritu del mundo”!, pero sobre todo depende de la sociedad abierta.

XIII. PANORAMA Y CONCLUSIÓN

La consideración *global* se ha comprobado como irrenunciable: la “sociedad abierta” y la “jurisdicción constitucional” forman una unidad inseparable hoy. La jurisdicción constitucional contribuye a constituir hoy en casi todos los países la sociedad abierta esencialmente (excepción: Grecia, donde, sin embargo, operan los dos tribunales constitucionales europeos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), y la jurisdicción constitucio-

⁶ En el original, “Gretchenfrage”, en alusión al *Fausto* de Goethe (*nota del traductor*).

nal, por su parte, vive de los impulsos y fuerzas, innovaciones, también los errores, de la sociedad abierta. No vive “de sí” misma, su vínculo *con la sociedad* es manifiesto. Cada Estado constitucional debe mantenerse sensible a las nuevas oportunidades y amenazas, a lo que la jurisdicción constitucional puede ayudar. Puede limitar el exceso en apertura y reforzar la comunidad política, pero también debe exigir, como lo ha hecho con tanto éxito en Alemania en materia de radiodifusión y televisión así como en materia de derecho de los partidos, apertura (pluralismo) y hacerla efectiva ella misma (“jurisprudencia del pluralismo”). La apertura de la jurisdicción constitucional como parte de la sociedad abierta significa también apertura a nuevos paradigmas de la ciencia. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ha demostrado esta disposición con mucha frecuencia: piénsese en la doctrina de los derechos fundamentales garantías procesales (E 53, 30, 65 y ss., sobre todo el voto particular *Ibíd.*, 69 y ss.), o la palabra clave de la “concordancia práctica” (K. Hesse), por ejemplo, E 59, 360, 381; voto particular de Henschel en: E 78, 38, 54, 56; posteriormente, E 83, 130, 143 y 147 ss; 93, 1, 21.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

- ARNOLD, R., “Die europäischen Verfassungsgerichte und ihre Integrationskonzepte in vergleichender Sicht“, en SCHÄFFER, H. *et al.* (Hrsg.), *Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Friedrich Koja*, 1998, pp. 3 y ss.
- BADURA, P. y DREIER, H. (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, 2001, 2 ts.
- BRÜNNECK, A. Von, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Vergleich*, 1992.
- BÜDENBENDER, M., *Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Bundesverfassungsgericht*, 2005.
- FROWEIN, J. Abr., *et al.* (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, 1998.
- HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980.
- (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1982.
- , *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979.

- , “Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates“, *EuGRZ*, 2004, pp.117 y ss.
- , *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2a. ed., 1998.
- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995 (reimpr., 1999).
- KREMP, W. (ed.), *24. Februar 1803. Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen*, 2003.
- LERCHE, P., *Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen*, 2001.
- LUTHER, J., *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1990.
- MASSING, O., *Politik als Recht – Recht als Politik. Studien zu einer Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2005.
- PIAZOLO, M., *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen*, 1994.
- RIECKEN, J., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, 2003.
- SCHULZE-FIELITZ, H., “Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes”, *AöR*, 122 (1997), pp. 1 y ss.
- SCHWARZE, J. (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998.