

# CONSENSO FUNDAMENTAL NACIONAL Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (UNA REFLEXIÓN JURÍDICA COMPARADA)

Por CHRISTIAN STARCK\*

## SUMARIO\*\*

1. CONSTITUCIÓN Y CONSENSO FUNDAMENTAL: A) Concepto. B) La primacía de la Constitución. C) Los diversos problemas del consenso.—
2. DETERMINADOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.—3. CONSERVAR EL CONSENSO A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

### 1. CONSTITUCIÓN Y CONSENSO FUNDAMENTAL

#### A) Concepto

La expresión consenso fundamental *nacional* describe el consenso social en los estados europeos, entre los que se establece una comparación. *Nacional* conduce por consiguiente no a la cuestión nacional y los problemas lingüísticos y culturales (inclusive los problemas religiosos) que posiblemente están relacionados con ella. *Nacional* se concibe como planteamiento para hallar el carácter particular del consenso fundamental social de los diversos estados nacionales.

*Consenso fundamental* es menos que consenso. Se trata sólo de un consenso en cuestiones fundamentales. De otra forma no se puede hablar del

---

\* Estudió en las Universidades de Kiel, Friburgo y Wurzburg. Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Gotinga (*Göttingen*) desde 1971, Universidad de la que fue Rector entre 1976 y 1977. Juez del Tribunal Constitucional de la Baja Sajonia (desde 1991). Profesor invitado, entre otras, por la Universidad de París I. Entre 1998 y 1999, Presidente de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público. Director (desde 1973) de *Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*. Codirector de *Juristenzeitung* (desde 1978). Ha dirigido la 4.ª edición del comentario de Von Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner Grundgesetz*. En la actualidad, y desde su constitución, preside la *Societas Iuris Publici Europaei*.

\*\* Texto, revisado y ampliado por el autor, de la conferencia pronunciada por el Profesor Starck en las Facultades de Derecho de las Universidades Complutense de Madrid y de Vigo (Campus de Ourense) (22 y 24 de marzo de 2004).

tema en atención a los Estados democráticos. A la democracia pertenecen conceptos como pluralismo, debates y decisiones mayoritarias, que llevan no siempre, más bien incluso en ocasiones extremadamente raras, al consenso. El consenso fundamental significa entonces un grado menor de unidad<sup>1</sup>. A continuación se refiere al consenso fundamental, también cuando se habla, para simplificar, del consenso.

El consenso fundamental no es siempre algo existente que ha de ser conservado. En atención a la nueva aparición de problemas sociales, el consenso fundamental a menudo primero debe ser encontrado y creado, lo que supone un esfuerzo de integración. Los instrumentos jurídico-internos de la integración son los debates parlamentarios, los discursos del Jefe del Estado y de los miembros responsables del Gobierno, pero especialmente también las decisiones de los órganos competentes, sobre todo de la legislación<sup>2</sup> y de la jurisprudencia. Tales decisiones pueden consolidar con sus consecuencias el consenso fundamental; sin embargo cabe también la posibilidad de fallar.

Con esto hemos tocado el tercer término del tema. Debemos analizar la importancia de los *tribunales constitucionales* para el consenso fundamental. Dado que con ello se concentra el planteamiento del problema en un órgano constitucional, se debe indicar otra vez, que los tribunales constitucionales no son los únicos órganos constitucionales, a los que corresponde una función de conservar o incluso de crear un consenso. Además, hay que destacar ya ahora, que los tribunales constitucionales obtienen normalmente de la Constitución su fuerza de fomentar y garantizar un consenso, que aplican a las cuestiones de controversia que se presentan. Aunque nosotros estamos de acuerdo en el ámbito jurídico con los tribunales constitucionales, hay que indicar, que no sólo se trata de un consenso fundamental de los juristas, sino que debe ser incluida la totalidad de la población. No obstante, parece que el consenso fundamental de los juristas puede tener un efecto que arrastra al resto de la población, y esto sobre todo en cuanto a la capacidad de consenso de los tribunales constitucionales. La cuestión es pues, hasta qué punto conservan y fomentan las decisiones de los tribunales constitucionales el consenso fundamental social.

La conservación y la creación de un consenso fundamental a través de un Tribunal Constitucional, es decir, su efecto de integración, suponen, que sus decisiones en general son aceptadas. Eso no excluye la crítica, también básica y dura, de algunas sentencias. El análisis crítico de sentencias del

<sup>1</sup> En distinto sentido, ULRICH R. HALTERN, «Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 45 (1997), pp. 31, 86 y ss., «en una sociedad pluralista la integración a través de la Constitución y el Tribunal Constitucional no parece posible».

<sup>2</sup> Sobre la labor de integración de la legislación véase CHRISTIAN STARCK, «Die Verfassungsauslegung», en ISENSEE/KIRCHHOF (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo VII, 1992, párrafo 164, número al margen 28.

Tribunal Constitucional, cuando viene del círculo de juristas, concierne en la mayoría de las veces a la fundamentación de una sentencia, o sea, al modo y manera de la interpretación de la Constitución. Este diálogo entre ciencia jurídica y Tribunal Constitucional asegura la racionalidad de las sentencias del Tribunal Constitucional y por ello mismo constituye una condición fundamental para la continuidad del consenso fundamental<sup>3</sup>.

## B) La primacía de la Constitución

Uno no puede hablar sobre los tribunales constitucionales, sin antes facilitarse un concepto claro de la Constitución. A más tardar, desde finales del siglo XVIII se ha aclarado, por lo menos en el plano teórico, que la Constitución es el Derecho superior, al cual también se supedita la legislación<sup>4</sup>. Así lo expresó Emmanuel de Sieyès en 1795 en un informe para la Convención Nacional<sup>5</sup>:

«Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien; où sera la magistrature de ce code? Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffririez-vous dans l'ordre politique? Des lois, quelles qu'elles soient, supposent la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer».

Es por ello que él reivindicó la creación de un jurado constitucional, es decir una especie de Tribunal Constitucional. Conforme a lo que se puede leer en «El Federalista» (núm. 78) de Alexander Hamilton (1788), Hamilton aclara que una Constitución es el Derecho fundamental. En la práctica la interpretación de la primacía de la Constitución se realizó en los EE.UU. ya en 1803, cuando la «Supreme Court» tenía que decidir sobre el deslinde de competencias entre la Unión y un Estado sobre la base de las propias normas constitucionales<sup>6</sup>.

La siguiente reflexión comparativa supone categorías homogéneas, las cuales se presentan en diversos ordenamientos jurídicos, desde luego no en

<sup>3</sup> Semejante FRITZ OSSENBÜHL en «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», *Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, München, 1998, pp. 75, 96; CHRISTIAN STARCK (ed.), *Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 2004.

<sup>4</sup> PAUL BASTID, *L'idée de Constitution*, Paris, 1985; CHRISTIAN STARCK, *La Constitution cadre et mesure du droit*, Paris, 1994, pp. 7 y ss.

<sup>5</sup> Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire proposée le 2 thermidor, prononcée à la Convention nationale le 18 du même mois, l'an III de la République (1795), imprimée par l'ordre de la Convention nationale, Paris, pp. 3, 20 y ss.

<sup>6</sup> *Marbury v. Madison*, 2 Law Ed. U.S. 60, 73 (1803).

el sentido de opinión preconcebida, sino enteramente como un sistema de acierto y error que posibilita una modificación o ampliación de categorías.

Como el principio de la primacía de la Constitución es inherente al moderno concepto de Constitución, la actividad de los tribunales constitucionales por consiguiente es asegurar esa misma primacía constitucional. Si uno reflexiona sobre el contenido esencial de la Constitución, observará que esa primacía se refiere sobre todo a la observancia:

- del orden (federal) de competencias,
- de las reglas para el procedimiento judicial,
- de los derechos humanos y
- de determinadas tareas de estructuración claramente definidas.

Esta relación muestra que el concepto de consenso fundamental es más amplio que entenderlo sólo como algo puramente competencial y procedimental. Del mismo modo que se debe advertir de tal interpretación minimalista y puramente procedimental de la Constitución, se debe advertir de que no se busquen respuestas positivas de carácter jurídico constitucional para todas las cuestiones políticas de controversia, así como no declarar cada acción u omisión política o como cumplimiento o violación de la Constitución<sup>7</sup>. Se debe, más bien, mantener la política dentro del marco constitucional, ya que la Constitución puede ser un instrumento de los partidos políticos, cuando se presenta el programa político para el cumplimiento o la realización de la Constitución<sup>8</sup>. Con ello se menosprecia la interacción entre una legislación que crea política y la jurisdicción constitucional que asegura el Derecho constitucional. Esta es la articulación de un modo de pensar y de obrar que pone en peligro el consenso.

La jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las diferentes fases de su historia en las últimas cinco décadas da un buen ejemplo de la fuerza de la que dispone un Tribunal Constitucional para la integración y el fomento del consenso. En los primeros diez años tuvo una gran importancia para la constitución del Estado democrático, creando un consenso fundamental sobre la primacía de la Constitución, los procedimientos oportunos a una democracia y el Estado de Derecho<sup>9</sup>, el orden competencial federal<sup>10</sup> y sobre todo sobre la vinculación de la legislación a

<sup>7</sup> HANS VORLÄNDER, *Konsens und Verfassung*, Berlin, 1981, p. 28; STARCK (nota 2), párrafo 164, número al margen 14 y ss.; STARCK, «Constitución. Jurisdicción Constitucional. Interpretación Constitucional», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, 2003, pp. 1157, 1160 sqq.

<sup>8</sup> VORLÄNDER, *op. cit.* (nota 7), pp. 104 y ss.

<sup>9</sup> Elecciones y partidos políticos: BVerfGE 3, 19, 26; Estado de Derecho y previsibilidad de infracción de derechos: BVerfGE 9, 137, 144 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 12, 205, 224 ff. – televisión.

los derechos fundamentales<sup>11</sup>. El Tribunal Constitucional ha proseguido esta jurisdicción creadora de un consenso fundamental<sup>12</sup>. Una prueba son los cautelosos casos, en los que desarrolla la Constitución<sup>13</sup>. Esta valoración general no queda perturbada por sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que han sido correctamente criticadas<sup>14</sup>. Mas bien, estas disputas entre el Tribunal Constitucional y juristas críticos crean un proceso de comunicación que fomenta el consenso.

### C) Los diversos problemas del consenso

En el siguiente estudio comparativo se analizará en primer lugar la jurisdicción constitucional en diferentes zonas mundiales (Latinoamérica, Lejano Oriente), pasando después a un estudio más detallado sobre la eficacia de los tribunales constitucionales en los Estados sudeuropeos (Italia, España y Portugal) en cuanto al consenso fundamental de la sociedad nacional respectiva. Los tres países se liberaron en distintos periodos, Italia después de la Segunda Guerra Mundial, Portugal y España a comienzos de los años setenta, de regímenes autoritarios, que se caracterizaron en que no se había respetado el principio de separación de poderes y los derechos humanos. El nuevo comienzo con base en los principios de una nueva Constitución debía ser asegurado a través de la creación de tribunales constitucionales. España y Portugal tomaron como ejemplo la positiva experiencia de Italia y Alemania.

Actualmente se encuentran en una situación absolutamente comparable los Estados del antiguo bloque soviético, y en la mayoría de los casos también se esfuerzan por asegurar sus recién encontrados Estados constitucionales a través de tribunales constitucionales<sup>15</sup>. Ahora pueden ser utilizados

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 377, 397 ff. – farmacias.

<sup>12</sup> Ver los artículos en G. F. SCHUPPERT/CH. BUMKE (ed.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden, 2000, pp. 59 y ss.

<sup>13</sup> CHRISTIAN STARCK, «Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß», en BADURA/DREIER (ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo I, Tübingen, 2001, pp. 1, 20 y ss.

<sup>14</sup> STARCK (nota 13), p. 26.

<sup>15</sup> FLORIN VASILESCU, «Le rôle des cours constitutionnelles en période de transition démocratique», en *Revue Européenne de droit public*, 10 (1998), pp. 27 y ss.; GEORG PAUL HEFTY, «Die Konflikte des Systemswechsels bereinigt. Das Wirken des ungarischen Verfassungsgerichts», *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 25 de agosto de 1998/núm. 196, p. 6; NICOLE KRONE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit der russischen Föderation. Eine juristische Institution im Spannungsfeld von Verfassungsauftrag und politischer Wirklichkeit», en *Osteuropa*, 48 (1998), pp. 253, 266 y ss.; ANDRZEJ ZOLL, *Polnische Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Wandel (Schriftenreihe des Nieders. Landtages 28)*, 1997, pp. 14 y ss.; véase recientemente G. DE VERGOTTINI (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa*

por éstos los modelos del oeste de Europa, tal y como está ocurriendo. Si los tribunales constitucionales podrán ser acreditados a largo plazo como factores de consenso y integración, aún no se puede valorar.

Después de analizar los Estados sudeuropeos hay que centrarse en Austria, cuyo Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) deriva del periodo de entreguerras, y por consiguiente es la institución judicial particular más antigua de Europa para la protección de la Constitución. Luego se van a mostrar aspectos interesantes de la especial situación del Consejo Constitucional Francés (*Conseil Constitutionnel*). La particularidad de la Corte de Arbitraje Belga (*Cour d'Arbitrage*), que no se trata especialmente aquí, sin embargo es digna de que hagamos una pequeña mención, porque en sus hasta ahora 15 años de actividad por entre el complicado sistema federal belga<sup>16</sup> su equilibrada jurisprudencia estabilizó y actuó como un factor de integración fomentando el consenso<sup>17</sup>. Tras unas observaciones sobre el papel de una «Supreme Court» que ejerce una jurisdicción constitucional en propuestas de reforma para el Reino Unido, se trata al final el Tribunal Constitucional Sudafricano que tomó como ejemplo los tribunales constitucionales europeos y que por sus cometidos y actividades especialmente en la creación de la Constitución, ha mostrado la eficacia de fomentar el consenso de una nueva e impresionante manera.

La mayoría de los Estados latinoamericanos han constituido Tribunales constitucionales que se orientan por el modelo alemán-austriaco, que se está imponiendo paulatinamente desde final de la década de los ochenta, tal vez debido al ejemplo español<sup>18</sup>. En cambio, en Latinoamérica el difícil entorno general obstaculiza el desarrollo de una jurisprudencia constitucional que cree un consenso social positivo. Pero hay que destacar un ejemplo agradablemente excepcional, que es el caso de Costa Rica. La labor del Senado Constitucional del Tribunal Supremo se debe considerar como un éxito. Este Senado ha logrado que toda la Administración, el legislador, pero también la población sean cada vez más conscientes de su Constitución<sup>19</sup>. Habría que desear que la situación en los otros países latinoamericanos evolucionase de la misma forma.

*centro-orientale*, Torino, 2000; K. DZIALOCHA/R. MOJAK/K. WÓJTOWICZ (ed.), *Ten Years of the Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*, Lublin, 2001.

<sup>16</sup> Véase la descripción de VOLKER SCHLETTE, «Das föderale System Belgiens», *ZöR*, 54 (1999), pp. 295 y ss.

<sup>17</sup> ANDRÉ ALEN, «Belgien: Ein zweigliedriger und zentrifugaler Föderalismus», *ZaöRV*, 50 (1990), pp. 501, 525 y ss.; FRANCIS DELPÉRÉE, «Droit constitutionnel: Belgique», en *Revue européenne de droit public*, 8 (1996), pp. 371, 380 y ss.

<sup>18</sup> NORBERT LÖSING, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden, 2001, S. 28 ff.; ver, en general, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE/FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

<sup>19</sup> LÖSING (nota 18), S. 106; RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE, «La Jurisdicción constitucional en Costa Rica», en GARCÍA BELAUNDE/FERNÁNDEZ SEGADO (Anm. 18), p. 499 sqq.

En dos Estados asiáticos, Corea del Sur y Taiwán, la jurisdicción constitucional juega un papel muy importante en la transformación de sistemas gubernamentales totalitarios y en estabilizar las estructuras democráticas y del Estado de Derecho. La doctrina constitucional alemana influye considerablemente en estos dos Estados. En los últimos quince años desde su constitución el Tribunal Constitucional coreano ha estimado ilegítimo el menosprecio de la Constitución por parte de los dirigentes políticos, intentando de esta forma vincular la primacía de la Constitución en la sociedad<sup>20</sup>. En Taiwán, la jurisprudencia constitucional de los Jueces Supremos, en particular las sentencias interpretativas, han contribuido también paulatinamente a crear una concepción de la primacía de la constitución. Los órganos políticos del Estado, incluido el legislador, han quedado vinculados al procedimiento constitucional y a los derechos fundamentales<sup>21</sup>.

Japón sigue en la jurisdicción constitucional al modelo estadounidense del Tribunal Supremo por medio de sus sentencias de casación. Por tanto, la jurisdicción constitucional no está muy desarrollada. En Japón la armonía es el principio supremo de la vida social, por lo que se intenta evitar conflictos y disputas<sup>22</sup>. Así, no es de esperar que el Tribunal Supremo pueda cumplir con su función de crear consenso<sup>23</sup>.

## 2. DETERMINADOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. Previsto en la Constitución de 1948<sup>24</sup> e implantado en 1956, el *Tribunal Constitucional Italiano (Corte Costituzionale)* tuvo en contra en sus primeros años de existencia una oposición de los demás tribunales, mientras realizó una labor persistente de acomodación del Derecho pre-constitucional fascista, tomando en serio la Constitución como Derecho directa-

<sup>20</sup> YOUNG HUH, «Entwicklung und Stand der Verfassungsgerichtsbarkeit in Korea», en CH. STARCK (ed.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt*, tomo I, Baden-Baden, 2004, pp. 85 y ss.

<sup>21</sup> CHIEN-LIANG LEE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsentwicklung in Taiwan (1949-1999) im Vergleich mit Deutschland», en CH. STARCK (ed.), *Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich*, Baden-Baden, 2000, pp. 135, 142 (Jurisdicción constitucional), 155 (derechos fundamentales); AI-ER CHEN, «Die Einwirkung der Verfassungsrechtswissenschaft auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan», in CH. STARCK (ed.), *Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 2004, pp. 111 y ss.; TZONG-LI HSU, «Verfassungsgerichtsbarkeit in Taiwan», en CH. STARCK (ed.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt*, tomo I, Baden-Baden, 2004, pp. 101 y ss.

<sup>22</sup> HISAO KURIKI, «Mensch, Gesellschaft, Staat in Japan», en *Der Staat*, 41 (2002), pp. 91, 96 y ss.

<sup>23</sup> HISAO KURIKI, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Erhalter des Grundkonsenses des Volkes», en R. WEILER/A. MIZUNAMI (ed.), *Gerechtigkeit in der sozialen Ordnung*, 1999, pp. 121 y ss.

<sup>24</sup> Art. 134-137 de la Constitución Italiana.

mente vigente, contrariamente a una larga tradición italiana. En esto el Tribunal Constitucional tenía también en contra «la resistencia y la escéptica cautela» de los poderes establecidos que se le oponían<sup>25</sup>.

En un Congreso de constitucionalistas en Parma se ha hecho balance de los primeros 20 años de acción del Tribunal Constitucional de Italia desde el punto de vista de la jurisprudencia sobre la igualdad, sobre la autonomía administrativa local y regional, sobre la libertad y los límites de la actividad económica privada y sobre la relación del Tribunal Constitucional con los demás tribunales<sup>26</sup>. En este balance fue ya incluido el comienzo de una nueva etapa de la jurisprudencia, señalada a través de un activismo judicial. Esto provocó un reproche, el de que el Tribunal Constitucional se dé tono como de un legislador, aparte de que no es controlado democráticamente. Leopoldo Elia, convocado entonces recientemente al Tribunal Constitucional, habló en el Congreso<sup>27</sup> sobre ese esfuerzo del Tribunal Constitucional «para llegar a ser una isla de opiniones sensatas en medio del caos o de la pluralidad de opiniones»; el tribunal permanecería en el marco de lo alcanzable prácticamente y vincularía los valores a la consistencia de la tradición, las cuales están arraigados en lo más profundo de la conciencia colectiva, expresándose en gran parte en el texto constitucional. En tal formulación asocia Elia los principios constitucionales con la conciencia colectiva. El consenso fundamental, como expresión de la Constitución, tiene por lo tanto su origen en la conciencia colectiva. Uno no se podría imaginar mejor cosa. Quizás esto fue visto como algo demasiado ideal, teniendo en cuenta la subsistente cautela del jurista frente a la nueva Constitución al principio. Pero quizás el Tribunal constitucional ha fortalecido el mejor lado de la conciencia colectiva, y así le ha ayudado a triunfar. En este sentido se podría hablar de una función educativa de la Constitución y del Tribunal Constitucional.

Mientras el Tribunal Constitucional ha protegido los derechos fundamentales, lo cual es generalmente aceptado<sup>28</sup>, se le critica como tribunal en orden a su centralismo poco transcendente en los conflictos entre el Estado central y las regiones<sup>29</sup>. En conjunto predominan no sólo los elogios al considerar al Tribunal, sino también se estima mucho como «guardián inatacable e interprete de la Constitución, que concreta los principios funda-

<sup>25</sup> Así THEO RITTERSPACH, «Probleme der italienischen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 104 (1979), pp. 137 y ss.; véase JÖRG LUTHER, *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1990, pp. 156 y ss.; MICHAEL DIETRICH, *Der italienische Verfassungsgerichtshof*, Berlin, 1995, pp. 221 y ss.

<sup>26</sup> Véase el volumen del congreso en NICOLA OCCHIOUPO (coordinador), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e relata sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978.

<sup>27</sup> En OCCHIOUPO, *op. cit.* (nota 26), pp. 168 y ss.

<sup>28</sup> Así sumariamente DIETRICH, *op. cit.* (nota 25), p. 227.

<sup>29</sup> Véase la discusión en OCCHIOUPO, *op. cit.* (nota 26), pp. 171-273; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Bologna, 1988, pp. 337 y ss.



mentales del Estado y el orden social»<sup>30</sup>. Se considera incluso ampliar las competencias del Tribunal Constitucional y aceptar el recurso de amparo constitucional. Por lo que se puede observar, el Tribunal Constitucional italiano no sigue ningunos métodos de interpretación extravagante, sino que interpreta caso por caso las distintas normas constitucionales dentro de su contexto sistemático y con un buen sentido práctico<sup>31</sup>. Con ello, deja al legislador el conveniente margen de obrar que le corresponde<sup>32</sup>.

2. El *Tribunal Constitucional Español* es constituido en 1980, inmediatamente después de la entrada en vigor de la nueva Constitución española<sup>33</sup>, y ha sido muy activo. En opinión de su antiguo Magistrado y Vicepresidente Francisco Rubio Llorente<sup>34</sup>, el Tribunal Constitucional, por el mero hecho de su existencia y más que nada por el modo y manera de su jurisprudencia, causó un profundo cambio en la concepción entre los españoles del juego de fuerzas político. La reflexión de que la Constitución no sea una recopilación de simples enunciados retóricos y de reglas organizativas, sino que encierra normas jurídicas, que limitan los distintos poderes del Estado, ha contribuido en grado considerable para moderar las actitudes políticas. El Tribunal ha logrado el equilibrio entre las diferentes ideologías, las que podría haber recogidas por la Constitución, y entre un centralismo y una autonomía administrativa, todo lo cual le había hecho ganar una autoridad<sup>35</sup>. Los ciudadanos vieron en el Tribunal el último garante de sus derechos y el guardián de los límites del poder del Estado señalados por la Constitución. Rubio Llorente sabe sin embargo lo que ya se perfila como un peligro, que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos en el proceso político y como consecuencia se corre el riesgo de que la política se juridifique. Las disputas parlamentarias se convertirían en debates jurídicos.

García de Enterría califica expresamente, en una obra repetidas veces editada sobre «la Constitución como norma y el Tribunal Constitucional», al Tribunal Constitucional como custodio del primer consenso, que a través de sus sentencias se renueva constantemente. El Tribunal Constitucional ha preservado la Constitución ante interpretaciones partidistas y ante instrumentalizaciones por los poderes políticos<sup>36</sup>. Es el Tribunal Constitu-

<sup>30</sup> RITTERSPACH, en STARCK/WEBER (coordinadores), *Verfassungsgerichtsbarkeit in West-europa*, tomo I, 1986, p. 239.

<sup>31</sup> ZAGREBELSKY, *op. cit.* (nota 28), pp. 52 y ss., 515 y ss.

<sup>32</sup> Sobre la discrecionalidad de los órganos políticos, ver ZAGREBELSKY, *op. cit.* (nota 28), pp. 63.

<sup>33</sup> Art. 159-165 de la Constitución Española.

<sup>34</sup> En STARCK/WEBER, *op. cit.* (nota 30), pp. 273 y ss.

<sup>35</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Madrid, 1993, pp. 434 y ss.

<sup>36</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 207.

cional, que al fin y al cabo decide la interpretación, que debe ser evolutiva, adaptando el texto a las cambiantes situaciones históricas<sup>37</sup>. Con esto se refiere al espacio de interpretación que deja el texto y al carácter de marco de la Constitución.

3. Esta voluntad por la Constitución también se expresa en escritos sobre la importancia del Tribunal Constitucional portugués<sup>38</sup>. El procedimiento político debe transcurrir por el principio de lealtad constitucional, en el que los órganos del Estado cumplen con los límites establecidos al definir la voluntad política<sup>39</sup>. El anterior Presidente del Tribunal Constitucional portugués Cardoso da Costa no habla solo de las garantías y concretización de los derechos fundamentales, sino también de su «desarrollo», lo que sobre todo se refiere a los derechos fundamentales sociales y culturales que proporciona la Constitución, siendo interpretados más bien de manera moderada<sup>40</sup>. En lo referente a las facultades de las regiones autónomas de las Azores y Madeira se trató de delimitar sus competencias. El Tribunal debería en sus resoluciones garantizar de forma negativa, es decir trazando los límites, que el proceso político se desarrolle dentro del marco constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional participa como un protagonista en la dirección del Estado. Naturalmente se describe en muchos artículos el potencial de conflicto entre la jurisdicción constitucional y la legitimidad de la democrática decisión mayoritaria<sup>41</sup>, lo cual nos lleva siempre a la cuestión de la interpretación constitucional. De forma similar a como juega el Tribunal Constitucional español, el Tribunal Constitucional portugués también ha jugado un importante papel en la delimitación de los ámbitos de los procesos políticos. Dado que la Constitución de Portugal ha sido modificada considerablemente en dos ocasiones (1982 y 1989), el Tribunal tenía que ejercitar una función de estabilización del consenso sobre una base que se estaba cambiando. Esto se logró por la acción del Tribunal que cada vez tomó la dirección de los mismos cambios.

4. Los tribunales constitucionales tratados hasta ahora se basan en el modelo austríaco, que tras la Primera Guerra Mundial se había introducido en Austria, con la potente influencia de Kelsen a quien también tiene que

<sup>37</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.* (nota 36), pp. 141 y ss.; sobre la interpretación, también Rubio Llorente, *op. cit.* (nota 35), pp. 605 y ss., 615 y ss.

<sup>38</sup> Véase art. 223-226, 278-283 de la Constitución de Portugal.

<sup>39</sup> MANUEL J. M. CARDOSA DA COSTA, en STARCK/WEBER, *op. cit.* (nota 30), pp. 305 y ss.

<sup>40</sup> En detalle sobre la interpretación de la renuncia frecuente de derechos fundamentales sociales por la Constitución Portuguesa véase EVA M. K. HÄUSSLING, *Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976*, Baden-Baden, 1997, pp. 117 y ss.

<sup>41</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE y F. LUCAS PIRES, en «Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional», *Coloquio no 10. Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 75 y ss., 85 y ss., 167 y ss.

agradecer Alemania su jurisdicción constitucional. La idea era que una jurisdicción de los conflictos de competencias y el control abstracto de las normas para el que quedaban legitimados los Gobiernos de la Federación y de los *Länder* debían transformar la cuestión de poder en cuestión de Derecho, que se que decidiría por un Tribunal Constitucional<sup>42</sup>. En la Constitución Federal de 1920 se constituye ese Tribunal Constitucional Austriaco (*Österreichischer Verfassungsgerichtshof*) que se limitó durante la época democrática de la Primera República (1920-1933) a un control de normas por medio de las normas de competencia y de procedimiento de la Constitución, porque éste —cautivado por Kelsen<sup>43</sup>— vio en la reserva de ley de los derechos fundamentales la autorización para cualquier limitación de los derechos fundamentales, es decir, que aceptó —entonces tal concepción estaba absolutamente presente en todos los países europeos— al legislador como único e incontrolable intérprete de los derechos fundamentales.

Tras la Segunda Guerra Mundial cambió en cuanto al carácter de modelo de los derechos fundamentales, al principio sólo poco<sup>44</sup>. Hasta aproximadamente 1984 sólo se habían juzgado algunas leyes contrarias a los derechos fundamentales, si minaban el contenido esencial de un derecho fundamental o si en sus efectos equivalían a una anulación del derecho fundamental<sup>45</sup>. Sólo con la aplicación del principio de proporcionalidad se consiguió un control material de las leyes a través de los derechos fundamentales<sup>46</sup>. Heinz Schäffer relaciona correctamente el cambio de jurisprudencia con el intercambio de impresiones de los tribunales constitucionales europeos, con influencia en especial de Alemania, con una doctrina general de los derechos fundamentales y con una mayor dedicación con las reservas legales materiales de la Convención Europea de los Derechos Humanos<sup>47</sup>, que en Austria tiene el rango de una Ley Constitucional Federal<sup>48</sup>. La nueva jurisprudencia de los derechos fundamentales ha creado una relación de tensión entre el Tribunal Constitucional y la legislación, lo cual

<sup>42</sup> CHRISTIAN STARCK, *op. cit.* (nota 4), pp. 41 y ss.; HEINZ SCHÄFFER, *Festschrift für Kojá*, 1998, pp. 105.

<sup>43</sup> HANS KELSEN, *Österreichisches Staatsrecht*, 1923, p. 59. Véase A. WEBER, en STARCK/WEBER, *op. cit.* (nota 30), pp. 67, 71 y ss.; LUCA MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992; KLAUS STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1997, pp. 285, 336 y 342.

<sup>44</sup> Al respecto, crítica de KARL KORINEK, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 39 (1981), pp. 7, 43 y ss.

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Austriaco, Colección 8991 (1981).

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Austriaco, Colección 12094 (1989).

<sup>47</sup> SCHÄFFER, *op. cit.* (nota 42), p. 121; SCHÄFFER, «Landesbericht», en STARCK (coordinador), *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden, 1990, pp. 41, 63 y ss.

<sup>48</sup> THEO ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, 3.ª ed., Wien, 1997, p. 78.

también se pone de manifiesto en otros Estados constitucionales, y es una consecuencia general del control normativo con efectiva protección de los derechos fundamentales. Frente a toda crítica particular, el Tribunal Constitucional de Austria es una importante piedra angular para la efectiva separación de poderes, que garantiza la función de la Constitución de crear un marco, y cuya trascendencia constitucional radica en intensificar los derechos fundamentales.

5. El Consejo Constitucional francés (*Conseil constitutionnel*) fue introducido a través de la Constitución de la Quinta República<sup>49</sup>, para proteger al Gobierno ante el Parlamento, en especial para poder impugnar en el ámbito del decreto violaciones de competencia del Parlamento sobre las materias de la legislación indicadas en el artículo 34 de la Constitución<sup>50</sup>. El Consejo Constitucional aprovechó en julio de 1971 una propicia oportunidad para declarar inconstitucional una ley tomando como criterio un derecho fundamental del año 1901 por medio de los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958. En la resolución, de una página y media impresa, se señala la libertad de reunión como un principio fundamental, la cual se confirmó solemnemente a través de ese solemne Preámbulo de la Constitución de 1958 y la cual alcanzó rango constitucional<sup>51</sup>. Esta decisión ha sido en Francia frecuentemente comentada. Jean Rivero escribió en cuanto a esa particularidad, que la decisión había sido promulgada el 16 de julio<sup>52</sup>: «Depuis la prise de la Bastille, le peuple français aime faire ses révolutions au mois de juillet». François Luchaire dedujo de tal decisión, que la concepción tradicional francesa de la ley se abolió a través de la Constitución de 1958<sup>53</sup>. Él cita la decisión del Consejo Constitucional de 23 de agosto de 1985<sup>54</sup>, en la modificación del artículo 6 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano —*la loi est l'expression de la volonté générale*— que dice respecto de las leyes del parlamento «*qu'elle n'exprime la volonté générale que dans le respect de*

<sup>49</sup> Arts. 56-63 de la Constitución Francesa.

<sup>50</sup> Véase el art. 61, apartado 2 de la Constitución Francesa; además, MICHAEL FROMONT, en STARCK/WEBER, *op. cit.* (nota 30), p. 313.

<sup>51</sup> Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1971, p. 29: «2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement par le Préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association, que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association; ...». Véase un comentario al respecto en LOUIS FAVOREU/LOÏC PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11.ª ed., Paris, 2001, pp. 245 y ss.

<sup>52</sup> JEAN RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2.ª ed., Paris, 1987, p. 182.

<sup>53</sup> FRANÇOIS LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, 1987, p. 76.

<sup>54</sup> Recueil (nota 51), pp. 70, 76, considérant no. 27.

*la Constitution*». Con ello se establece también en Francia<sup>55</sup> la primacía de la Constitución ante la ley ordinaria y el Consejo Constitucional ocupa el lugar de un Tribunal Constitucional, cuyas decisiones de esta manera han ido acrecentándose considerablemente, porque desde 1974 con una minoría de diputados en la Asamblea Nacional y en el Senado, el Consejo Constitucional puede disponer de un control preventivo de las normas<sup>56</sup>.

En Francia la legitimidad del Consejo Constitucional es, aunque ya sólo por una minoría —la mayoría politólogos— siempre muy fuertemente entredicha<sup>57</sup>. En él se ve una contradicción del principio democrático de la mayoría, en especial, porque el control *a priori* por su naturaleza sólo puede ser un control político, y por el método de designación de los miembros del Consejo Constitucional, una tercera parte es nombrada respectivamente por el Presidente de la República y los Presidentes de la Asamblea Nacional y el Senado (artículo 56, párrafo 1 de la Constitución)<sup>58</sup>.

Entre los juristas franceses se ha valorado principalmente como positivo la transformación simultánea del concepto de ley y del Consejo Constitucional. Precisamente desde una perspectiva jurídica comparativa se considera necesario el tener un juez sobre la ley para proteger los derechos fundamentales<sup>59</sup>. Con razón se ve en este punto un paso esencial para la modernización del sistema constitucional francés. Mitterrand, que en el pasado juzgó con duras palabras al Consejo Constitucional y sus miembros —«une institution dont il faut se défaire», «ces vieillards serviles et obéissants»— sugirió después como Presidente en 1989 y 1993 incluso una expansión de las competencias del Consejo Constitucional<sup>60</sup>. Pero eso hasta el momento no ha ocurrido.

El control preventivo de la ley a través del Consejo Constitucional es hoy parte de las instituciones francesas. La dedicación judicial a la ley promueve la racionalidad de la legislación, modera las pasiones políticas y asegura la continuidad de las relaciones sociales<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Para desarrollo, véase VOLKER SCHLETTE, «Die Konzeption des Gesetzes im französischen Verfassungsrecht», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 33 (1984), pp. 279, 288 y ss.

<sup>56</sup> Nueva versión del art. 61, apartado 2 de la Constitución Francesa.

<sup>57</sup> Por ejemplo, ALAIN WERNER, «Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant», en *Pouvoirs*, 67 (1993), pp. 117 y ss.; JEAN FOYER, «Pour la supresión du Conseil constitutionnel», *Revue administrative*, 1998, pp. 94 y ss. Contribuciones diferenciadas en SÉVERINE BRONDEL/NORBERT FOULQUIER/LUC HEUSCHLING (coordinadores), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, 2001.

<sup>58</sup> Véase la compilación de razones de PIERRE BON, «La légitimité du Conseil constitutionnel français», en *Legitimidade*, *op. cit.* (nota 41), pp. 139-146.

<sup>59</sup> FAVOREU/PHILIP, *op. cit.* (nota 51), pp. 640 y ss.

<sup>60</sup> Véase *Le Monde*, núm. 13830, 16 y 17 de julio de 1989, p. 7; además, BON, *op. cit.* (nota 41), p. 152, donde también se puede encontrar la cita.

<sup>61</sup> LUCHAIRE, *op. cit.* (nota 53), pp. 475 y ss.

6. Hay un proyecto de reforma constitucional para el Reino Unido<sup>62</sup>, que prevé una Corte Suprema, y que también ejercería la jurisdicción constitucional, con la cual aseguraría la primacía de tal Constitución. Así, los autores del proyecto vuelven sobre una atinada observación de John Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1955, p. 2: «The fundamental law concept is generally associated with the principle of judicial review, by which a supreme court has the last word in cases where the validity of legislative enactments is challenged».

Sin embargo, requiere este concepto el fin de la soberanía del Parlamento, que rechaza cualquier control por un Tribunal Constitucional de leyes parlamentarias. El Parlamento figuraría así, como todos los demás órganos constitucionales, bajo la Constitución. Desde una visión continental, el Reino Unido se adaptaría a una situación de Estado constitucional normal y reconocería así la necesidad de una Constitución escrita en el sentido clásico. La Europa continental ha introducido poco a poco y también de forma experimental, influida por Norteamérica, Constituciones escritas aproximadamente cien años después de que Inglaterra saliera victoriosa en su lucha contra el absolutismo monárquico. Inglaterra, que era el modelo en la lucha contra el absolutismo monárquico para el Continente, tomaría hoy como ejemplo al reciente desarrollo continental del Estado Constitucional. Si se formara en el Reino Unido un consenso en esa dirección, sólo sería consecuente la competencia constitucional de la Suprema Corte y podría tener el efecto de conservar y fortalecer el consenso aplicando de forma razonable el control de normas en lo concerniente a esa nueva situación constitucional.

7. Un brillante ejemplo de la función de conservar, o sea, crear consenso por parte de tribunales constitucionales, es Sudáfrica. Cuyo sistema de cambio fue pactado, poniéndose de acuerdo las partes contratantes —el gobierno instruido por los blancos y los representantes de la mayoría negra— en 34 principios constitucionales<sup>63</sup>. Estos principios se debían tener en cuenta en la creación de la Constitución. Para que ese deber no degenerase en una orden sin sanciones, se encomendó al *Tribunal Constitucional Sudafricano (Constitutional Court)*, que se estableció a base de la Constitución provisional del 27 de abril de 1994, controlar el proyecto de la

<sup>62</sup> *The Constitution of the United Kingdom*, Institute for Public Policy Research, London, 1991; ver al respecto CHRISTIAN STARCK, «Eine Verfassung für das Vereinigte Königreich?», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 119 (1994), pp. 627, 638 y ss.; sobre la Suprema Corte, ver las indicaciones sobre planes de Constitución para el Reino Unido de DAWN OLIVER, *The Government in the United Kingdom*, 1991, pp. 4 y ss. y 187 y ss.

<sup>63</sup> CHRISTIAN STARCK, «Der südafrikanische Verfassungsvertrag von 1993», en BEHREND/STARCK (coordinadores), *Gesetz und Vertrag I (Der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Philologisch-Historische Klasse, 265)*, Göttingen, 2004, pp. 125 y ss.

Constitución aprobado por el Parlamento por su compatibilidad con los principios convenidos<sup>64</sup>. El primer control revelaba numerosas violaciones<sup>65</sup>; por motivo de un retoque el Tribunal Constitucional controló de nuevo y podía ahora comprobar la conformidad de la Constitución definitiva con los principios constitucionales<sup>66</sup>.

Que este proceso, completamente insólito y por lo que se puede observar hasta ahora único, se puede llevar a cabo y que un Tribunal Constitucional sólo recientemente erigido puede jugar un papel tan decisivo, muestra, hablando en general, el gran valor que tienen los tribunales constitucionales para la integración de la población a base del Derecho constitucional.

### 3. CONSERVAR EL CONSENSO A TRAVÉS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Las observaciones aquí recopiladas, que se basan en su mayor parte en opiniones literarias, contestan de forma positiva la cuestión metida en el tema: Los tribunales constitucionales son capaces de conservar, apoyar y fomentar un consenso fundamental social y trabajan en este sentido de forma integradora.

Lo que el proceso político produce de decisiones ejecutivas y parlamentarias, puede ser calibrado por la norma de la Constitución en un proceso de forma judicial. Especialmente un juicio es apropiado para controlar decisiones mayoritarias de carácter político por su compatibilidad con la Constitución. Eso es evidente en lo concerniente al control, si han sido respetados la competencia y el procedimiento, es decir las reglas de juego democráticas<sup>67</sup>. Muy a menudo las disputas en cuanto a las decisiones políticas debidamente llevadas a cabo, van en torno de la cuestión si el contenido está conforme con la Constitución. Si la Constitución, y sobre todo con sus normas y principios jurídicos materiales, expresa un consenso fundamental, entonces para el consenso fundamental es ventajoso y fortalecedor, cuando no necesario, que goce de una protección institucional a través de un tribunal<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> LEVIN HOLLE, *Das Verfassungsgericht der Republik Südafrika*, Baden-Baden, 1997, pp. 166 y ss.

<sup>65</sup> Decisión de 6 de septiembre de 1996, Case CCT 23/96.

<sup>66</sup> Decisión de 4 de diciembre 1996, Case CCT 37/96.

<sup>67</sup> Véase ALEXANDER V. BRÜNNECK, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, Baden-Baden, 1992, p. 144. Un bonito y práctico ejemplo, en *BVerfGE*, 106, 310, 330 y ss.

<sup>68</sup> Para Alemania véase CHRISTIAN STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik*, Tübingen, 1976, p. 30.

Elemental condición para la fuerza conservadora del consenso de los tribunales constitucionales es que no se enreden con disputas políticas corrientes, querer mediar en la política, es decir que no se otorguen a sí mismo ninguna función política y que exijan la optimización de las normas constitucionales. Con esto se llegaría a un Tribunal Constitucional en un terreno resbaladizo, desdibujándose la demarcación entre la función jurídica y la función política. Las Constituciones presentan en particular en su agrupación jurídico material solamente un marco para la creación política en la sociedad. Ahí es donde se sitúa el problema de la interpretación constitucional. Los puntos de partida para toda interpretación son los cánones de interpretación. Ellos permiten una argumentación fiable y racional. Ellos sirven para el autocontrol del juez y para conservar el consenso y son guías para fundamentar de forma comprensible las sentencias del Tribunal<sup>69</sup>. De gran utilidad son además las experiencias interpretativas que se expresan en precedentes de Tribunales de Estados extranjeros y de tribunales internacionales. Y así gana avance el principio de proporcionalidad en su decisivo papel como norma de control tomando como criterio los derechos fundamentales<sup>70</sup>, los tribunales constitucionales de Italia y Austria son un ejemplo de esta evolución de la jurisprudencia. Lo mismo vale para Francia<sup>71</sup>.

Es la especial calidad de una sentencia, en cuanto al contenido, fundamentada a través del argumento, la que es importante para el consenso constitucional<sup>72</sup>. Los aquí tratados tribunales constitucionales y el Consejo Constitucional francés resuelven entre otras cosas a instancia de la oposición parlamentaria sobre la constitucionalidad de leyes<sup>73</sup>. Debe quedar siempre claro por medio de la motivación de la resolución, que el Tribunal se limita a la imposición del Derecho constitucional. Solamente así escapa del peligro de enredarse en las luchas por el poder político de los partidos, es decir entre la mayoría parlamentaria y la minoría parlamentaria y perder su fuerza estabilizadora del consenso. Alexander v. Brünneck lo ha resumido acertadamente<sup>74</sup>: «No más porque los tribunales constitucionales se

<sup>69</sup> CHRISTIAN STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Tübingen, 1995, p. 82; OSSEN-BÜHL, *op. cit.* (nota 3), pp. 75, 96.

<sup>70</sup> Para la seguridad de la libertad individual bajo el punto de vista de una observancia del consenso véase INGWER EBSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 321 y ss.

<sup>71</sup> Sentencias del Consejo Constitucional de 19 y 20-1-1981 y de 17-1-1989 (referidas a Derecho Penal); además, FAVOREU/PHILIP, *op. cit.* (nota 51), pp. 445, 457 y 736 y ss.

<sup>72</sup> V. BRÜNNECK, *op. cit.* (nota 67), p. 147.

<sup>73</sup> Véase A. WEBER, en STARCK/WEBER, *op. cit.* (nota 30), pp. 67, 71 y ss.; LUCA MEZZETTI, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, 1992; KLAUS STÜWE, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 1997, pp. 285, 336 y 342.

<sup>74</sup> V. BRÜNNECK, *op. cit.* (nota 67), p. 145.



orientan en cuanto al contenido en principios estructurales no discutidos de las Constituciones occidentales, tienen sus decisiones la autoridad objetiva necesaria para guardar el consenso constitucional una y otra vez en peligro por las decisiones mayoritarias. Sólo la concretización del contenido de los principios de las constituciones, posibilita a los tribunales constitucionales oponer resistencia con éxito a las instituciones políticas o apaciguar los grupos minoritarios con su derrota».

Las reglas de interpretación y los precedentes se disipan en conceptos como la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales»<sup>75</sup> o la «democratización de la interpretación constitucional»<sup>76</sup>. Un esencial elemento de la democracia, si no su base, es la igualdad jurídica. ¿Cómo se puede garantizarla bajo las condiciones de una Constitución que se disipa? Igualdad, que también se debe asegurar hasta cierto punto en la dimensión del tiempo, supone normatividad y su aplicación uniforme. Lo cual se podía requerir como una condición para el consenso fundamental de una sociedad democrática. Pero si la Constitución está sujeta a una permanente transformación constitucional de creación legal, falta la condición fundamental para el aseguramiento del principio de la igualdad legal. Al mismo tiempo se debe considerar que un permanente ajuste de la Constitución a la actualidades no se basará en opiniones mayoritarias, sino en la opinión de aquellos que caracterizan el espíritu de la época a través de los medios de comunicación, especialmente de los que tienen un efecto sugestivo.

Una interpretación constitucional con los métodos de las ciencias sociales, si no se limita a una exploración por normas de circunstancias sociales<sup>77</sup>, cambia la Constitución como norma por una filosofía social o voluntad política. La concepción de la Constitución como marco deja para la política, y con ello también para la filosofía social de una mayoría, un espacio, sin primero tener que abrir éste con medidas ni filosóficamente ni jurídicamente aceptables.

Una interpretación constitucional clásica fomenta la racionalidad de actos del Estado. La fundamentación judicial de la interpretación actúa también para el futuro. Define el margen de actuación de la política y no cuestiona el principio de la mayoría para los órganos que actúan políticamente. Una jurisdicción constitucional que está restringida a una función jurídica actúa ante todo por su grado de previsión de forma conservadora e integrante para el consenso<sup>78</sup>. La función jurídica del Tribunal Constitucional no se abandona, cuando se produce un cambio en la jurisprudencia. Esto

<sup>75</sup> Así, PETER HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297 y ss.

<sup>76</sup> Cerca, también, STARCK, *op. cit.* (nota 2), parágrafo 164, números marginales 24-29, además de otros aspectos.

<sup>77</sup> STARCK, *op. cit.* (nota 69), pp. 97 y ss.

<sup>78</sup> OSSENBUHL, *op. cit.* (nota 3), p. 96.

se debe hacer plausible en la fundamentación. En la medida en que la doctrina o la evolución constitucional de los Estados vecinos preparen este cambio, mayores son las posibilidades de consenso e integración. La sentencia tratada del Consejo Constitucional francés de recurrir a antiguos derechos fundamentales republicanos y al final a la declaración de los derechos humanos y civiles como modelo o marco para la legislación actual, fue con toda certeza una ruptura con la larga línea tradicional del pensamiento político francés y con la práctica constitucional, pero al mismo tiempo también una valiente innovación. Ello tenía una clara base textual en el preámbulo de la Constitución y en tal remisión, encontrándose en armonía con la evolución del Estado constitucional de los Estados vecinos de Alemania e Italia, y que confirmó tres años después el legislador constituyente a través de la ampliación de la legitimación en el artículo 61 apartado 2 de la Constitución. Similarmente se debe valorar la actualización del principio de proporcionalidad, que tuvo lugar en Italia y Austria a mediados de los años 80, para poder fijar los límites materiales de la legislación a través de los derechos fundamentales.

(Traducción del alemán de ALBERTO OEHLING DE LOS REYES\*).

---

\* Colaborador honorífico del Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.