



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

César Landa (Perú)*

60 años de la Ley Fundamental de Bonn: significado y aporte al fortalecimiento del Estado democrático**

RESUMEN

Con motivo de los 60 años de la Ley Fundamental de Bonn, se evalúan el significado y la influencia del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, marcado por una fuerte judicialización de los valores democráticos y constitucionales, que cada cierto tiempo es cuestionado acerca de la legitimidad de su activismo judicial en relación con el legislador. La expansión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha convertido en la medida de la validez de la propia Constitución, a través de lo que la doctrina comparada ha denominado el *neoconstitucionalismo jurisprudencial*, el cual en ocasiones entra en tensión y/o integración con los tribunales de Estrasburgo y sobre todo Luxemburgo. Sin embargo, la democracia constitucional militante que postula la justicia constitucional ha servido a la transición democrática constitucional tardía de los países mediterráneos, de los países de América Latina y de Europa de Este, con diferente intensidad.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, Ley Fundamental de Bonn, justicia constitucional, tribunales constitucionales, derechos fundamentales, jurisdicción constitucional, derecho comparado, Unión Europea, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

Aus Anlass des sechzigjährigen Bestehens des Bonner Grundgesetzes werden die Bedeutung und der Einfluss der Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts untersucht, für die eine starke Judikalisierung der demokratischen und in der Verfassung niedergelegten Werte kennzeichnend ist und die immer wieder hinsichtlich der Legitimität des gerichtlichen Aktivismus im Verhältnis zum Gesetzgeber kritisch hinterfragt wird. Die Ausweitung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist über den in der vergleichenden Rechtslehre so genannten *Neokonstitutionalismus der Rechtsprechung*, der sich bisweilen in einem Spannungs- und/oder Integrationsverhältnis zu den Gerichtshöfen in Straßburg, vor

* Magistrado y ex presidente del Tribunal Constitucional peruano. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. <clanda@pucp.edu.pe>

** El presente artículo ha sido elaborado sobre la base del texto de la conferencia ofrecida el 25 de mayo de 1999 en el Instituto Goethe de Lima, con motivo de los 50 años de la Ley Fundamental de Bonn.

allem aber in Luxemburg, befindet, zum Maßstab der Gültigkeit der Verfassung selbst geworden. Gleichwohl hat die von der Verfassungsgerichtsbarkeit vertretene militante Verfassungsdemokratie mit jeweils spezifischer Intensität einen Beitrag zum verspäteten Übergang der Mittelmeerländer sowie der Staaten Lateinamerikas und Osteuropas zu einer verfassungsmäßig begründeten Demokratie geleistet.

Schlagwörter: Neokonstitutionalismus, Bonner Grundgesetz, Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungsgerichte, Grundrechte, Zuständigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, Vergleichendes Recht, Europäische Union, Deutschland.

ABSTRACT

On the occasion of the 60th anniversary of the Fundamental Law of Bonn, the meaning and influence of the judicial development of the Constitutional Court, which has been marked by a strong judicial impact on the democratic and constitutional values, is evaluated. The Constitutional Court has been questioned from time to time about the legitimacy of its judicial activism. The expansion of the Constitutional Court's case law has turned into a measure of the validity of the Constitution itself, through what comparative legal writers have referred to as "jurisprudential neoconstitutionalism." This, in turn at times clashes with and/or provides integration with the Strasbourg and, above all, Luxembourg tribunals. However, militant constitutional democracy postulates that constitutional justice has been useful to the overdue constitutional democratic transition of Mediterranean, Latin-American and Eastern European countries, in different degrees of intensity.

Keywords: neoconstitutionalism, Fundamental Law of Bonn, constitutional justice, constitutional courts, fundamental rights, constitutional jurisdiction, comparative law, European Union, Germany.

1. Significado de la Ley Fundamental de Bonn

El 23 de mayo de 2009, la Ley Fundamental de Bonn cumplió 60 años de vigencia. Como ha señalado recientemente el profesor Josef Isensee, esta ha adquirido en seis decenios tal grado de prestigio, consenso y confianza como ninguna otra Constitución anterior en la historia de Alemania.¹ Es del caso celebrar dicho aniversario por razones que van más allá de las tradicionales consideraciones. Son dos las más evidentes: 1) porque la Ley Fundamental ha constituido el cimiento básico para el establecimiento de una democracia avanzada en Alemania, luego de la noche oscura del III Imperio; 2) porque ha servido de faro que ha iluminado el camino de las transiciones de sociedades cerradas hacia sociedades abiertas, en diferentes latitudes culturales del mundo.

¹ Josef Isensee: "El Federalismo en Alemania: Constitución y realidad". Conferencia pronunciada el 25 de mayo de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con motivo del LX Aniversario de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (trad. de Héctor Fix-Fierro). El texto puede verse en http://www.alemaniaparati.diplo.de/Vertretung/mexikogic/es/o4/60_20Aniversario_20Grundgesetz/Conferencia_20Isensee__downloaddatei,property=Daten.pdf.

La reconstrucción e implementación del Estado de derecho durante los primeros años de la posguerra fue materia de un amplio debate político y jurídico en Alemania, lo cual llevó en términos generales a contradicciones sobre modelos alternativos de reflexión político-constitucional, entre los partidos cristiano-demócratas y los socialistas-comunistas; conflicto que estuvo inmerso en el marco de la confrontación ideológica durante la guerra fría, como quedó evidenciado en el debate sobre la creación de la República Federal de Alemania. En efecto, en la redacción de la Ley Fundamental de Bonn, señaló Schneider:

No solo fueron determinantes las imposiciones de las fuerzas de ocupación occidentales, las experiencias de la época de Weimar y el régimen de Hitler; así como una concepción jurídico-liberal del Estado, sino que también estuvo presente, sobre todo, el deseo de una delimitación clara frente al sistema político de la zona de ocupación soviética, a fin de evitar desde un principio por medios constitucionales una propagación del *movimiento de frente único* en la RFA.²

En ese sentido, el restablecimiento del Estado de derecho en la posguerra tuvo un fuerte componente democrático y constitucional, como las dos columnas básicas de la sociedad civil y sobre todo de la actuación del Estado. De allí que la implementación y el desarrollo del modelo del Estado de la posguerra hayan estado impregnados de un aura iusnaturalista,³ caracterizada, por un lado, por otorgar a la Constitución un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder y fortalecimiento del proceso político libre y vivo,⁴ así como por interpretar la Constitución como ordenación jurídica fundamental del Estado. Por otro lado, por refundarse no solo en el principio de la legalidad y en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho, como quedó consagrado en el paradigmático caso de la Constitución de Alemania (Ley Fundamental del Bonn de 1949).⁵

La Constitución y el sistema legal en adelante, serán los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de las personas, así como de limitación y control

² Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Madrid: CEC, 1991, p. 24: el frente único fue la estrategia de coalición gubernamental o parlamentaria de los partidos de izquierda en la posguerra. Asimismo, Konrad Hesse: "Die Verfassungsentwicklung seit 1945", en E. Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Heyde (eds.): *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín y Nueva Cork: Walter de Gruyter, 1994, pp. 40 ss.; Peter Häberle: "Die europäischen Verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Nachkriegszeit - das Beispiel Deutschland (1945/49-1996)", en *JÖR* 46, 1998, pp. 81 ss., y Dominique Rousseau: *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1996, pp. 24 ss.

³ René Marcic: "Das naturrecht als Grundnorm der Verfassung", en René Marcic e Ilmar Tammelo: *Naturrecht und Gerechtigkeit. Eine Einführung und die Grundprobleme*, Fráncfort: Peter Lang, 1989, pp. 219-243.

⁴ Horst Ehmke: "Grenzen der Verfassungsänderung" (1953), en el compendio del autor *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik* (editor P. Häberle), Fráncfort y Bonn: Athenäum, 1981, pp. 91 ss.

⁵ Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995, pp. 58 ss., 83 ss.

del poder. La revalorización de la persona humana y sus derechos supuso también la subordinación de la ley a los principios y valores del nuevo Estado de derecho expresados en la Constitución. En tal sentido, en la posguerra Krüger señalaría con acierto que hasta ese entonces los derechos fundamentales eran válidos solo en el marco de la ley, mientras que en adelante la ley solo sería válida en el marco de los derechos fundamentales.⁶

La universalización de los derechos fundamentales en el orden político nacional mediante la incorporación de la tutela de los derechos humanos en la Ley Fundamental de Bonn, la posguerra, la aprobación de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y regionales, como también en la eficacia de su protección en los juicios de Núremberg contra los ex jefes nazis, supuso el uso de normas de derecho natural (*ius cogens*) para el restablecimiento de una cultura de vida civilizada, es decir, se volvió cual mito de Sísifo al eterno retorno a los derechos naturales del hombre, imprescriptibles e inalienables.⁷

Sin embargo, la positivización de los derechos naturales del hombre les otorgó obligatoriedad al incorporarlos en las constituciones.⁸ Se presentó así un nuevo dilema sobre el grado de vigencia de los derechos económicos y sociales incorporados en los diferentes textos jurídicos. Si bien la Constitución inicialmente no otorgó a los derechos sociales un carácter constitutivo, sino tan solo declarativo, sí supuso en cambio otorgarles validez y reconocimiento como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata, en la medida en que el Estado o incluso los terceros particulares (*Der Drittwirkung der Grundrechte*) completasen la cuota de responsabilidad social en que se basa el Estado social, para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana. Ello supuso, en términos concretos, plantear no sin conflictos los límites de la unidad del derecho positivo y del derecho natural.⁹

Así, pues, en términos generales, en la primera década de la posguerra se atravesó una crisis de refundación del Estado de derecho, que se puso en evidencia en el debate político y jurídico, en torno a los problemas fundamentales de la reconstrucción social de Europa. Así, por un lado, la propia noción de la democracia pluralista del período de la posguerra, que había sido coto de los partidos políticos, se puso en cuestión en tanto, por entonces, se reeditaba lo que Gerhard Leibholz llamó la *dictadura de la*

⁶ Herbert Krüger: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1950, p. 12.

⁷ Peter Häberle: "El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa", en *Pensamiento Constitucional*, año V, n.º 5, PUCP-MDC, Lima, 1998, pp. 13-19; Felice Battaglia: *Teoría del Estado*, Madrid, Publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, 1966, pp. 175 ss.; asimismo, Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 65 ss., 125 ss.

⁸ Werner Kagi: *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zürich: Polygraphischer, 1945, pp. 39 ss.; asimismo, Wolfgang Schluchter: *Individuelle Freiheit und soziale Bindung. Vom Nutzen und Nachteil der Institutionen für den Menschen*, Heidelberg: Universitätsverlag C. Winter, 1994, pp. 1-26.

⁹ Felix Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, I, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 249 ss.; asimismo, Pablo Lucas Verdú: *Curso de Derecho político*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1976, pp. 391 ss.

mayoría parlamentaria en detrimento de las minorías políticas,¹⁰ lo cual arriesgaba convertir la división del poder en una formalidad, de los partidos y los grupos de presión.¹¹

Frente a estos desafíos de la naciente democracia moderna alemana, se postuló la armonización del concepto ideal y práctico de la democracia con el de la Constitución;¹² la integración soberana del pueblo (*Herrschaft des Volkes*) en los asuntos de interés público¹³ o la superación de la antítesis de la legalidad y la legitimidad, en períodos de estabilidad, mediante la justicia social; es decir, incorporando elementos axiológicos a la teoría del derecho y a la teoría del Estado.¹⁴ Pero la refundación del Estado de derecho adquiriría una de sus mayores expresiones en el rol que ocuparía el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe.

1.1. Judicialización de los valores constitucionales

La afirmación de los nuevos principios del constitucionalismo de la posguerra quedó simbolizada en la incorporación de los valores constitucionales de la libertad, a través de los principios de la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia, la división de poderes, el Estado de derecho, la descentralización y la economía social de mercado; todos ellos como una fórmula de limitación y control del Estado.¹⁵ Ello se debió a la influencia de los contenidos axiológicos fundamentales de la renovada vida política, social y económica en la Constitución, de clara afirmación neoiusnaturalista.¹⁶ En tal sentido, Höpker-Aschoff, en su discurso inaugural de 28 de septiembre de 1951 como primer presidente del Tribunal Constitucional Federal, señaló que “un hombre de Estado puede aplicar un programa político, pero no un juez. Nosotros solo podremos prometer que honraremos obligatoriamente el juramento prestado, más allá de palabras y escritos, que el derecho será un manantial y la justicia una poderosa corriente”.¹⁷

¹⁰ Gerhard Leibholz: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 15 ss.

¹¹ Max Imboden: “Gewaltentrennung als Grundproblem unsere Zeit”, en M. Imboden (ed.): *Gedanke und Gestalt des Demokratischen Rechtsstaate*, Viena: Herder, 1965, pp. 46 ss.

¹² Kägi: o. cit., pp. 152 ss.; Ernst von Hippel, *Vom Wesen der Demokratie*, Bonn: Schwippert, 1947, pp. 46 ss., 59 ss.

¹³ Erich Kaufmann: *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, Múnich: Isar, 1950, pp. 5-28; asimismo, Friedrich Glum: *Krise der Demokratie?*, Múnich: Isar, 1951, pp. 22 ss.

¹⁴ Hans Nawiasky: *Staatslehre*, Zúrich: Benziger, 1956, pp. 118-121; ídem: *Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, Einsiedeln y Köln: Benziger, 1941, pp. 19 ss.

¹⁵ Ulrich Scheuner: *Die Kontrolle der Saatmacht im demokratischen Staat*, Hannover: Niedersächsischen Landeszentrale für Politische Bildung, 1977, pp. 75 ss.; ídem: “Der Nationalsozialismus als Politische Layout der Bundesrepublik Deutschland”, en *Der Staat*, t. 28, 1989, pp. 505 ss.

¹⁶ Richard Bäumlin: *Die rechtsstaatliche Demokratie*, Zúrich: Polygraphischer, 1954, pp. 54 ss.; Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, o. cit., segunda parte, pp. 55-121; Peter Saladin: *Grundrechte im Wandel*, Berna: Stämpfli, 1975, pp. 40 ss.; asimismo, Friedrich Darmstaedter: “Naturrecht und Positives Recht”, en *DRiZ*, vol. 7, n.º 30, 1952, pp. 109 ss.

¹⁷ Deutschland Bundesrepublik Bundesverfassungsgericht: *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe: Müller, 1963, p. 4; de esta manera el TCF nació como una antítesis del positivismo y

En tal sentido, la positivización de los derechos fundamentales y en particular de los derechos sociales y económicos en la Ley Fundamental de Bonn, así como el profundo desarrollo de esos derechos por el Tribunal Constitucional Federal, han caracterizado el desarrollo de la jurisdicción constitucional alemana.¹⁸ Ello ha sido así en virtud de la implementación y extensión del control constitucional a la función política,¹⁹ lo que supuso una comprensión material del derecho constitucional (*Verständnis des Verfassungsrechts*) de los derechos fundamentales, el orden democrático y el principio del Estado social, a través del predominio de la eficacia social y valorativa de la norma constitucional por sobre el método jurídico positivista.

En tal sentido, Weinkauff (otro antiguo presidente del TCF) señaló que “en general el pensamiento del derecho natural ha influido en su contexto las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal”.²⁰ Expresión de este pensamiento jurisprudencial fue la doctrina de la ponderación e integración de los valores, con las famosas sentencias *Lüth* y *Apotheke*, como posteriormente la del *numerus-clausus*, donde se consagra el valor objetivo de los derechos fundamentales que irradia al derecho en su conjunto, incluso al derecho privado,²¹ haciéndolos eficaces frente a terceros particulares (*Der Drittwirkung der Grundrechte*).²²

1.2. Desafíos a la legitimidad constitucional

El Tribunal Constitucional de Karlsruhe ha cumplido un papel clave en la protección de los derechos fundamentales, mediante la interpretación, delimitación y fomento jurisprudencial de los derechos humanos; redescubriendo el contenido valorativo, institucional, funcional y social de los derechos fundamentales y la propia Constitución, a través de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la eficaz protección

de la justicia nazi. Véase Kurt Oppler: “Justiz und Politik”, en *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, vol. 2, octubre de 1947, pp. 323-327.

¹⁸ Konrad Hesse: “Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JÖR* n.º 46, 1998, pp. 1 ss.; asimismo, W. Hanel: *Die Bedeutung der Grundrechte in der Sozialen Rechtsstaat*, 1957.

¹⁹ Klaus Stern: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Westdeutscher, 1980, pp. 12 ss.; asimismo, Karl Hinkel: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Maximilian, 1984, pp. 18 ss.

²⁰ Hermann Weinkauff: “Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, en *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*”, en Werner Maihofer (ed.): *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981, p. 576.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe: *Grenzen des rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlín: Duncker & Humblot, pp. 42 ss.

²¹ Peter Häberle: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima: PUCP-MDC, 1997, p. 97 ss.; idem: “Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat”, en *DÖV*, 1972, pp. 729-740, ahora incluido en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, pp. 57 y 90; asimismo, Christian Starck: “Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte”, en *JZ*, 21, 1996, pp. 1033 ss.

²² Walter Leisner: *Grundrechte und Privatrecht*, Múnich: C. Beck, 1960, pp. 285 ss.; asimismo, para conocer la eficacia de los derechos frente a terceros en la Corte Europea, véase Michael Jaensch: *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Baden-Baden: Nomos Recht, 1997, pp. 33 ss.

del derecho.²³ Sin embargo, un problema central ha sido el exceso de demandas ciudadanas y el diseño de los límites del ejercicio jurisdiccional en el sistema de división de poderes;²⁴ también la realidad contemporánea de la liberalización económica y la progresiva privatización de los servicios públicos, que —como ha señalado el profesor Konrad Hesse— han puesto en dilema la vigencia de ciertos derechos fundamentales y el propio principio de Estado social.²⁵ En virtud de ello se pone en el debate la eficacia de algunas sentencias, sobre los *Crucifijos* (BVerfGE 93,1), *La sentada*, *Los soldados son asesinos* (BVerfGE 93,266), *Marihuana* (BVerfGE 90, 145), *Aborto* (BVerfGE 88, 203), *Misión militar del Ejército Federal en Yugoslavia* (BVerfGE 90, 286). Más recientemente, las sentencias *El mercado del Plátano* (BVerfGE 102, 147), *El velo Ludin* (BVerfGE 108, 282), *La Ley de Parejas de Hecho* (BVerfGE 105, 313), *El espionaje acústico masivo* (BVerfGE 109, 279), *La Ley de Seguridad Aérea* (BVerfGE 115, 118) y *El Tratado de Lisboa* (BVerfG, 2 BvE 2/08), entre otras.²⁶

Si bien lo controvertido de algunas de sus decisiones ha llevado a señalar que el TCF pretende materializar un “orden judicial total” en la vida política y social, que no siempre ha recibido confianza institucional o ciudadana, y que las construcciones jurídicas abiertas vienen siendo discutidas por otros tribunales federales, sobre todo debido a que la pérdida de la autovinculación apareja el debilitamiento o la pérdida de la vinculación externa,²⁷ también es cierto que el TCF sigue gozando del más alto nivel de confianza de la opinión pública alemana.²⁸

Otro de los mayores desafíos se presentó en la incorporación de la ex República Democrática Alemana a la República Federal. Aunque desde un punto de vista político

²³ Ernst Böckenförde: *Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Fráncfort: Suhrkamp, 1991, pp. 124 ss.; ídem: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993, pp.95-137; asimismo, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez: “Teoría y realidad constitucional en Alemania”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, primer semestre, UNED, 1998, pp. 197-204.

²⁴ Hasso Hofmann: “Development and crisis of constitutionalism”, en Christian Starck (ed.): *Studies in German Constitutionalism. The German contribution to the Forth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos, 1995, pp. 36 ss.; asimismo, Meinhard Schöeder: “Strengthening of constitutional law”, en Christian Starck (ed.): *New Challenges to the German Basic Law. The German contribution to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden: Nomos, 1991, pp. 25-41.

²⁵ Konrad Hesse: “Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JÖR*, 46, 1998, p. 17; asimismo, Jörn Kämmerer: “Verfassungsstaat auf Diät?”, en *JZ*, 1, 1996, pp. 1042 ss.

²⁶ Jürgen Schwabe: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, México: Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 669; asimismo, Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez: *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*, Madrid: CEPC, 2008, pp. 1154.

²⁷ Bernhard Schlink: “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel”, en *Juristen Zeitung*, Tubinga: Mohr Siebeck, 2007, vol. 62, n.º 16, pp. 157-162, asimismo, “Helmut Schulze-Fielitz: “Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists”, en *AÖR*, 122, 1997, pp. 4 ss.

²⁸ Evelyn Haas: “TC Federal: Juridificación de la política - Politización de la justicia”. Ponencia presentada en *Triana Deutsch-Lateinamerikanische Juristenvereinigung*, Lima, 28-29 setiembre de 2009; asimismo, revítese la encuesta anual sobre la confianza ciudadana en las instituciones públicas alemanas, donde el Tribunal Constitucional ocupa el primer lugar con el 75% de aprobación, en *Spiegel Wissen: Statistik; Vertrauen in öffentliche Einrichtungen und Institutionen*, 27 de setiembre de 2009, disponible en <http://wissen.spiegel.de>.

la reunificación se asume como un éxito, desde el punto de vista económico el costo de la reunificación se viene debatiendo aún hoy, pues se siguen invirtiendo millones de euros en recuperar autopistas, modernizar las telecomunicaciones, eliminar la contaminación ambiental y extender el sistema de seguridad social de la Alemania Federal a la antigua República Democrática Alemana. En este sentido, se afirma que la reunificación alemana no ha sido gratuita.

También constituye un desafío constante la delimitación de las competencias entre el Tribunal Constitucional Federal, encargado de tutelar y desarrollar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn, y las competencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, responsable de la protección y el amparo frente a la violación de los derechos, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos.²⁹ Así, se ha planteado la necesidad de coordinar las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional con las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, a partir del carácter vinculante y obligatorio,³⁰ lo que ha venido a esbozar las bases de un derecho constitucional europeo, como la síntesis cualitativa de la evolución humanista de la cultura jurídica europea.³¹

Pero, la tensión se ha hecho evidente a partir del desarrollo del ordenamiento jurídico del Tratado de la Unión Europea, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo (TCJE) ha entrado a proteger los derechos fundamentales en dialéctica con el Tribunal Constitucional Federal. Debido a que al principio, “monistamente”, a juicio del TCJE, cada corte nacional debía aplicar el derecho comunitario en su integridad y proteger los derechos fundamentales, en el supuesto de que el derecho interno entrase en conflicto con aquel debía darse prioridad a la disposición comunitaria.

En efecto, este proceso de paulatina integración competencial adquirió especial relevancia en materia de derechos fundamentales, pues el TCF aceptó la posibilidad de que el ordenamiento jurídico comunitario europeo proteja al individuo por medio de normas de carácter supranacional. Así, en cuanto a la jurisprudencia concerniente a los derechos fundamentales, el Tribunal *prima facie* ha reconocido la primacía del derecho comunitario sobre el derecho constitucional alemán en sus decisiones recaídas en el caso *Solange I y II*.

Como se deduce del caso *Solange I*, de 1974 (BVerfGE 37, 271), el Tribunal afirma el carácter autónomo del derecho comunitario, en el que establece que la transferencia de poderes que se realiza debe hacerse a la luz del artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn. Si en el ordenamiento supranacional faltaban garantías constitucionales, tal

²⁹ Christian Pestalozza: *Verfassungsprozessrecht*, Múnich: Beck, 1991, pp. 665-666; asimismo, Hofmann: o. cit., pp. 30 ss.

³⁰ Jochen Abr. Frowein: *Die europäische Grundrechtsschutz und die nationale gerichtbarkeit*, Berlín y Nueva York: W. de G., 1983, pp. 24 ss.; asimismo, Gerhard Leibholz: “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte”, en *JÖR*, 1982, pp. 23 ss.

³¹ Peter Häberle: *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, en *Ethos des Interkulturellen* (editores A. Baruzzi y A. Takeichi), Würzburg: Ergon, 1998, pp. 230 ss.; ídem: *Europäische Rechtskultur*, Fráncfort: Suhrkamp, 1997, donde reúne doce artículos con sus tesis principales sobre la unidad jurídica europea basada en la cultura.

protección era asumida por el ordenamiento nacional, pues la tutela de los derechos fundamentales es ofrecida como algo irrenunciable a la Constitución alemana. La afirmación de la decisión en favor de la aplicación de los derechos fundamentales nacionales se basa en la idea de su protección subsidiaria por la Constitución nacional, es decir, por un ordenamiento diferente del ordenamiento en el cual el acto normativo en cuestión ha sido adoptado.³² De allí que el TCF reconozca su competencia para declarar inaplicable una norma del derecho comunitario que entra en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la Constitución.

Si bien en el caso *Solange II*, del 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339),³³ el TCF reconoce la competencia atribuida al TJCE para llevar a cabo la interpretación del ordenamiento jurídico comunitario al servicio de los objetivos de la integración, seguridad jurídica e igualdad en su aplicación, de conformidad con la Ley Fundamental de Bonn, difiere del caso *Solange I* por cuanto excluiría una competencia subsidiaria o general de los tribunales alemanes. Pero, esta autolimitación se ve matizada, pues va aparejada en última instancia con la reserva del TCF de la competencia para controlar los límites constitucionales a esta atribución competencial, no ilimitada del TJCE.³⁴ Así, resulta en sus consecuencias conforme con lo establecido en *Solange I*, con lo que se confirma una idea de sustitución, en un proceso dinámico, de la protección nacional por la protección supranacional de los derechos fundamentales,³⁵ en virtud de la cual la garantía comunitaria ha de configurar el parámetro de control de validez del derecho comunitario derivado, que es tomado a su vez como base normativa para la actuación de los tribunales y autoridades alemanas.

Ello se pone en evidencia, sobre todo, a partir de la firma del Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007), por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea,³⁶ con el objetivo, por un lado, de mejorar el radio de acción de la Unión Europea y, por otro, de fortalecer y mejorar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Aunque se ha previsto que dicho tratado entre en vigor a fin de año (está pendiente su ratificación por Irlanda, Polonia y la República Checa), debe señalarse que fue impugnado ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán. La Segunda Sala, sin embargo, mediante sentencia (BVerfG, 2 BvE 2/08), de 30 de junio de 2009, ha considerado que el Tratado de Lisboa es compatible con la Ley Fundamental de Bonn, pero a condición de que se refuercen los ámbitos de participación del Bundestag y del Bundesrat. Precisamente esto

³² *Ibidem*.

³³ Véase asimismo la sentencia recaída en el caso *Eurocontrol II* (BVerfGE 59, 63).

³⁴ Antonio López Castillo: "De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF). Comentario de la Sentencia-Maastricht del Tribunal Constitucional Federal (TCF) de 12 de octubre de 1993 (Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der staatlich verfassten Volkes)", en *REDC*, año 14, n.º 40, Madrid: CEC, 1994, p. 224.

³⁵ Rainer Arnold: "Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán", en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, año 1, n.º 1, enero-junio de 2004, disponible en <<http://www.ugr.es/~redce/>>.

³⁶ *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306, de 17 de diciembre de 2007.

parece haberse logrado con la reciente aprobación de las “leyes de acompañamiento” alemanas al Tratado de Lisboa.

Los postulados valorativos de los derechos fundamentales, si bien van a ser protegidos por la organización y el desarrollo de la justicia constitucional de factura kelseniana, en un inicio fueron imposibles de explicar e interpretar totalmente desde una perspectiva jurídica positiva; de allí el gran desarrollo de la *jurisprudencia de los valores* de la mano de la jurisprudencia y de la doctrina constitucionales. Pero una vez asentado el curso democrático del Tribunal Constitucional Federal alemán, la tendencia se ha concentrado en desarrollar una doctrina constitucional como un proceso abierto, sin la palanca del derecho natural, dado su carácter prepolítico, de raíz individualista y de escaso consenso, que pueda degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannie der Werte*).³⁷ Esta tesis de Häberle será complementada por Saladin, en cuanto contemporáneamente se debe entender el derecho natural más como el derecho de la naturaleza, que es un problema vital para el Estado, como deber de mantener la dignidad del hombre y de las generaciones futuras de acuerdo con el medio ambiente, así como que los fines del Estado sean producto de un consenso intersubjetivo.³⁸

En ese sentido, se va a llegar a identificar el desarrollo de la Constitución alemana con el desarrollo de la jurisdicción constitucional, así como, posteriormente, a invertir la relación causal entre ambas, convirtiendo al Tribunal Constitucional Federal en la medida práctica y concreta de validez de la Ley Fundamental de Bonn (claro está, evitando caer en un positivismo jurisprudencial) y transformando las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional y valorativo, propio del Estado de Justicia.³⁹

Por ello, se ha llegado a caracterizar la evolución del concepto de Constitución, Estado de derecho y democracia alemanas, a partir del proceso de desarrollo de la jurisdicción constitucional, a tal punto que en algún momento se ha afirmado que “con el Tribunal Constitucional Federal se inicia una nueva época para el derecho constitucional”,⁴⁰ en la que se perciben las posibilidades y los límites del neopositivismo y del neousnaturalismo llevados a la práctica de la justicia constitucional. En efecto, siguiendo la tesis kelseniana según la cual el método crea el objeto de conocimiento

³⁷ Peter Häberle: “Verfassungstheorie ohne Naturrecht”, en *AÖR*, n.º 99, 1974, pp. 451 ss.

³⁸ Peter Saladin: “Verfassungsreform und Verfassungsverständnis”, en *AÖR*, 104, 1979, pp. 387 ss. Un balance y crítica de dicho debate se puede ver en Pablo Lucas Verdú: *Estimativa y política constitucionales*, Madrid: Universidad de Madrid, 1984, pp. 48 ss., donde plantea que una teoría constitucional sin derecho natural es una teoría de la Constitución sin Constitución.

³⁹ René Marcia: *Vom Gesetzesaat zum Richterstaat*, Viena: Springer, 1957, pp. 193 ss.; Kurt Eichenberger: *Der Staat der Gegenwart* (edición de Verfassungsrat y Regierungsrat del Kantons Argau), Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 11 ss.; asimismo, Mauro Cappelletti: *Giudici Legislatori*, Milán: Giuffrè, 1984, pp. 13 ss., donde se plantean algunos límites procesales y sustantivos en la creatividad judicial.

⁴⁰ Bernhard Schlink: “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Der Staat*, t. 28, 1989, pp. 161 ss.; Helmut Simon: “Jurisdicción constitucional”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.): *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: IVAP y Marcial Pons, 1994, pp. 823 ss.; asimismo, Ulrich Haltern: *Verfassungsgerichtsbarkeit. Demokratie und Mißtrauen*, pp. 368 ss.

y su función,⁴¹ el quehacer de la justicia constitucional ha convertido a la Constitución, mediante las técnicas de la interpretación constitucional, en una Carta jurisprudencial de derechos y libertades.⁴²

2. Aporte de la Ley Fundamental al desarrollo de los Estados democráticos

Indudablemente la influencia de la Constitución alemana en el mundo del derecho público del siglo XX encuentra sus raíces en el período de entreguerras, con el impacto que creó la Constitución de la República de Weimar de 1919 en el mundo del derecho público. Ello es así por cuanto en torno a ella se concentró lo mejor del pensamiento político-constitucional germánico. Así, Hans Kelsen con su teoría pura del derecho o la creación de la justicia constitucional; Carl Schmitt con sus profundas teorías sobre el derecho público que demolieron las bases del Estado liberal burgués de derecho; Hermann Heller con una teoría política y jurídica del Estado social de derecho que buscaba cerrar la brecha entre el Estado y la sociedad; y Rudolf Smend con su teoría de la integración del Derecho Constitucional, como una profunda forma de armonizar la libertad con la autoridad. Con justa razón, el profesor Peter Häberle, de la Universidad de Bayreuth, ha señalado que los actuales juristas alemanes son enanos que están parados en los hombros de esos gigantes de Weimar; por eso, aunque su obra pueda avizorar nuevos horizontes, eso solo es posible gracias a ellos.⁴³

Es en ese profundo marco de referencia jurídico-político, propio de una vigorosa época de brillante creación científica, artística, jurídica y cultural, que se puede entender que la Ley Fundamental de Bonn haya encontrado un manantial de principios e ideas para reelaborar o incorporar, superando las limitaciones conceptuales y sociales de entonces. Solo en ese marco histórico adquiere sentido la afirmación de que, una vez establecida e implementada la democracia constitucional alemana y validados sus logros con la Ley Fundamental de Bonn, rápidamente se haya convertido en un punto de referencia obligado de mayor o menor observación y consulta de las demás democracias occidentales europeas, como Francia, Italia, España, Portugal o Grecia, donde se viene desarrollando el neoconstitucionalismo jurisprudencial, y en particular de aquellos países de Europa del Este y de América Latina que salieron más temprano o

⁴¹ Hans Kelsen: "Über Grenzen juristischer und soziologischer Methode" (1911), en *Die Wiener Rechtstheoretischer Schule*, t. 1 (escritos de Hans Kelsen, Adolf Merkl y Alfred Verdross), Viena: Europa, 1968, pp. 3 ss.; asimismo, Werner Krawietz: *Das positive Rechts und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlín: Duncker & Humblot, 1967, pp. 18 ss. y 39 ss.; ídem: *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden: Steiner, 1984, pp. 18 ss.

⁴² Dominique Rousseau: *Droit du contentieux constitutionnel*, París: Montchrestien, 1990, pp. 305 ss.; ídem: "Les constitutionnalistes, les politistes et le "renouveau" de l'idée de constitution", en Jacques Chevalier y otros: *Droit et Politique*, París: CURAPP y Presses Universitaires de France, 1993, pp. 40 ss.

⁴³ Peter Häberle: "El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos", (entrevista de César Landa), en *Pensamiento Constitucional*, año III, n.º 3, Lima: PUCP-MDC, 1996, p. 288.

más tarde de regímenes dictatoriales, donde se vienen dando procesos de neoconstitucionalismo democrático.

2.1. Neoconstitucionalismo jurisprudencial

El redescubrimiento de la Constitución en términos jurídico-positivos mediante el desarrollo tardío de la jurisdicción constitucional produjo en Francia el fenómeno del *neoconstitucionalismo* o *neopositivismo*.⁴⁴ Este fenómeno se desarrolló a partir de 1971-1974, cuando el Consejo Constitucional francés, para proteger los derechos fundamentales, extendió el concepto de Constitución incorporándole la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las disposiciones de la Constitución del Frente Único de 1946. Oficializaba así una idea del derecho que consagró los principios de la economía de mercado, de una democracia política moderada, y creó un espacio vivo y abierto al reconocimiento indefinido de los derechos y libertades, a través de la lógica del trabajo jurisdiccional.⁴⁵

Ello no ha sido óbice para que también se haya entendido que el rol de control del juez constitucional, para ser compatible con el principio democrático, debe fundarse siempre en el derecho positivo dictado por los representantes del pueblo. En este sentido, neopositivista, se ha sostenido que el control de la constitucionalidad de la ley debe ser concebido en último término como análisis de una irregularidad procedimental,⁴⁶ porque el Congreso, al legislar un tema o asunto constitucional de manera inconstitucional, está violando una materia de competencia del poder constituyente. Por ello, como señala Rousseau, se ha pretendido que el control constitucional se reduzca a un control de los poderes constituidos y a un control de procedimiento, en el que el juez constitucional no entre a valorar o apreciar el contenido de la moralidad de la ley, que es un asunto de decisión u oportunidad política del legislador.⁴⁷

En el texto constitucional de Italia de 1948, sin lugar a dudas, la positivización de los derechos humanos y de nuevos derechos sociales y económicos ha tenido una impronta en el Estado constitucional nunca antes conocida, que ha puesto en cuestión la perspectiva metodológica formal del derecho de los tribunales ordinarios, distanciada de la vida social. En ese sentido, el establecimiento del Tribunal Constitucional,

⁴⁴ Yves Poirmeur: “Thèmes et débats autour du constitutionnalisme”, en *Droit et politique...*, o. cit., pp. 27 ss.; Louis Favoreu: “Propos d’un ‘neo-constitutionaliste’”, en Jean-Louis Seurin (ed.): “Introduction” a *Le constitutionnalisme aujourd’hui*, París: Economica, 1984, p. 26; asimismo, Pablo Lucas Verdú: “La Constitución en la encrucijada. Palingenesia iuris politici”, en *Pensamiento Constitucional*, año IV, n.º 4, Lima: PUCP-MDC, 1997, pp. 101 ss.

⁴⁵ Rousseau: *Une résurrection...*, o. cit., pp. 6 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky: “La doctrine du Droit Vivant”, en *AIJC*, vol. II, 1986, pp. 55 ss.

⁴⁶ Georges Vedel: “Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendence des droits de l’homme”, en *Pouvoirs*, n.º 45, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 149 ss.

⁴⁷ Rousseau: *Droit du contentieux...*, o. cit., pp. 376 ss.; asimismo, Bastien François: “Justice constitutionnelle et ‘démocratie constitutionnelle’. Critique du discours constitutionnaliste européen”, en *Droit et Politique...*, o. cit., pp. 53-64, donde plantea urgentemente un debate sobre los problemas de la representatividad democrática de la justicia constitucional.

dada su nueva forma de asumir la interpretación jurídica, acorde con los principios constitucionales, ha llevado a replantear el derecho jurisprudencial.⁴⁸

En efecto, en el nuevo constitucionalismo de la posguerra, los textos constitucionales no otorgan carácter constitutivo a los derechos humanos, sino en muchos casos tan solo de manera declarativa; en consecuencia, no cierran exclusivamente en la norma positiva, el reconocimiento y la validez de la protección de los derechos fundamentales, como antaño, sino que los incorpora enunciativamente o en normas abiertas a futuro —como la cláusula Lelio Basso del artículo 3 de la Constitución italiana de 1948, sobre la igualdad material—⁴⁹ para que en todo tiempo y lugar se pueda defender la dignidad de la persona frente a cualquier sujeto, forma o modo de violación de los derechos humanos.

La transformación de la Constitución y los derechos fundamentales, como clave del ordenamiento del sistema de vida italiana, ha dado lugar a una *judicialización del ordenamiento*, la cual ha encontrado en los derechos sociales-económicos y culturales casos límite para la jurisprudencia y la doctrina del derecho constitucional, debido sobre todo al nuevo rol del juez en la política.⁵⁰ De ahí que la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional italiana para los poderes públicos se presente especialmente problemática también en las relaciones con los demás poderes y órganos constitucionales, como fue el caso de la *guerra delle due Corti*⁵¹ o los graves conflictos con el legislador.⁵² Sin embargo, ello también ha dado lugar a que la Corte Constitucional haya ganado un importante espacio político que complementa, de manera subsidiaria y excepcional, la labor legislativa, mediante la diversidad de tipos de sentencias de control constitucional de la ley.⁵³

⁴⁸ Achille Battaglia: *I Giudice e la Politica*, Bari : Laterza, 1962, pp. 11 ss.; Mauro Cappelletti: *Giudice legislatore?*, Milán: Giuffrè, 1984, pp. 19 ss.; asimismo, Alessandro Pizzorusso: *Curso de Derecho comparado*, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 170 ss.

⁴⁹ Fulco Lancaster: “La dottrina giuspubblicistica italiana alla Costituente”, en Vincenzo Atripaldi: *Costituente e Costituzione (1946-48)*, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, en *Diritto e Cultura*, año VII, n.º 1-2, 1997, pp. 48 ss. Constituyente que reunió a juristas de la talla de Mortati, Ambrosini, Calamandrei, Tosato y Orlando, este último padre de la iuspublicística italiana. Véase Alberto Lucarelli: “Modelli liberali alla Costituente nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando: la conciliabilità tra Rechtsstat e governo parlamentare”, en *Diritto e Cultura*, año VII, n.º 1-2, 1997, pp. 505 ss.

⁵⁰ Michael Dietrich: *Der italienische Verfassungsgerichtshof, Status und Funktionen*, Berlín: Duncker & Humblot, 1993, pp. 221-227; así como, Otto Kirchheimer: *Politische Justiz*, Fráncfort: Europäische Verlagsanstalt, 1981, pp. 21-48.

⁵¹ Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Bolonia: Il Mulino, 1977, pp. 355 ss.; asimismo, Nicola Assini: *Loggeto del giudizio di costituzionalità e la “Guerra delle due Corti”*, Milán: Giuffrè, 1973.

⁵² Vezio Crisafulli: *La Corte Costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. 4: “Miscelania di Diritto Pubblico e Privato, I”, Padua: CEDAM, 1958, pp. 274-295; Alessandro Pizzorusso: “La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione”, en *Il Foro Italiano*, año CV, n.º 2, Roma, 1980, pp. 118 ss., y Gustavo Zagrebelsky: “La Corte costituzionale e il legislatore”, en *Il Foro Italiano*, año CVI, n.º 2, Roma, 1981, pp. 246 ss.

⁵³ Nicola Occhicupo: “La Corte costituzionale come giudice di ‘opportunità’ delle leggi”, en N. Occhicupo (ed.): *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Bolonia: Il Mulino, 1978, pp. 31 ss.; asimismo, Nicola Matteucci: *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bolonia: Il Mulino, 1996, pp. 106 ss.

En el caso español, también se percibe que el Tribunal Constitucional ha logrado incidir en la dirección política del Estado democrático posfranquista mediante su labor de intérprete supremo de la Constitución, que por su contenido político y jurídico ha coadyuvado a completar jurisprudencialmente la unidad política de la nación española, con base en el desarrollo del mandato constitucional de las autonomías sin resentir al Gobierno central, así como ha establecido lineamientos del quehacer institucional público y privado a través del uso del recurso de amparo como proceso de tutela de los derechos fundamentales.⁵⁴

No obstante, el desarrollo de la jurisdicción constitucional española también ha llevado a judicializar importantes asuntos políticos, como los casos *Rumasa*, *LOAPA*, la Ley Antiterrorista, el amparo electoral de las elecciones de 1989, el juramento de los parlamentarios de Herri Batasuna, entre otros,⁵⁵ que han dado claras muestras de una politización de la justicia constitucional acorde con la mayoría parlamentaria transitoria o en sintonía incluso con la representación del gobierno y la oposición. Esto ha provocado cierto vaciamiento de la Constitución por los agentes políticos dominantes, sin que el Tribunal Constitucional haya podido poner término a estas desviaciones,⁵⁶ pese al impulso de las teorías de la argumentación racional.⁵⁷

2.2. Neoconstitucionalismo democrático

Este proceso de influencia del constitucionalismo alemán no se ha reducido a los creativos países mediterráneos ávidos de novedades —característica propia del espíritu de la cultura mediterránea—, sino también de la segunda ola de transiciones democráticas acontecidas en Europa del Este que quedaron simbolizadas en el *annus mirabilis* de 1989, con la caída del Muro de Berlín y la pacífica integración de la ex República Democrática Alemana a la República Federal.⁵⁸ El pluralismo y el racionalismo crítico

⁵⁴ Manuel García Pelayo: “*El status del Tribunal Constitucional*”, en *REDC*, vol. 1, n.º 1, Madrid: CEC, 1981, pp. 22 ss.; asimismo, Francisco Fernández Segado: “La judicialización del derecho constitucional”, en *Revista del Foro*, año LXXXI, n.º 1, enero-junio de 1993, Lima, pp. 112 ss.

⁵⁵ Francisco Tomás y Valiente: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid: CEC, 1993, p. 95.

⁵⁶ Pedro de Vega: “Problemi e prospettive della giustizia costituzionale in Spagna”, en Giorgio Lombardi (ed.): *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Santarcangelo di Romagna: CISR y Maggiolo, 1985, pp. 127-137; asimismo, Gregorio Peces-Barba: “La Constitución ayer y hoy”, en G. Cisneros Laborda, M. Fraga Iribarne, M. Herrero de Miñón. G. Peces-Barba, J. P. Pérez-Llorca, M. Roca i Junyent y J. Solé Tura: *20 años después. La Constitución cara al siglo XXI*, Madrid: Taurus, 1998, pp. 93-125.

⁵⁷ Francisco Rubio Llorente: “Problemas de la interpretación constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha (El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia)*, n.ºs 3-4, 1998, pp. 40 ss.; asimismo, Marina Gascón Abellán: “La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción”, en *REDC*, año 14, n.º 41, CEC, 1994, pp. 63-87.

⁵⁸ Konrad Hesse: “Die Vereinigung Deutschland und die gesamtdeutsche Verfassung (1991)”, en *JÖR*, 44, 1996, pp. 1-16; asimismo, Pedro Cruz Villalón: “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 3, Murcia: Asamblea Regional de Murcia y Universidad de Murcia, 1991, pp. 7-28.

como filosofía del nuevo Estado constitucional alemán adquirió carta de ciudadanía en las reformas constitucionales o en las nuevas constituciones de Rusia, Polonia, Hungría, las repúblicas federales Checa y Eslovaca, así como de los nuevos estados nacionales emergentes de la ex Unión Soviética y Yugoslavia.⁵⁹

Más aún, la Constitución de España de 1978, en la cual la impronta constitucional alemana ha quedado reflejada, también ha servido de fuente de inspiración para las nuevas constituciones de la mayoría de los estados latinoamericanos, que en la década de los ochenta dejaron atrás la época de los regímenes militares autoritarios.⁶⁰ En ese sentido, por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución del Perú de 1979 consagró: “Los derechos fundamentales reconocidos en este capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. En un proceso inverso de retroalimentación, también ha servido como punto de referencia en las innovaciones creativas de algunas constituciones de Europa Oriental, como bien ha resaltado el profesor Häberle en su carácter de consultor de algunas de las reformas constitucionales antes mencionadas.

Pero este proceso universal e inagotable de afirmación democrática y constitucional en el mundo ha servido de instrumento de integración en la transición democrática de la Sudáfrica de Mandela, como también se observa permanente y atentamente en países orientales como Corea, donde se espera el momento histórico de la reunificación del pueblo coreano —tarea que en el caso alemán supuso una operación constitucional de alta cirugía, por cuanto los intérpretes de la Constitución alemana permitieron una transición pacífica y ordenada, sin mayores costos políticos.⁶¹

En esa medida se puede afirmar que la fórmula del Estado democrático y social de derecho de origen alemán ha pasado a formar parte del patrimonio constitucional de la humanidad, con los matices que le otorga cada realidad constitucional. Sin embargo, las realidades de los países democráticos emergentes no pueden crear de la noche a la mañana el tipo de Estado constitucional que la comunidad de los estados constitucionales avanzados ha logrado madurar, como es el caso de Alemania a lo largo de 60 años. Por ello, si bien la perspectiva de llegar a estados democráticos constitucionales en términos generales es optimista, también hay procesos políticos contemporáneos pendulares de *corsi e recorsi*, como el peruano.

⁵⁹ Carlos Flores Juverías (dir.): *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Madrid y Valencia: CEC, Edicions Alfons el Magnànim y Generalitat Valenciana, 1997.

⁶⁰ Larry Diamond, Marc Plattner, Yun-han Chu y Hung-mao Tien (eds.): *Consolidating the third wave democracies. Regional challenges*, Londres: Johns Hopkins University Press, 1997; asimismo, Manuel Alcántara e Ismael Crespo (eds.): *Los límites de la consolidación democrática en América Latina*, Salamanca: Universidad Salamanca, 1995.

⁶¹ Konrad Hesse: “Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *JÖR*, 46, 1998, p. 17.

3. Balance y perspectivas de la Ley Fundamental de Bonn

No se puede decir que se ha llegado al final de la historia del Estado democrático constitucional en los países avanzados, como el alemán, porque los procesos de desarrollo constitucionales mencionados se encuentran intrínsecamente vinculados a la realidad política y social de su entorno,⁶² y ello inevitablemente conduce a que, al alba del tercer milenio, los fenómenos que afectan gravemente a la política y a la sociedad incidan directa o indirectamente en el que hacer de los guardianes de la Constitución. Estos se encuentran sometidos a un poder político creador de una inflación jurídica de normas que atrofia más que posibilita el desarrollo de la sociedad, lo cual es un signo del envejecimiento del Estado de derecho y su ciencia jurídica, que no logra armonizar la vida en sociedad ni garantizar la seguridad jurídica.⁶³

Así, las sociedades abiertas con estados democráticos avanzados comienzan a percibir la aparición de movimientos nacionalistas, fundamentalistas, xenófobos, que sumados a los problemas del medio ambiente, del agua, del excesivo poder privado —como el de los medios de comunicación—⁶⁴ o las esperanzas y los riesgos de la moderna navegación en el ciberespacio⁶⁵ y la desintegración de los valores, han puesto en evidencia que las instituciones jurisdiccionales están en la mira de la corrupción de grandes grupos de presión que se vinculan a través de negocios con el gobierno, como ocurre en Italia, España, Francia o Bélgica.⁶⁶ Sería sumamente peligroso que los propios tribunales constitucionales llegaran a convertirse en enemigos de la Constitución —es decir, que se convirtieran en *señores* en vez de *defensores* de la Constitución— o si se encerraran en el método técnico-jurídico, dejando de lado las expectativas de transparencia y participación de la sociedad.⁶⁷

Es un escenario poco alentador para el Estado constitucional, si es que no se reformulan la política, la economía y el derecho con base en la ética de la convicción (*Gesinnungsethisch*) y la ética de la responsabilidad (*Verantwortungsethisch*),⁶⁸ que en

⁶² Christoph Gusy: *Verfassungspolitik zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, —Heidelberg: Decker & Müller, 1983, pp. 15 ss.

⁶³ Jean-Pierre Henry: “Vers la fin de l’État de Droit?”, en *RDP*, 93, París, 1977, pp. 1207 ss.

⁶⁴ Karl Popper (entrevistado por Giancarlo Bosetti): *Las lecciones de este siglo. Con dos charlas sobre la libertad y el Estado democrático*, Buenos Aires: Temas, 1998, pp. 81-97; asimismo, Mona Rishmawi: “The media and judiciary”, en *CIJL Yearbook*, Ginebra: Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1995, pp. 75 ss.

⁶⁵ José Luis Cebrían: *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, Madrid: Taurus y The Club of Rome, pp. 184 y ss.; este es el informe del Club de Roma de 1997, donde se expone la necesidad de regular el caos del Internet.

⁶⁶ Peter Häberle: “Ethik im Verfassungsstaat”, en *Neue Züricher Zeitung*, 5 de julio de 1995, p. 15; al respecto, es significativo el proceso de investigación por sobornos millonarios en el caso *Elf*, en el que se encuentra incidentalmente sometido Roland Dumas, presidente del Consejo Constitucional de Francia, motivo por el cual ha tenido que renunciar a dicho cargo; al respecto véase “Le RPR demande la démission de M. Dumas”, en *Le Monde*, París, 30 de abril de 1998, pp. 1, 6, 7 y 14.

⁶⁷ Pablo Lucas Verdú: *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid: Beramar, 1993, pp. 67 ss.; ídem: *La Constitución en la encrucijada...*, o. cit., pp. 108 ss.

⁶⁸ Max Weber: *Politik als Beruf*, Berlín: Duncker & Humblot, 1964, pp. 57 ss.; asimismo, Johannes Messner: *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*. Berlín: Duncker & Humblot, 1984, pp.841 ss.

el ámbito del derecho constitucional suponen intentar recomponer la separación entre el *ser* y el *deber ser*, mediante la rerracionalización del sistema político, en cuanto “el derecho es lo que su contenido quiera que sea. El contenido pertenece necesariamente tanto a la forma, como la forma al contenido. Forma y contenido están separados conceptualmente, pero en los hechos no están divididos, porque siempre se presentan a la vez”.⁶⁹ Y no en un sentido abstracto e intemporal, sino concreto y presente, mediante la creación o el fortalecimiento de las instituciones democrático-constitucionales.⁷⁰

De lo contrario, el debilitamiento del Estado constitucional y la incredulidad sobre la *res publica*, o el individualismo desintegrador, podría ampliar peligrosamente la brecha entre la sociedad y el Estado, transformando el espacio público en campo propicio para el nihilismo en las sociedades estables, y en la irracionalidad y el arbitrio del poder en las sociedades fraccionadas.⁷¹ Por ello, la alternativa no está entre el pensamiento jurídico positivista y sus variantes,⁷² ni en el iusnaturalismo dogmático, sino que, sin negar la importancia histórica de estas grandes corrientes jurídicas, de cara al futuro, se pretende superarlas desde la tesis del pensamiento institucional en el quehacer constitucional, pero sobre nuevas bases teóricas por desarrollar.⁷³

En los países en desarrollo con jóvenes y a veces inestables democracias constitucionales, se producen también fenómenos gravitantes, como el renacimiento de los fundamentalismos nacionalistas, los conflictos nacionales o internacionales bajo la bandera de la “intervención humanitaria”, el terrorismo nacional e internacional, los problemas del desarrollo sustentable, la protección del medio ambiente, el narcotráfico, el tráfico de armas, el economicismo del libre mercado, la corrupción, la pobreza, las migraciones económicas o políticas forzadas, el poder de los medios de comunicación, la investigación científica sin una ética humanista. Estos y otros problemas del mundo en desarrollo⁷⁴ exigen pensar acerca del fortalecimiento de los estados democráticos constitucionales jóvenes de cara al siglo XXI, a partir de la defensa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de sus instituciones de protección.⁷⁵

En ese proceso, la Ley Fundamental de Bonn, que ha cumplido 60 años, se encuentra bien posicionada para incorporar jurídicamente, mediante la reforma constitucional, las transformaciones sociales que se avecinan, siempre y cuando asegure institucionalmente los logros que el pueblo alemán ha conquistado a lo largo de

⁶⁹ Dietrich Schindler: *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1970, p. 33.

⁷⁰ Ralf Dahrendorf: *Law and order*, Londres: Stevens, 1985, pp. 121 ss.

⁷¹ Jürgen Habermas: *Toward a rational society*, Londres: Heinemann, 1980, pp. 31 ss. y 81 ss.

⁷² Christophe Grzegorzczak, Françoise Michaut y Michel Trope: “Le positivisme juridique”, en *LGDJ*, París, 1992, pp. 159 ss.

⁷³ Peter Häberle: “Demokratischen Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens”, en *AÖR*, 102 (1977), pp. 27-68; Gustavo Zagreblesky: *EL derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta, 1995, pp. 21-45; Pedro de Vega: “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, UNED, 1998, pp. 65-87; asimismo, César Landa: *El rol del tribunal constitucional en el fortalecimiento del Estado constitucional*, Lima, 1999.

⁷⁴ César Landa y Julio Faúndez: *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima: PUCP-MDC, Lima, 1996, p. 9 ss.

⁷⁵ Dieter Grimm: *Die Zukunft der Verfassung*, Fráncfort: Suhrkamp, 1996, pp. 399 ss.

estas seis décadas: una cultura de los derechos fundamentales, el estatus del Tribunal Constitucional Federal como guardián no solo de los derechos fundamentales, sino también del Estado de bienestar y del establecimiento de una democracia libre y abierta, así como el desarrollo del federalismo, la europeización y la mundialización del Estado Federal de Alemania.