

# La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución\*

PETER HÄBERLE\*\*

## I. TESIS BÁSICA, ESTADO DEL PROBLEMA

### 1. EL PLANTEAMIENTO HASTA AHORA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La teoría de la interpretación se plantea hasta ahora fundamentalmente dos cuestiones:

- La cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional;<sup>1</sup>

\* Publicado originalmente como: *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en revista JZ, 1975, pp. 297-305, y posteriormente integrado como capítulo quinto, con un apéndice, en el volumen DUNCKER & HUMBLLOT, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978, pp. 155-181; existe una 3ª edición de esta obra (1998). La versión castellana fue publicada dentro del volumen recopilatorio *Retos actuales del Estado constitucional*, por el Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15-46. La traducción original así como la revisión para la presente publicación han sido realizadas por el Dr. Xabier Arzo Santisteban (Universidad del País Vasco).

\*\* Prof. Dr., Dr. h. c. mult., Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigativas, al unísono que actúa como profesor visitante permanente en la Universidad suiza de Saint Gallen (desde 1980).

<sup>1</sup> Se mencionan como funciones: justicia, equidad, equilibrio de intereses, efecto satisfactorio y pacificador, razonabilidad (cfr., p. ej., BVerfGE 34, 269 [287 ss.] [= JZ, 1973, 662, 665 con comentario de Kübler]), practicabilidad, adecuación objetiva, seguridad jurídica, calculabilidad, transparencia, capacidad de consenso, claridad de método, carácter abierto, establecimiento de unidad, “armonización” (Scheuner, VVDStRL 20

- la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas).<sup>2</sup>

Se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los “participantes” de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes; éste es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. La teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución,<sup>3</sup> y todavía reducía su perspectiva contemplando principalmente la interpretación de la “jurisprudencia” constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional quiere tomarse en serio el tema “Constitución y realidad constitucional” –piénsese en la demanda de incorporación de las ciencias sociales,<sup>4</sup> en las teorías jurídico-funcionales ya conocidas,<sup>5</sup> así como en los nuevos métodos de la interpretación referida a la opinión pública y el bien común<sup>6</sup> entonces tiene que preguntarse más decididamente que hasta ahora, quién conforma la “realidad constitucional”.

[196], p. 125), valor normativo de la Constitución, corrección funcional, libertad básica efectiva, igualdad social (“buen”) orden público justo/conforme con el bien común.

<sup>2</sup> Al respecto fundamental Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 7ª ed., 1974, pp. 20 ss. [La última y definitiva edición es la 20ª, 1999. N. del T.]

<sup>3</sup> Cfr. en cambio la figura de “todos los que piensan razonable y justamente” que apunta a “toda la comunidad” de Ehmke (VVDStRL 20 [1963], p. 53 (71 s., 133)). Se debería completar: “y de los que actúan razonable y justamente”.

<sup>4</sup> Al respecto la obra colectiva *Rechtswissenschaften und Nachbarwissenschaften* (ed. Grimm), vol. 1, 1973. Cfr. sin embargo también Schelsky, *JZ*, 1974, pp. 410 y ss.

<sup>5</sup> Al respecto EHMKE, VVDStRL 20, 1963, p. 53 (73 y ss.); Hesse, op. cit., pp. 29, 32 y ss. Sobre las repercusiones procesales (“procedere”) y sustantivas del reparto funcional de trabajo entre el Tribunal Constitucional Federal y “otros órganos constitucionales”: BVerfGE 36, 1 (14 s.); 35, 257 (261 s.); 4, 157 (168 s. [= *JZ*, 1955, 417, 418]); 36, 342 (356 s.).

<sup>6</sup> Al respecto con pruebas HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21, 1974, p. 111, 121 ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

## 2. NUEVO PLANTEAMIENTO Y TESIS

En este sentido se plantea ahora la cuestión de los *participantes*, es decir la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional bajo el lema: ¿de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales a la interpretación constitucional a través y para la sociedad abierta!

La *tesis* es: en los procesos de la interpretación *constitucional* se insertan potencialmente *todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso *consciente*, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes *formales* en el proceso constitucional. En realidad es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas –en la medida en que son participantes *materiales*–, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.

## 3. EXPLICACIÓN DE LA TESIS, CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

El concepto de interpretación que aquí se toma por base necesita de una explicación, que se puede resumir en la fórmula: quien “vive” la norma (co-)interpreta también. Cada actualización de la Constitución (por cada uno) es al menos un fragmento de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se designa como “interpretación” solamente una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma (de un texto).<sup>7</sup> La utilización de un concepto de interpretación así delimitado es también sensata: la cues-

<sup>7</sup> HESSE, *Grundzüge*, p. 21, se basa en este concepto restringido de interpretación. Él designa lo que aquí se entiende como interpretación en sentido amplio, como “realización” (actualización) de la Constitución; similarmente Hans Huber, que habla de “concretización en lugar de interpretación”, GS für Imboden, 1972, p. 191 (195). Sobre un concepto *más amplio* de interpretación cfr. también Ehmke, VVDStRL 20 (1963), p. 53 (68 s.); Scheuner, *ibid.*, p. 125.

tión del método por ejemplo sólo se puede plantear allí donde se interpreta conscientemente. Para una investigación realista de la realización de la interpretación puede ser necesario, sin embargo, un concepto más amplio de interpretación: ciudadanos y grupos, órganos estatales y publicidad\* son “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido *amplio*. Actúan por lo menos como “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la justicia constitucional que interpreta “en última instancia” (salvo el valor normativo de los votos minoritarios). Si se quiere, se trata de una democratización de la interpretación constitucional,<sup>8</sup> como en realidad la teoría interpretativa tiene que ser garantizada desde la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

Todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma. El destinatario de las normas participa más intensamente en el proceso interpretativo de lo que se admite generalmente.<sup>9</sup> Dado

\* El término alemán *Öffentlichkeit*, central en este trabajo jurídico y en otras obras relevantes de las ciencias sociales (vid., p. ej., HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1ª ed., 1962) ha sido vertido en esta traducción como «publicidad», a pesar de que a menudo se ha venido traduciendo por «vida pública», «esfera pública», «público» y hasta a veces por «opinión pública». Por una parte, la denotación principal de la palabra castellana era hace cien años «vida social pública», sentido que conserva en alemán *Öffentlichkeit*, término formado por germanización del latinismo *Publicität*, trasladado a su vez de *publicité*. Por otra parte, utilizar la palabra castellana «publicidad» como un tecnicismo culto permite mantener importantes matices de la noción háberliana de *Öffentlichkeit*, como «publicidad pluralista» (*pluralistische Öffentlichkeit*). Repárese que el presente artículo se incorporó en un tratado más amplio titulado precisamente *Constitución como proceso público*, y que pone de manifiesto su concepción dinámica de la Constitución. Para el problema de la traducción del término alemán *Öffentlichkeit* puede consultarse la traducción castellana de la cita obra de Habermas (*Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, 6ª ed.), donde el traductor Antonio Doménech justifica expresamente en una Advertencia (p. 40) la utilización sistemática de la palabra «publicidad» con la única excepción del título. N. del T.

<sup>8</sup> Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, ZfP 21, 1974, pp. 111, 118 y ss.

<sup>9</sup> WINTER y SCHUMANN, “Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren”, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtsstheorie*, vol. 3,

que no solamente los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos intérpretes, ni siquiera los primarios.

No se trata aquí solamente de la “práctica estatal”<sup>10</sup> (por ejemplo de la interpretación de los arts. 54 y ss. LF por el Presidente federal o del art. 65 LF por el Canciller federal). En algunos derechos fundamentales la interpretación (¿ya conscientemente?) se orienta de acuerdo con la forma en que los propios “destinatarios de las normas” llenan el ámbito vital protegido por el derecho fundamental. Así el “Tribunal Constitucional Federal” (en adelante, TCF) determina el ámbito protegido por el art. 4<sup>o</sup>, apts. 1 y 2 LF con ayuda del autoentendimiento o concepción que de sí mismas tienen las Iglesias, las comunidades religiosas e ideológicas.<sup>11</sup> Parecida importancia podría alcanzar el autoentendimiento del artista en la interpretación de la garantía “abierta” de la libertad artística (art. 5.3 LF),<sup>12</sup> también en la libertad científica que debe verse pluralista y procedimentalmente orientada, con su concepto “abierto” de ciencia<sup>13</sup> se plantea la cuestión de en qué medida ella misma tiene que

1972, p. 529, reclaman para el ámbito del Derecho penal la participación intensiva de aquellos a los que se reprocha una infracción legal en el examen crítico y desarrollo del Derecho a través de la justicia.

- <sup>10</sup> De qué forma ésta influye en la interpretación, lo mostró ya *G. Jellinek* con la fuerza normativa de lo fáctico, *Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>a</sup> ed., 7<sup>a</sup> reimpression 1960, pp. 18 s., 332 ss.
- <sup>11</sup> BVerfGE 24, 236 ss. (247 s.), con referencia característica a la “sociedad pluralista”; al respecto mi comentario en *DÖV* 1969, p. 385 (388); *Schlaich*, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, pp. 202 ss. y mi comentario en *ZevKR* 18 (1973), pp. 420 ss. Sobre la negación del autoentendimiento de las comunidades religiosas, tras el inicio de la lucha de las Iglesias, en la jurisprudencia del Tribunal de Finanzas del Reich *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, pp. 290 s.
- <sup>12</sup> Sobre el concepto constitucional de arte: *KNIES*, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967, esp. pp. 128 ss., 164 s., 172 y ss., 217 y ss.; *M. Heckel*, *Staat, Kirche, Kunst*, 1968, p. 97: carácter abierto del concepto de arte de la Constitución.
- <sup>13</sup> Sobre la libertad de investigación ahora *SCHMITT GLAESER*, *WissR* 7, 1974, pp. 107 y ss., 177 y ss.; BVerfGE 35, 79 (113): en el art. 5.3 no se protege una determinada concepción de ciencia o una determinada teoría científica; ningún conocimiento científico se encuentra en principio aislado; compárese también el voto minoritario y su referencia al “pluralismo científico liberal”, a la ciencia como “proceso dialógico, por principio no introvertido de la búsqueda de conocimiento” (p. 157) así como a la libertad de configuración legislativa para la “reforma de las reformas” (p. 165). Para

ser necesariamente cointerpretada por las disciplinas científicas singulares (y sus metateorías), como en general los derechos fundamentales han de ser interpretados de forma abierta en un sentido específico. En un sentido amplio se pueden mencionar aquí también la interpretación de los arts. 21<sup>14</sup> y 38 LF orientada a la realidad de la moderna democracia de partidos, la enseñanza de los formadores profesionales,<sup>15</sup> el establecimiento de un concepto amplio de (libertad de) prensa y de su “función pública”<sup>16</sup> o la interpretación de la libertad de coalición (art. 9.3 LF),<sup>17</sup> en la medida en que debe respetar el autoentendimiento de las coaliciones.

Esta relevancia de los “autoentendimientos” y del respectivo actuar de individuos y grupos, pero también de los órganos del Estado es una

un concepto “abierto” de ciencia y libertad: *Solte*, Theologie an der Universität, 1971, pp. 30, 33 ss., cuyo concepto de una interpretación “neutral” de los derechos fundamentales es desde luego discutible.

<sup>14</sup> Al respecto *Hesse*, op. cit., pp. 69 ss.; HÄBERLE, P., *JuS* 1967, pp. 64 y ss. P. ej., ahora se deduce una protección de rango constitucional de los grupos parlamentarios de la regulación del *Bundestag* (BVerfGE 20, 56 [104] [= JZ, 1966, 517, 518] y (!) del art. 21 LF; su “constitucionalización” en el art. 53 a, 1, segunda frase LF (cfr. ya BVerfGE 27, 44 [51 s.] [= JZ, 1969, 631, 632], al respecto *mi* artículo JZ, 1969, p. 613 s. con nota núm. 10) fue posterior al Reglamento del *Bundestag*.

<sup>15</sup> Le corresponde en cualquier caso solamente una importancia limitada: BVerfGE 7, 377 (397); 21, 173 (180); 34, 252 (256); *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Art. 12, marginales 24 ss.

<sup>16</sup> Al respecto BVerfGE 34, 269 (283); 12, 113 (125 s. [= JZ, 1961, 535, 536 con comentario *Ridder*]) y *mi* *Öff. Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 582 ss. [Existe una segunda edición de esta obra häberliana publicada en 2006, completada con un apéndice. N. del T.]

<sup>17</sup> Inicios en BVerfGE 4, 96 (108); 18, 18 (32 s.) [= JZ, 1965, 103, 106, al respecto *Herschel*, p. 81]; 34, 307 (316 s.) así como en *Lerche*, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfrechts*, 1968, p. 53; SCHOLZ, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, pp. 43 y ss., 93. Cfr. también el argumento de falta de “acogida aprobatoria” por los grupos implicados en BVerfGE 34, 293 (304 s. [= JZ, 1973, 311, 313 con anot. de *Schumann*]) y de la “convicción general de la abogacía”: BVerfGE 36, 212 (221). Exhaustivos análisis de la jurisprudencia mostrarían dónde las opiniones (jurídicas) de los grupos implicados son, entre otras, utilizadas por los tribunales (compárese también § 346 HGB). Especialmente la formación del Derecho consuetudinario podría revelarse como un “filón”. Se plantea la cuestión general de cuándo y qué autoentendimientos practicados por los grupos (marginales) pluralistas pueden, incluso tienen que, ser incorporados en la interpretación constitucional; es también un problema del principio de igualdad.

forma sobresaliente y fructífera de la unión de interpretación en sentido amplio y estricto. El autoentendimiento se convierte en un “elemento material del derecho fundamental”.<sup>18</sup> También pertenece a él el papel realmente cointerpretativo del experto en el procedimiento legislativo y judicial. Esta *interacción* de intérpretes en sentido amplio y estricto no solamente tiene lugar allí donde está ya institucionalizada como del lado de los trabajadores y de los empresarios por los jueces en los tribunales de trabajo.<sup>19</sup> “Expertos” e “intérpretes” de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Éste se muestra como pluralista no sólo en el momento del nacimiento, sino también en su desarrollo ulterior: ¡la teoría de la interpretación (constitucional), de la ciencia y de la democracia<sup>20</sup> conducen aquí a una comunicación específica entre Estado y Sociedad!

## II. LOS PARTICIPANTES EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. OBSERVACIÓN METÓDICA PRELIMINAR

La investigación sobre quién participa en este sentido realmente en la interpretación de la Constitución es expresión sociológica (constitucional) y consecuencia del concepto “republicano”, interpretación abierta, que ha de verse como finalidad de toda interpretación constitucional. Si se habla de que “el tiempo”, “la sociedad pluralista”, “la realidad” plantean problemas constitucionales y despliegan material para la interpretación constitucional, sus necesidades y posibilidades,<sup>21</sup> entonces estos conceptos pueden ser entendidos solamente como cifras provisionalmente abstractas. Una teoría constitucional que se concibe (también) como ciencia de la experiencia, tiene que estar preparada y por principio estar en la situación de indicar de “qué concretas personas” (grupos) y factores se compone la opinión pública, qué tipo de realidad es, de qué forma actúa *en* el tiempo, qué posibilidades y necesidades existen. La cuestión de los participantes en la interpretación constitucional debe plantearse

<sup>18</sup> Expresión de MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971, pp. 30-37 y ss.

<sup>19</sup> Al respecto *Schlaich*, op. cit., pp. 66 ss.

<sup>20</sup> Sobre la teoría de la ciencia de POPPER como “filosofía de la democracia” *infra* nota 68.

<sup>21</sup> Al respecto mi trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 y ss.

en primer lugar en un sentido puramente sociológico, científico-experimental.<sup>22</sup> Es decir, se pregunta realistamente qué interpretación existente previamente ha surgido de qué forma, a través de qué elementos de la opinión pública, a través de qué aportaciones de la ciencia han sido de hecho influidos los jueces constitucionales (o las instancias que en su caso decidan de forma vinculante) en su interpretación.<sup>23</sup> Esta cuestión ya es un enriquecimiento y complemento de la teoría constitucional que se pregunta por las finalidades y métodos (y con ello por la “buena” interpretación); posee una función auxiliar, informativa, una especie de “función de enlace”.

Las cuestiones de los objetivos y métodos y de los participantes en la interpretación constitucional se pondrán posteriormente en una relación sistemática, de la que resulten consecuencias y nuevos planteamientos para la interpretación “jurídica” de la Constitución y para la teoría constitucional.

## 2. TABLA SISTEMÁTICA

El intento de un planteamiento sistematizador de los “participantes” en la interpretación constitucional arroja la siguiente tabla provisional:

(1) Las funciones estatales:

- a) funciones de decisión vinculante en última instancia: el “Tribunal Constitucional Federal” (claro está que “relativizado” mediante el propio voto minoritario y por ello “abierto”);
- b) funciones a las que remite la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LF) para una decisión vinculante pero revisable: la “juris-

<sup>22</sup> Precisamente bajo el aspecto de la cuestión aquí planteada de los participantes parece interesante la aproximación desde la sociología de la decisión de *Lautmann*, el cual investiga las expectativas de comportamiento en dirección al juez de los participantes en el procedimiento y del entorno más amplio (*Jahrbuch f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. I, 1970, pp. 383 ss.). Cfr. sin embargo también la crítica de *Schelsky*, *JZ*, 1974, p. 410 (412) al “predominio en la teoría jurídica de la ‘teoría de la decisión’ del juez” con referencia al “procedimiento dialécticamente dispuesto de racionalización” de la colaboración procesal de acusadores, defensores y jueces.

<sup>23</sup> Al respecto con algún material *mi Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, especialmente sobre la fuerza normativa de la práctica estatal, de la publicidad y de los intereses públicos, pp. 475 y ss., 678 y ss. y 418 s., 558 y ss., 572, 584 s., 589 y ss. y 215 y ss., 260 y ss.



prudencia”, el “legislativo” (según el ámbito en diferente medida), el “ejecutivo”, especialmente en la (pre-)formulación de los intereses públicos.<sup>24</sup>

(2) Los “participantes” -no necesariamente estatales- en las decisiones de 1 a) y b), es decir:

- a) solicitantes y opositores a la solicitud, recurrente (por ej., amparo constitucional), demandante y demandado, que fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”);
- b) otros participantes en el procedimiento, legitimados a manifestarse y a intervenir según la ley del Tribunal Constitucional Federal (por ej., §§ 77; 85.2;<sup>25</sup> 94.1-4; 65; 82.2; 83.2; 88; 94.5), “invitados” a asistir por el Tribunal Constitucional Federal (por ej., § 82.4 LTCF);
- c) peritos (por ej., en comisiones de investigación, § 73 a Regl. *Bundestag*);
- d) peritos y representantes de intereses en *hearings* (§ 73.3 Regl. *Bundestag*, § 40.3 Regl. *Bundesrat*), peritos judiciales,<sup>26</sup> asociaciones (Anexo 1 a Regl. *Bundestag*: registro de asociaciones y sus representantes), partidos políticos (grupos parlamentarios, influyen también especialmente a través del “largo brazo” de la elección de magistrados del TCF);<sup>27</sup>
- e) *lobbyistas*, “delegaciones” (§ 10 Regl. Gobierno federal);
- f) participantes en el procedimiento administrativo dispuesto de forma participativa.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Al respecto con más pruebas extraídas de la realidad jurisprudencial de los tribunales administrativos: *mi* Öff. Interesse, pp. 475 ss, 678 ss.

<sup>25</sup> De la praxis del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 36, 342 (pp. 342, 352-354 y ss.).

<sup>26</sup> Reveladora es la “reserva de perito” incorporada por el TCF en BVerfGE 35, 202 (219).

<sup>27</sup> Y de forma absolutamente consecuente, al respecto *mi* comentario en JZ, 1973, 451 (453). En el sentido de una vinculación política (partidista) ya *Drath*, VVDStRL 9 (1952), p. 17 (102, 106 nota 25).

<sup>28</sup> Sobre el problema: SCHMITT GLAESER, VVDStRL 31, 1973, pp. 179 y ss. Cfr. también la tipología en *mi* Öff. Interesse, pp. 88 y ss.

(3) La “publicidad” democrática –pluralista–, el proceso político como “gran estimulador”: medios (prensa, radio, televisión) que son participantes procedimentales no en sentido estricto, periodismo profesional por un lado, expectativas de los lectores, cartas al director de los lectores por otro lado, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos fuera de su participación organizatoria (compárase 2 d), Iglesias, teatro, editoriales, centros de formación de adultos, pedagogos, agrupaciones de padres.<sup>29</sup>

(4) (a clasificar entre 1., 2., 3. en la forma que debe aclararse todavía) la “teoría del Derecho Constitucional”; posee una posición especial, porque tematiza la participación de las otras fuerzas, y ella misma participa también en diversos niveles.

### 3. EXPLICACIÓN DE LA TABLA SISTEMÁTICA

De este cuadro de conjunto se evidencia: la interpretación constitucional no es ni teórica ni prácticamente un proceso estatal “exclusivo”. Todas las fuerzas de la comunidad política tienen potencialmente acceso a él.<sup>30</sup> El ciudadano que interpone un recurso de amparo constitucional<sup>31-32</sup> es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre órganos constitucionales<sup>33</sup> o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de la interpretación constitucional a los órganos *estatales* o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al “oficio” de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de

<sup>29</sup> Ilustrativa es la atribución de legitimación procesal activa reclamada ahora por las agrupaciones de padres, FR de 18 de marzo de 1975, p. 4.

<sup>30</sup> Cfr., sin embargo, el rechazo de *Forsthoff* a una “democratización” de la interpretación constitucional p. ej. con respecto a los politólogos, en: *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 69; al respecto *mi* crítica en: *ZHR* 136 (1972), p. 425 (443).

<sup>31</sup> Si se toma en serio la solicitud de diálogo jurídico de *A. Arndt*, entonces los “que piensan razonable y justamente” en el sentido de *Ehmke* tienen que ser, por de pronto, los participantes en el procedimiento, cfr. *Roellecke*, FS für Gebh. Müller, 1970, p. 323 (328 s.).

<sup>32</sup> LAUTMANN, *Justiz - Die stille Gewalt*, 1972, p. 118, califica las partes del proceso de “proveedores de alternativas”.

<sup>33</sup> En el sentido de BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 y s.), jurisprudencia constante.

lo importante que ésta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un “asunto” que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc., pueden ser designados como intérpretes “mediatos” o que operan a largo plazo. La configuración de la realidad de la Constitución deviene también un fragmento de interpretación de las normas constitucionales “correspondientes”.

También en y detrás de las funciones estatales (legislación, gobierno y administración, y jurisprudencia) han de verse las personas concretas, los parlamentarios, los funcionarios de la administración, los jueces<sup>34</sup> (“personalización” de la interpretación constitucional). El llamado debate constitucional del Bundestag alemán de febrero de 1974<sup>35</sup> es una interpretación constitucional anticipada. Los parlamentarios son aquí intérpretes de la Constitución. Sus declaraciones –aun sin tener un alcance jurídico formal– pueden repercutir en la práctica administrativa, en la interpretación de los órganos del Estado, por ejemplo, en la discutida cuestión de la contratación de enemigos de la Constitución en la función pública.

El tan traído “proceso político”, que se cita sobre todo *sub specie* libertad para él frente a la interpretación constitucional,<sup>36</sup> es *de constitutione lata* y “de facto” un fragmento de interpretación constitucional más intensamente de lo que comúnmente se acepta (“política como interpretación constitucional”).<sup>37</sup> El “proceso político” no está excluido de

<sup>34</sup> Cfr., al respecto, el intento de *Kommers*, *The Federal Constitutional Court in the West German Political System*, en: *Frontiers of judicial research* (eds. Grossman y Tannenhaus), 1969, pp. 73 y ss., de investigar con el enfoque behaviorista de la sociología judicial americana las ideologías de los magistrados constitucionales. Críticamente al respecto *Wittig*, *Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des BVerfG?*, *Der Staat* 8, 1969, p. 137, 156 y s. Sobre los diferentes enfoques de las ciencias del comportamiento y su crítica, compárese también *Rottleuthner*, *Richterliches Handeln*, 1973, pp. 61 ss.

<sup>35</sup> Sesión núm. 79 del séptimo Bundestag de 14 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5002 (B), con la contribución, estimada por todos como excelente, del ministro bávaro de Cultura MAIER, H., p. 5089 (C), cfr. también EHMKE, sesión nro. 80 del séptimo BUNDESTAG de 15 de febrero de 1974, informe taquigráfico, p. 5139 (C) y ss., 5140 (C).

<sup>36</sup> También *Lauffer*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, investiga principalmente la influencia del TCF en el proceso político.

<sup>37</sup> No solamente existe política por medio de la interpretación constitucional, ¡también hay interpretación constitucional por medio de la política!

la Constitución, sino que es uno de sus más fundamentales ámbitos vitales y funcionales, una parte nuclear en el verdadero sentido de la palabra: comparable a una bomba para elevar agua. Tienen lugar aquí movimientos, innovaciones, cambios, pero también “confirmaciones”, que constituyen más que mero “material objetivo” para la (posterior) interpretación constitucional; son una parte de la interpretación de la Constitución, porque en su marco la realidad pública se crea y se transforma a menudo imperceptiblemente. Aunque la libertad de configuración que posee el legislador “como” intérprete de la Constitución, se diferencia cualitativamente de la libertad de movimiento que en la interpretación dispone el juez constitucional, porque su amplitud se delimita en cada caso de forma técnicamente muy distinta,<sup>38</sup> esto no significa, sin embargo, que tenga que existir una diferencia notable también cuantitativamente.

El “proceso político” no es ningún espacio externo a la Constitución; formula puntos de vista, pone en marcha evoluciones que son constitucionalmente relevantes también cuando “después” el intérprete-juez constitucional declara que es asunto del legislador decidir de esta o de aquella manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución.<sup>39</sup> El legislador crea un fragmento de publicidad y realidad sobre la Constitución, pone acentos para el “desarrollo” posterior de los principios constitucionales.<sup>40</sup> Opera como precursor de la interpretación cons-

<sup>38</sup> Para el legislador “técnicamente” mediante el control del TCF, “no técnicamente” por medio de elecciones, la solidez de las coaliciones, la formación de la voluntad en el interior del partido; para el juez constitucional no hay ningún control “técnico”. Desde luego se encuentra vinculado a “la publicidad”, pero ésta se estructura en relación con él de distinta forma, a causa de su concepción profesional, su socialización en la ciencia jurídica constitucional, las expectativas profesionales y colegiales de comportamiento a las que se encuentra sometido (al respecto en otro orden de cosas KÜBLER, F., *Kommunikation und Verantwortung*, 1973).

<sup>39</sup> Sobre la figura argumentativa de la “alternativa” en el proceso interpretativo: *Esser*, *Vorverständnis*, p. 65 s., 132, 151 (con referencia a *Popper*); más genéricamente BVerfGE 24, 300 (348 [= JZ, 1969, 557, 561, al respecto RANDELZHOFFER, p. 533]): corresponde a la función de los partidos políticos que éstos ofrezcan “alternativas políticas para todos los ámbitos de la vida abiertos a una configuración estatal”. Cfr. también el caso especial de “alternativa”: interpretación judicial/proyecto de ley (¿deber de espera?), BVerfGE 34, 269 (291 y s.).

<sup>40</sup> Sobre ellos HÄBERLE, Peter, AÖR 99 (1974), pp. 437 ss.

titucional y de la “transformación constitucional”.<sup>41</sup> Interpreta la Constitución –revisablemente–, por ejemplo en la concretización de la función social de la propiedad. Sus decisiones meramente “conformes” con la Constitución son por entero constitucionalmente relevantes y jalonan ulteriores desarrollos de la realidad y la publicidad de la Constitución a medio o también largo plazo. Ocasionalmente se convierten en “contenido” de la Constitución.

La propia ciencia del Derecho constitucional es un factor esencial y participante activo. La jurisdicción constitucional es un catalizador esencial, aunque no el único, de la ciencia del Derecho constitucional como interpretación de la Constitución.<sup>42</sup> Su influencia efectiva (en la interpretación constitucional) plantea la cuestión de su legitimación al respecto, una cuestión que desde luego se tiene que plantear también en relación con todas las otras fuerzas participantes en la interpretación constitucional y que genéricamente conduce a la cuestión de la valoración del inventario realizado.

### III. VALORACIÓN DEL INVENTARIO

#### 1. POSIBLES OBJECIONES, CRÍTICA

Una objeción podría decir: la interpretación constitucional “se disuelve” en una diversidad de interpretaciones y de intérpretes “diferentes”, según qué “función” actúe. Precisamente una teoría constitucional que contempla como función el establecimiento de la unidad política y que recalca el principio de la unidad de la Constitución tiene que hacer frente

<sup>41</sup> Al respecto *mi* tesis doctoral, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, 1ª edición 1962, 2ª edición revisada 1972, pp. 178, 213 ss. [Existe 3ª edición ampliada, 1983, N. del T.]

<sup>42</sup> Ejemplos famosos: la *recepción* de la concepción de los derechos fundamentales de *Dürig* (*Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 1º, marginales 5 y ss.) por el TCF (BVerfGE 7, 198 [204 ss.], 21, 362 [371 s.] [= JZ, 1967, 599, 601]), del “principio de la unidad de la Constitución” (BVerfGE 36, 342 [362]; 19, 206 [220]; 1, 14 [31 y s.]), de la concepción del Estado de partidos de *Leibholz* (BVerfGE 1, 208 [223 y ss.]; 2, 1 [11, 73 y s.]; 11, 266 [272]; 20, 56 [100]; 32, 157 [164], con una referencia a *K.-U. v. Hassel*, cuya manifestación opera como interpretación constitucional en sentido amplio), de la “actitud de buena disposición con la Federación” en el sentido de *Smend* (BVerfGE 12, 205 [254]).

a esta crítica, ciertamente no intentando “sólo” un inventario realista. Las objeciones han de ser abordadas en el marco de una valoración diferenciada que tiene que preguntarse en primer lugar por la legitimación de los diferentes intérpretes constitucionales.

La “cuestión de la legitimación” se plantea para todas las fuerzas no “nombradas” intérpretes constitucionales “formal”, “oficial”, “competentemente”. La competencia formal constitucional sólo la poseen los órganos (autoridades) que están “vinculados” a la Constitución y que la deben “ejecutar” conforme a un procedimiento preestablecido –legitimación a través del procedimiento (constitucional)–,<sup>43</sup> es decir, los órganos del Estado (art. 20, apts. 2 y 3 LF: vinculación al ordenamiento constitucional, a la ley y al Derecho). Pero también los parlamentarios (art. 38.1 LF) están vinculados a la Constitución, en la medida en que no pretenden reformas constitucionales. Vinculados a la Constitución están también los partidos políticos, grupos, ciudadanos, aunque en distinta medida y no siempre directamente, la mayoría de las veces sólo indirectamente a través del poder –sancionador– del Estado. Aquí un menor grado de legitimación parece corresponder también, por de pronto, a un menor grado de vinculación.

## 2. LEGITIMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA JURÍDICA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA

La relación de correspondencia de vinculación (a la Constitución) y legitimación (para la interpretación constitucional) pierde, sin embargo, fuerza como enunciado, cuanto más se toman en consideración recientes conocimientos de la teoría interpretativa. La interpretación es un proceso abierto, no un sometimiento pasivo, no la recepción de una orden.<sup>44</sup> Conoce posibilidades alternativas. La vinculación se convierte en

<sup>43</sup> Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento tienen que ser entendidos en un sentido más material que en LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, al respecto *infra* nota 48.

<sup>44</sup> Al respecto sobre todo la discusión sobre la interpretación dirigida por ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, antes ya Grundsatz und Norm, 1956; EHMKE, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 ss.; KRIEGL, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967; MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, 1971; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5ª ed., 1974.

libertad en la medida en que la reciente concepción sobre la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación aquí realizada del grupo de intérpretes es sólo la consecuencia de la incorporación universalmente secundada de la realidad en el proceso interpretativo.<sup>45</sup> Porque los intérpretes en sentido amplio constituyen un fragmento de esta realidad pluralista. Tan pronto como se reconoce que la norma no es algo preestablecido, simple y acabado, se plantea la cuestión de los que participan personal y funcionalmente en su “desarrollo”, las fuerzas activas del “*law in public action*” (¡personalización y pluralismo de la interpretación constitucional!).

Cada intérprete es guiado por la teoría y la práctica. Esta práctica, sin embargo, no es desarrollada esencialmente por los intérpretes oficiales, “profesionales”.

La vinculación judicial solamente a la ley y la independencia personal y objetiva de los jueces no puede llamar a engaño sobre el hecho de que el juez interpreta en la publicidad y realidad de la Constitución.<sup>46</sup> Sería falso ver las influencias, expectativas, presiones sociales a las que el juez está expuesto solamente bajo el aspecto de la amenaza a su independencia.<sup>47</sup> Estas influencias contienen también un fragmento de legi-

<sup>45</sup> Al respecto HESSE, en: *FS für Scheuner*, 1973, p. 123 (137 y s.); cfr. también H. H. KLEIN, *BVerfG und Staatsraison*, 1968, pp. 15, 16 ss., 29 (también con respecto a *mi* comentario DÖV 1966, pp. 660 ss.), al respecto *mi* comentario DÖV 1969, pp. 150 s.

<sup>46</sup> Esto pasa por alto el análisis de MASSING, *Recht als Korrelat der Macht?*, en *Der CDU-Staat*, 1967, p. 123, que contempla en la “autonomía interpretativa” del TCF “el verdadero poder del ‘soberano oculto’” (p. 129). La afirmación de que la soberanía se ha trasladado del pueblo a otras instancias, “principalmente a la jurisdicción constitucional” (p. 142), parte de un concepto discutible de soberanía popular (al respecto más tarde), que no puede captar la forma en que el proceso democrático incide en la publicidad pluralista.

<sup>47</sup> Cfr. BACHOF, *FS für Hans Huber*, 1961, p. 26 (43): aunque el juez no puede dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo’ duradero”. *Bachof* considera incluso la oportunidad de alcanzar en los tribunales una más pura comunicación que en el parlamento.

timación<sup>48</sup> e impiden una arbitrariedad<sup>49</sup> de la interpretación.<sup>50</sup> La garantía de la independencia judicial solamente es soportable, porque otras funciones estatales y la publicidad pluralista proporcionan material “para” la ley.

Esto es, la deducción ideológica de la tesis de que todos estarían inmersos en el proceso de interpretación constitucional. ¡Incluso los mismos no afectados inmediatamente por una interpretación! El grupo de los que participan en la interpretación constitucional es también tan abierto como abierta es, material y metódicamente, la interpretación constitucional. Pues se trata de la Constitución como proceso público.<sup>51</sup> Frente a la objeción de que se pierde la unidad de la Constitución habría que remitirse a la existencia general –activa en el futuro– de reglas interpretativas, al “concierto” que mediante la colaboración de diversos intérpretes constitucionales resulta de su respectiva función propia, remitirse sobre todo al carácter abierto de la Constitución, cuyo “vestido” muchos “bordan”, ¡no solamente el jurista constitucional! La “unidad de la Constitución”,<sup>52</sup>

<sup>48</sup> También la “legitimación por el procedimiento” en el sentido de *Luhmann* es legitimación por la participación en el procedimiento. Sin embargo, se trata aquí de algo fundamentalmente distinto: participación en el procedimiento no debe elevar la disposición para la disminución de las decisiones y para la asimilación de los desencantos (así *LUHMANN, Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 27 y ss., 107 y ss.). Legitimación, que no solamente sea entendida formalmente, resulta de la cooperación, es decir de la influencia cualitativo-material de los participantes en la decisión. No se trata del aprendizaje por los participantes, sino del aprendizaje por el tribunal de los participantes. (Para una crítica de *LUHMANN* a este respecto *ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pp. 202 y ss. y *ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, 1973, pp. 141 ss.).

<sup>49</sup> Una teoría jurídica que se limite a ser lógica normativa corre el peligro de no ver la dependencia social de la jurisprudencia. De la refutación de la ideología de la subunción *no* se desprende que “los órganos encargados de la aplicación del Derecho actúen como generadores de azar” (*PODLECH, AÖR 95* [1970], p. 185 [190 y s.]). Compárese al respecto también *SCHFOLD, JuS*, 1972, p. 1 (6).

<sup>50</sup> Esto significa al mismo tiempo que la búsqueda crítica de las influencias *unilaterales* e ilegítimas en la formación de las decisiones judiciales (de la reciente sociología judicial *Kaupen y Rasehorn, Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971) es justificada y necesaria.

<sup>51</sup> Al respecto *mi* artículo *Öffentlichkeit und Verfassung*, *ZfP* 16 (1969), pp. 273 ss. [*Este artículo está incluido, con un apéndice de 1976, en la obra Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.]

<sup>52</sup> Al respecto *Hesse, Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.



si es que surge, lo hace a partir de la suma de los procedimientos y funciones de muchos intérpretes constitucionales; a este respecto tienen que incorporarse consideraciones de teoría constitucional, especialmente de teoría democrática.

### 3. LEGITIMACIÓN DESDE CONSIDERACIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La legitimación teórico-constitucional fundamental de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el “asunto” de la interpretación reside en el hecho de que estas fuerzas son un fragmento de publicidad y realidad de la Constitución, no como “hecho aceptado”, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la incorporación por lo menos mediata de la *res publica* en la interpretación constitucional en general es expresión y consecuencia de la concepción aquí defendida, amplia, abierta, colocada en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario, de la Constitución.<sup>53</sup> Una Constitución, que no solamente estructura el Estado en sentido estricto, sino también la publicidad y compone la sociedad, que incorpora inmediatamente los ámbitos de lo privado, no puede hacer esto sólo de forma pasiva, tratar las fuerzas sociales y privadas como objetos. Tiene que incorporar éstas también activamente: como sujetos.

Pensada desde la realidad y publicidad constituida, en la cual el “pueblo” actúa pluralmente, en el punto de partida de manera difusa, pero en el punto final “concertadamente”, todas las fuerzas relevantes de hecho tienen relevancia teórica para la interpretación constitucional. La praxis se convierte aquí en legitimación de la teoría, no a la inversa. Ya que estas fuerzas fundamentan una parte de la realidad y publicidad constitucional, participan también en la *interpretación* de la realidad y la publicidad de la Constitución. Incluso si estuvieran excluidas: como los partidos políticos que deben ser prohibidos por el TCF y que están entonces prohibidos. Justamente éstos obligan a la reflexión sobre el contenido de la Constitución e influyen a través de su existencia en el desarrollo del autoentendimiento de la comunidad liberal-democrá-

<sup>53</sup> Al respecto HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (121 s.); *id.*, Comentario de HARTWICH, “Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo”, 1970, en *AöR* 100, 1975, pp. 333 y ss.

tica.<sup>54</sup> Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales “gremiales”, acreditados funcional-jurídicamente, sería empobrecimiento o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental<sup>55</sup> de la ciencia del Derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es solamente espejo, es también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección.<sup>56</sup>

Una cuestión especial concierne a la legitimación de la ciencia del Derecho constitucional. Tiene función de catalizador y actúa introduciéndose especialmente en todos los ámbitos de la interpretación, porque –públicamente– refleja de forma metódica la interpretación constitucional y al mismo tiempo configura la formación de los intérpretes “oficiales”. ¿Cómo se puede fundamentar una eventual legitimación especial? Por la vía del propio artículo 5.3 LF. La Constitución como objeto es (también) una cuestión de la ciencia. El ámbito ciencia tiene que ser contemplado a través del art. 5.3 LF como una parte integrante autónoma de la comunidad política. La –relativa– autonomía de esta “cosa” se encuentra desde un principio pensada por la Ley Fundamental; se legitima menos “desde afuera” que por procedimientos y mecanismos de control internos y específicos de la ciencia.<sup>57</sup> También tiene que ser tarea de la ciencia

<sup>54</sup> El debate constitucional del *Bundestag* de 14/15 de febrero de 1974 es también aquí un ejemplo. Sólo es una parte de la discusión constitucional que se ha establecido en todos los niveles y en todos los ámbitos de la comunidad política ante la confrontación con alternativas radicales.

<sup>55</sup> Sobre este intento del racionalismo crítico de acoger las peticiones de una “sociedad abierta” en la teoría constitucional, *mi* trabajo en *ZfP* 21 (1974), pp. 111 (132 y s.).

<sup>56</sup> Sobre este concepto de la Constitución *Hesse*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959; HÄBERLE, Peter, *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (56 y s.).

<sup>57</sup> A este respecto *F. Kübler*, *Kommunikation und Verantwortung*, 1973, pp. 38 y ss.; compárese también *Luhmann*, *Selbststeuerung der Wissenschaft*, en: *Soziologische Aufklärung*, 1970, pp. 232 ss. Sobre la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho público como posible “punto de partida institucional para el conocimiento y conciencia teórico-constitucional de nuestra comunidad democrática”: EHMKE, loc. cit., p. 133. Para *Popper* la “objetividad científica’ (...) no” es “resultado de la imparcialidad del científico individual (...), sino resultado del carácter social o público del método científico; y la imparcialidad del científico individual, en la medida en que existe, no es

formular sus contribuciones y hacerlas accesibles de tal manera que sean criticables para la publicidad. El concepto de enseñanza del artículo 5.3 LF juega un papel que no debe subestimarse: contiene un mandato de formación dirigido a la ciencia constitucional que se resalta expresamente a través de la cláusula de lealtad.<sup>58</sup>

#### 4. EN ESPECIAL: CONSIDERACIONES TEÓRICO-CONSTITUCIONALES COMO LEGITIMACIÓN

En el Estado constitucional democrático la cuestión de la legitimación debe plantearse, todavía una vez más, especialmente desde puntos de vista democráticos (de la teoría democrática). La ciencia del Derecho constitucional, las llamadas ciencias de la realidad que le “proveen”, los ciudadanos y grupos no tienen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Pero la democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad del pueblo a los órganos estatales (legitimación a través de las elecciones)<sup>59</sup> hasta el intérprete constitucional “competente” en última instancia, el TCF.<sup>60</sup> Se desarrolla en una comunidad abierta también en las formas mediatizadas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los derechos funda-

la fuente, sino más bien el resultado de esta objetividad social o institucionalmente organizada de la ciencia” (“Die offene Gesellschaft und ihre Feinde” [versión castellana: “La sociedad abierta y sus enemigos”], vol. II, Falsche Propheten, 1958, p. 270).

<sup>58</sup> Sin embargo, la formación previa correspondiente de los jueces constitucionales no es ningún presupuesto cualificatorio. Cfr. en cambio el requisito de “conocimientos específicos de Derecho público” y el requisito, lleno de referencias, de “personas con experiencia en la vida pública” de algunas leyes sobre los Tribunales Constitucionales de los LÄNDER (p. ej., § 3, apt. 1, frase 1ª de la Ley del Tribunal Constitucional de Hamburgo) y en § 3, apt. 2 de la versión antigua de la LTCF. Cfr. todavía la nota 89 *in fine*.

<sup>59</sup> Cfr. ahora sobre esa problemática la sentencia del Tribunal Constitucional de *Bremen* sobre la formación de los juristas, NJW, 1974, 2223 (2228 y ss.); compárese también BVerfGE 33, 125 (158) (decisión del médico especialista, al respecto *mi* comentario DVBl. 1972, p. 909 [911]).

<sup>60</sup> La investigación de BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, parte demasiado de esta idea, pp. 93 y ss. (sin embargo diferenciadamente en p. 116).

mentales, frecuentemente aludido en la “vertiente democrática” de los derechos fundamentales:<sup>61</sup> a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad y también el “concerto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que no hay ni puede haber apenas “pausas” y “fermatas” y ningún director.<sup>62</sup>

El “pueblo” no es precisamente sólo una majestad unitaria que “emana” (sólo) el día de las elecciones, que proporciona como tal legitimación democrática.<sup>63</sup> El pueblo como majestad pluralista no está menos presente y no es menos legitimador de las interpretaciones en el proceso constitucional: “como” partido político,<sup>64</sup> como opinión científica, como grupo de interés, como ciudadano; cuya competencia material para la interpretación constitucional es un derecho del ciudadano en el sentido del artículo 33.1 LF. Así contemplados los derechos fundamentales son un fragmento de base democrática de legitimación para la interpretación abierta no solamente en sus resultados, sino también en su *grupo de participantes*.<sup>65</sup> ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete constitucional! En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real devienen tanto más importantes: política de derechos fundamentales del Estado prestador de servicios,<sup>66</sup> libertad de la formación de la opinión,

<sup>61</sup> Sobre la controversia cfr. por un lado *Hesse*, Grundzüge, pp. 122 s.; HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie*, pp. 17 y ss.; por otro H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1971 (al respecto *mi* recensión DÖV 1974, pp. 343 ss.), por último E.-W. Böckenförde, NJW, 1974, pp. 1529 ss.

<sup>62</sup> Que la interpretación constitucional, como es entendida aquí, se convierta en “*bellum omnium contra omnes* de las opiniones científicas y políticas” (al respecto SCHEFOLD, JuS, 1972, 1 [8]), tiene que (y solamente puede) evitarlo la ahora muy invocada “solidaridad de los demócratas”.

<sup>63</sup> Por eso, la cuestión de la legitimación democrática de la jurisprudencia no se puede contestar definitivamente por medio de la ampliación de la elección de los jueces (al respecto F.-J. Säcker, ZRP, 1971, pp. 145 ss.). Sobre la relación entre democracia e independencia judicial cfr. también EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 103 y ss.

<sup>64</sup> En esta medida existe una coincidencia con la teoría del Estado de partidos de LEIBHOLZ (*Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3ª ed., 1967, esp. pp. 78 y ss.): el pueblo es capaz de articulación y de acción sólo en determinadas formas de organización. Pero esto no justifica la identificación de pueblo y partidos (populares); la comunidad pluralista es mucho más diferenciada.

<sup>65</sup> Sobre la interpretación constitucional abierta: HÄBERLE, P., JZ, 1971, pp. 145 ss.; ZfP 21 (1974), p. 111 (121 y ss.); compárese también *Schlaich*, op. cit., p. 120.

<sup>66</sup> A este respecto *mi* ponencia VVDStRL 30 (1972), pp. 43 y s. (69 y ss.).

constitucionalización de la sociedad, p. ej., a través de la estructuración del ámbito público, en especial del económico, conforme a la división de poderes.<sup>67</sup>

Esto no es ningún “destronamiento” del pueblo, en todo caso de un entendimiento “rousseauiano” de la soberanía popular, que concibe al pueblo como un absoluto y semejante a Dios. El pueblo como majestad constituida actúa “por todas partes”, universalmente, a muchos niveles, por muchos motivos y en muchas formas, no en último lugar a través de la cotidiana realización de los derechos fundamentales. No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el “imperio de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay regreso a Rousseau. “La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular”.

La democracia de ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca. Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del –con mucha facilidad mal entendido– concepto de pueblo<sup>68</sup> ¡desde el ciudadano! La libertad fundamental (pluralismo),<sup>69</sup> no “el pueblo”, se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo.

<sup>67</sup> El pluralismo tiene que estar organizado y escrito. Por ello, tiene que ser superada la confrontación entre “estrategias de democratización”, que llevan en sí el peligro de politización totalitaria de todos los ámbitos, y concepciones restrictivas, que quieren limitar la democracia a un Estado contrapuesto a la sociedad (*Hennis, Die mißverständene Demokratie*, 1973).

<sup>68</sup> Demasiado intensamente orientado al concepto tradicional de pueblo está también el intento de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a los “valores medios” que deben averiguarse con encuestas demoscópicas, cfr. W. BIRKE, *Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen*, 1968, pp. 45 y ss. Contra una orientación según la “voluntad mayoritaria del pueblo”, también por consideraciones de teoría democrática, F.-J. SÄCKER, *ZRP*, 1971, p. 145 (149 y s.). También crítico frente al “valor medio” Hans F. Zacher, *Vierteljahresschrift f. Sozialrecht*, vol. II (1974), p. 15 (48 s., nota 95). Sobre el “ciudadano medio” como figura judicial normativa que debe verse desde la teoría constitucional, *mi Öff. Interesse*, pp. 328, 347 y s., 425 y ss., 573, 725.

<sup>69</sup> Esta perspectiva vale también para todas las formas de autonomía local, social, etc.

Existen muchas formas de legitimación democrática entendida ampliamente en este sentido, solamente hay que liberarse de la mentalidad lineal y “volcánica” de las ideas tradicionales sobre la democracia. Se llega a un fragmento de democracia de los ciudadanos a través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional.<sup>70</sup> Al proceso interpretativo se le proporciona, de diversas formas, posibilidad y realidad de

<sup>70</sup> La concepción democrática de POPPER y su conexión con su teoría científica y del conocimiento no puede ser reproducida aquí en detalle (referencias a la democracia en: *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, esp. pp. 25, 156 y ss., 170 y ss.; vol. II (1958), pp. 157, 159 y ss., 186 y s., 197 y ss., 293 y s.). Ha de bastar la indicación de que el concepto de ciencia de Popper es fructífero en la teoría democrática, que el concepto liberal, constitucional, pluralista y separador de poderes, defendido en el texto en relación con la democracia, puede invocar también a Popper, en la medida en que él desarrolla su teoría democrática sin, e incluso contra, los dogmas de la soberanía popular. *Recepciones y adaptaciones de Popper en la discusión democrática* bajo la LF han tenido lugar más o menos expresa y mediatamente: especialmente en la sentencia relativa al Partido Comunista de Alemania (KPD) del TCF, BVerfGE 5, 85: “*process of trial and error*” (I. B. Talmon) (p. 135), “control recíproco permanente y crítica como mejor garantía de una línea política correcta (relativamente)” (p. 135), las relaciones y mentalidades son “susceptibles y necesitan mejora”, “tarea que no finaliza nunca” (p. 197), rechazo de la idea de que el desarrollo histórico esté “determinado por un objetivo final científicamente conocible” (p. 197), “compromiso social” (p. 198), “carácter abierto” de este orden (p. 200), “relativo contenido de razón de todas las opiniones políticas” (p. 206); cfr. también BVerfGE 12, 113 (125): formación pública pluralista de la opinión; BVerfGE 20, 56 (97): proceso libre y abierto de la formación de la opinión y de la voluntad. En la bibliografía: von Simson, VVDStRL 29 (1971), p. 3 (9 s.); Dürrig, *ibidem*, p. 127: “reglas de juego inmanentes de la corrigibilidad y de la revocabilidad”; *id.*, en Maunz/Dürrig/Herzog, Grundgesetz, Art. 3º, Abs. 1, marginal 210 (para la determinación del Derecho). No es difícil reconocer aquí: el principio de falsificación de Popper (“*trial and error*”), su tesis del carácter indirecto y de presunción del conocimiento (*conjectures and refutations*), su verificación constante, la “*piece-meal social engineering*” corregible, que se conforma ella misma con su rechazo de la técnica como planificación de la totalidad, su fe relativa en la razón, su concepción experimental de la política, su alegato para las reformas graduales, orientadas a las consecuencias, su exhortación a la paciencia y a la tolerancia y su posición en favor de la sociedad abierta como “racional y crítica”, de su competencia pluralista de ideas e intereses diferentes gracias a la libertad de la crítica, del pensamiento y con ello del hombre y sus responsabilidades y decisiones personales, pero también su lucha contra la aspiración de omnisciencia y de omnipotencia de las sociedades “cerradas”. La tarea principal consiste, en general, en desarrollar desde la teoría y práctica constitucional la teoría de la ciencia de Popper, incorporándola a la teoría democrática y al mismo tiempo a la teoría normativa e interpretativa en particular (inicios en mi artículo AöR 99 [1974], p. 434 [448 y s.]).

discusión libre de los individuos y grupos “por encima” y “por debajo” de las normas jurídicas constitucionales y de su acción pluralista “en” ellas. (Que este proceso libre realmente también está amenazado desde dentro y que nuestro mismo orden fundamental liberal-democrático muestra en realidad frente al tipo ideal déficits, ya se ha señalado expresamente.) Teoría democrática y teoría interpretativa<sup>71</sup> se convierten en una consecuencia de la teoría de la ciencia. La sociedad es libre y abierta en la medida en que el círculo de los intérpretes constitucionales se abre en el sentido más amplio.

#### IV. CONSECUENCIAS PARA LA INTERPRETACIÓN “JURÍDICA” DE LA CONSTITUCIÓN

##### 1. RELATIVIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA-NUEVO ENTENDIMIENTO DE SUS TAREAS

Las reflexiones anteriores conducen a una *relativización* de la interpretación jurídica de la Constitución. La exigen los motivos siguientes:

1. Incluso en el proceso constitucional el juez constitucional no interpreta “en solitario”: varios participan en el procedimiento, las formas de participación procedimental se amplían.

2. En el “campo previo” de la interpretación jurídica de la Constitución de los jueces muchos interpretan, potencialmente todas las fuerzas pluralistas públicas. El concepto “participante en el proceso constitucional” se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La publicidad pluralista despliega fuerza normativa. El Tribunal Constitucional ha de interpretar posteriormente en correspondencia actualizando la publicidad.

3. Muchos problemas y ámbitos de la Constitución material no llegan hasta el juez constitucional por falta de competencia judicial y por ausencia de recurso al Tribunal Constitucional. La Constitución material “vive” aquí igualmente: sin interpretación constitucional del juez (piénsese en los principios de los reglamentos internos parlamentarios). Los

<sup>71</sup> Cfr. la referencia de *Esser* al método *trial and error* de *Popper*, *Vorverständnis*, p. 151, ahora el voto particular de los magistrados *Rupp-v. Brüneck* y *Dr. Simon* a la sentencia sobre el aborto del TCF de 25 de febrero de 1975 (JZ, 1975, 205 [215] = NJW, 1975, 582 [583]).

participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan autónomamente Derecho constitucional material. El Derecho procesal constitucional no es el único acceso a los procedimientos de la interpretación constitucional.

En el tiempo la vía de instancias de la interpretación constitucional se prolonga hasta el infinito: el jurista constitucional es sólo un chismoso.<sup>72</sup> Su resultado interpretativo está bajo la reserva de la confirmación, que en el caso particular puede concretarse en la permanencia, en la “justificación rica en alternativas”<sup>73</sup> o en la modificación mediante alternativas razonables. El procedimiento de la interpretación constitucional tiene que ser extendido hacia adelante y por encima del propio proceso constitucional concreto;<sup>74</sup> el radio interpretativo de la norma se amplía, gracias a todos “los intérpretes de la sociedad abierta”. Son participantes esenciales en los procedimientos de “*trial and error*” en el proceso de determinación del Derecho.<sup>75</sup> La sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución proporciona (sólo) la publicidad y realidad pluralista, las necesidades y posibilidades de la comunidad, que están antes, en y detrás de los textos constitucionales. Las teorías interpretativas sobrestiman siempre la importancia del texto.<sup>76</sup>

Tan disciplinados y disciplinantes como son los procedimientos de la interpretación constitucional a través de la vía de los métodos “jurídicos”, tan diversas, incluso difusas resultan las operaciones que preceden a este proceso: los procesos legislativos parecen todavía relativamente

<sup>72</sup> La jurisprudencia constitucional realiza p. ej. con los *obiter dicta* el intento de preparar la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, y de hacerse así criticable anticipadamente. Crítico a este respecto desde otro concepto de Constitución KULL, *FS für Forsthoff*, 1972, p. 213, nota 2.

<sup>73</sup> Expresión de HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148.

<sup>74</sup> Ello debe tenerse en consideración con los conceptos “*entendimiento previo*” y “*entendimiento posterior*”, HÄBERLE, Peter, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (126 y ss.). Las leyes (constitucionales) tienen no sólo antecedentes históricos, sino también una historia ulterior.

<sup>75</sup> A este respecto ESSER, *Vorverständnis*, pp. 23, 151 y s.

<sup>76</sup> Sobre la problemática del texto como “límite del cambio constitucional” compárese también HESSE, *FS für Scheuner*, p. 123 (139 y s.). Sobre la poca fecundidad del tenor literal en la concretización de los derechos fundamentales HANS HUBER, *GS für Imboden*, p. 191 y ss.



racionales, en la medida en que son interpretación constitucional, y así es a menudo; también la Administración como Administración “interpretadora” (del bien común)<sup>77</sup> actúa de forma verdaderamente racional; otras formas de actuación del Estado también han de ser contempladas. Las operaciones de participación de la publicidad pluralista son, en cambio, todo menos disciplinadas, en ello estriba un elemento de garantía de su apertura y espontaneidad. A pesar de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional conservan su importancia, ciertamente en una función nuevamente entendida: son el “filtro”, a través del cual, y solamente entonces, la fuerza normativa de la publicidad<sup>78</sup> actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diferentes participantes.

## 2. EN ESPECIAL: DIMENSIÓN E INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL-DIFERENCIACIÓN CON RESPECTO AL GRADO DE PARTICIPACIÓN

Una teoría de la interpretación constitucional que pone en relación sistemática la cuestión de los objetivos y métodos y la cuestión de los participantes en la interpretación constitucional tiene que extraer de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional. Las consecuencias posibles serán aludidas aquí en forma de tesis.

Un tribunal como el Tribunal Constitucional Federal, que verifica la interpretación constitucional de otra instancia, debe utilizar diferentes métodos, según quién haya participado en la interpretación primera (verificable).<sup>79</sup> Esto ya ha sido visto a grandes rasgos por el pensamiento

<sup>77</sup> Al respecto con pruebas *mi Öff. Interesse*, pp. 475 y ss., 678 y ss.; OSSENBÜHL, AÖR 92 (1967), pp. 1 ss. Cfr. también la discusión subsiguiente al informe de la *Sala Común de los Tribunales Supremos de la Federación* (JZ, 1972, 655 ss.) y a la sentencia del Tribunal Administrativo Federal (JZ, 1972, 204 ss.): *Bachof*, JZ, 1972, 641 ss. y 208 ss.; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 401 ss.; ERICHSEN, *VerwArch* 1972, p. 3377 y ss.; *Bullinger*, NJW, 1974, 769 ss.

<sup>78</sup> Pruebas típicas de la jurisprudencia del TCF en AÖR 95, 1970, p. 260 (287 y ss.); últimamente por ejemplo E 34, 269 (283); 35, 202 (222 s., 230 y ss.); 32, 111 (124 y ss.); 31, 229 (242 ss.); 30, 173 (191); más genéricamente en *mi Öff. Interesse*, pp. 304 y s., 419 nota 31, 558 ss., 572 s., 583 s., 594, así como en *Th. Württenberger* (nota 93), pp. 36 y ss. (39 y ss.).

<sup>79</sup> Una relación similar se muestra en GEITMANN, *Bundesverfassungsgericht und “offene Normen”*, 1971: las exigencias de concreción (*Bestimmtheit*) que el TCF plantea respecto a las normas “abiertas” son diferentes según quién establezca la norma (al respecto sólo brevemente, pp. 22 y ss.) y quién haya de completarla (pp. 149 y ss.).

jurídico-funcional: los tribunales deben contenerse especialmente en el control de las decisiones del legislador democrático;<sup>80</sup> lo mismo puede decirse con respecto al examen del derecho de los Länder por el TCF.<sup>81</sup> En la continuación de este planteamiento habría de considerarse lo siguiente: hay leyes (leyes universitarias, reformas del Código Penal como el § 218\*, leyes de cierre comercial), con relación a las cuales la publicidad muestra un interés enorme, que están constantemente en la discusión, las cuales se elaboran con amplia *participación* y bajo el *control* atento de la publicidad pluralista. El TCF debiera, cuando verifica una de tales leyes, tener en consideración que esta ley está especialmente legitimada, porque especialmente muchos participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. En el caso de leyes *en principio* no discutidas ello significaría que éstas no habrían de ser verificadas tan rigurosamente como aquellas que están menos en la discusión pública, porque son aparentemente poco interesantes (p. ej., regulaciones de oportunidad técnica) o se han olvidado ya.

Algo distinto ha de regir, por el contrario, para aquellas leyes, respecto de las cuales existe en la publicidad una gran *disensión*. Piénsese en el § 218 del Código Penal que afecta el “consenso constitucional”, en algunas regulaciones de las leyes universitarias, a la participación paritaria en la

<sup>80</sup> Las leyes preconstitucionales no pueden ser vistas como las posconstitucionales como interpretación constitucional del legislador. Por ello han de ser examinadas no sólo procesalmente de forma distinta (cfr. art. 100 LF), sino también materialmente de forma más rigurosa.

<sup>81</sup> A este respecto EHMKE, *VVDStRL* 20 (1963), pp. 53 y ss. (75); KLUMP, *Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des GG*, 1969, pp. 179 y ss. Para la relación del TCF con la dogmática (ciencia) civilista, así como con el Tribunal Supremo Federal: BVerfGE 34, 269 (281 y ss.).

\* Este precepto contiene la prohibición de la interrupción del embarazo. No es antijurídico, ni en consecuencia punible, sin embargo, en caso de necesidad, acreditada por un médico, para evitar peligro para la vida de la madre o peligro de menoscabo grave de su salud física o síquica, en la medida en que este peligro no puede evitarse de otra forma exigible para la madre. Conforme a la sentencia del TCF de 28 de mayo de 1993 (BGBl. I, p. 820) este parágrafo 218, en el sentido de la ley de 27 de julio de 1992 (BGBl. I, p. 1398) no es aplicable, cuando la interrupción tiene lugar dentro de las doce semanas desde la concepción, es practicada por un médico, se realiza a instancia de la mujer embarazada y ésta acredita mediante certificación al médico, que ha sido asesorada al menos con tres días de antelación a la intervención por un centro reconocido [N. del T.].

gestión de las empresas. Aquí tiene que controlar el TCF severamente, y hacer generoso uso<sup>82</sup> de la posibilidad de medidas provisionales (§ 32 LTCF) (cfr. *infra* punto 3.). Porque en una situación de división profunda en el seno de la opinión pública corresponde al TCF la tarea de velar por que no se pierda el mínimo irrenunciable de función integradora de la Constitución.

Más aún: el TCF debería vigilar también la “participación justa” de diferentes grupos en las interpretaciones constitucionales de tal manera que en su decisión tenga en consideración interpretativamente los “no participantes” (los intereses no representados y no representables) especialmente.<sup>83</sup> Piénsese en los problemas de protección de los consumidores, de protección del medio ambiente. Aquí manifiestan importancia los “intereses públicos”, los “intereses susceptibles de generalización” según la terminología de Habermas.<sup>84</sup>

Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La intensidad del control del juez constitucional es “variable”, según qué formas de participación son o fueron posibles.

### 3. CONSECUENCIAS PARA LA ORGANIZACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Para la organización y aplicación del Derecho procesal constitucional se desprenden dos consecuencias: los instrumentos de información del juez constitucional<sup>85</sup> han de ampliarse y afinarse –no a pesar, sino a causa

<sup>82</sup> ¡Disensiones y peligros profundos para el “consenso constitucional” son *el* motivo del interés público en el sentido del § 32, apt. 1 LTCF!

<sup>83</sup> Aquí se insinúa una transformación de la función de la tutela jurídica en general. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora de los derechos de los particulares, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control *ex post* de los tribunales que por procedimientos *previos* participativos (HÄBERLE, Peter, VVDStRL 30 [1972], p. 43 [86 ss., 125 ss.]; Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 [1973], p. 179 [204 ss.]). Pero el cumplimiento del procedimiento “correcto” tiene que poder ser verificado por los tribunales.

<sup>84</sup> HABERMAS, op. cit., esp. pp. 153 y ss.

<sup>85</sup> Ejemplar es el instrumento de información del § 82, apt. 4 LTCF así como la oportunidad de manifestarse, a menudo en los “grandes” procesos, concedida a las “autoridades y organizaciones” aludidas por el Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 35, 202 (213 y s.); 35, 78 (100 y ss.); 33, 265 (322 y s.); 31, 306 (307 bajo el punto 4); 30, 227 (238 y s.). Proporcionan un fragmento de la “representación social” pluralista

de la vinculación a la ley-, especialmente las formas y posibilidades<sup>86</sup> de participación graduales en el propio proceso constitucional<sup>87</sup> (ante todo “audiencia” y “participación”); nuevas formas de participación de potencias públicas pluralistas como intérpretes constitucionales en sentido amplio tienen que ser desarrolladas. El derecho procesal constitucional se convierte en un fragmento del derecho democrático de participación. La interpretación constitucional de los jueces constitucionales puede ser en correspondencia más elástica y expansiva,<sup>88</sup> sin que pudiera,

en el Derecho procesal constitucional. Sintomático es el cuestionario enviado por el TCF (Segunda Sala) al Parlamento federal, parlamentos de los *Länder* y partidos sobre el tema de las dietas de los parlamentarios, FR de 10 de marzo de 1975, p. 1. Cfr. aun la regulación ejemplar en § 48 de la Ley del Tribunal Constitucional de Hesse y en § 42 de la Ley del Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg.

<sup>86</sup> Al respecto HÄBERLE, Peter, AöR 98, 1973, 119 (128 nota 43). Explosiva es la cuestión de la participación del *Bundestag* (y de su mayoría) en la discusión constitucional, conducida por la minoría de la oposición, sobre el § 218 del Código Penal (al respecto Woche im Bundestag de 18 de septiembre de 1974, ed. 15, p. 3). El desarrollo del Parlamento como lugar de enfrentamiento entre mayoría de gobierno y minoría opositora aboga por continuar este reparto de roles también en el Derecho procesal constitucional: sería un argumento para una participación del *Bundestag* mediante su personación en el procedimiento (cfr. además § 77 LTCF, que también concede al *Bundestag* derecho a manifestarse precisamente cuando en el procedimiento de control abstracto de constitucionalidad un tercio de los miembros del *Bundestag* lo solicitan, cfr. aun §§ 82 apt. 2, 83 apt. 2, 94 LTCF). Derecho procesal constitucional y Derecho parlamentario se solapan aquí (otro ejemplo: BVerfGE 27, 44 [51 s.]). Sería consecuente “constitucionalizar” la *oposición* como tal en el Derecho procesal constitucional y otorgarle derechos de participación ante el Tribunal Constitucional Federal, ya que no tiene por qué ser idéntica con el tercio de miembros del *Bundestag* legitimado procesalmente. *De lege lata* el *Bundestag* debería insertar en los dictámenes el voto de la minoría opositora.

<sup>87</sup> En WINTER y SCHUMANN, *Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren*, en *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 3, 1972, pp. 529 y s., se consideran la oralidad y la inmediatez de la interacción en el juicio como “islas de la acción comunicativa, que resultan casi anacrónicas en una constitución social burocrática-funcional racionalista”. Quizá en el proceso constitucional se ofrezca la oportunidad de alcanzar un mayor grado de comunicación no distorsionada en el sentido de Habermas que en otros ámbitos, compárese BACHOF, op. cit. (*supra* nota 47).

<sup>88</sup> Existe una relación entre los instrumentarios de averiguación y de prognosis a disposición del Tribunal Constitucional Federal, y la precisión de los criterios jurídico-materiales por él aplicados: mientras que en las recientes leyes económicas (especialmente las de coyuntura) el requisito de la idoneidad se utiliza bastante generosamente (BVerfGE

ni fuera lícito llegar a una identidad con la del legislador. La concreta utilización del derecho procesal constitucional por el Tribunal Constitucional Federal tiene que ser también flexible de conformidad con las cuestiones jurídico-materiales pendientes y los participantes *materiales* (interesados). La relación intensa entre la Constitución material y el derecho procesal constitucional se muestra también aquí.<sup>89</sup>

Una expansión de la actividad de la justicia constitucional significa desde luego una restricción del margen de discreción interpretativo del legislador.<sup>90</sup> En general, la organización legislativa óptima y la afinación interpretativa del derecho procesal constitucional son condiciones necesarias para que la legitimación de la jurisprudencia constitucional, intentada aquí desde la teoría democrática, esté suficientemente garantizada en la realidad.

## V. NUEVOS PLANTEAMIENTOS PARA LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

### 1. ¿DISTINTOS OBJETIVOS Y MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN DE DIFERENTES PARTICIPANTES?

De la vinculación de las cuestiones relativas a los objetivos, métodos y participantes de la interpretación constitucional resultan nuevos planteamientos no sólo para la jurisprudencia constitucional y sus métodos, sino también para la teoría constitucional que se ocupa de éstos.

Ya se indicó la posible objeción de que la “disolución” de la interpretación constitucional no se deja incorporar sin tensiones a una teoría constitucional que contemple la elaboración de consenso, de unidad

29, 402 [410 s.]; 36, 66 [71 s.]), el TCF ha fundado sus investigaciones y prognosis empíricamente de forma muy exhaustiva, p. ej., en la sentencia de las farmacias (BVerfGE 7, 377 ss. [= JZ, 1958, 472 ss.]) (compárese *Philippi*, *Tatsachenfeststellungen des BVerfG*, 1971, pp. 57 ss.) y podía entonces aplicar también criterios jurídico-materiales estrictos.

<sup>89</sup> Sobre este punto *mi* artículo en JZ, 1973, pp. 451 ss.; también *Zuck*, JZ, 1974, p. 361 (364). Importante fue el mantenimiento de la cláusula de los profesores universitarios del § 3 apt. 4 LTCF.

<sup>90</sup> La cuestión de los deberes diferenciados de motivación y de provisión de material del legislador debería ser meditada. También aquí se muestra una relación, no analizada todavía totalmente, entre derecho parlamentario y derecho procesal constitucional.

política como objetivo del procedimiento jurídico-constitucional y como objetivo del proceso político en general.<sup>91</sup> Una teoría constitucional semejante no puede, sin embargo, ser malinterpretada simplifadamente como armonizadora. El consenso resulta también del conflicto y del compromiso entre los participantes que defienden egoístamente opiniones e intereses divergentes. Derecho constitucional es, ahora bien, derecho del conflicto y del compromiso a la vez. Es evidente que los autores de una moción y sus adversarios en el proceso constitucional perseguirán distintos objetivos y por tanto escogerán distintos métodos interpretativos y vestirán sus contenidos con tales métodos; lo mismo puede decirse respecto de los representantes de distintos intereses que son oídos por las comisiones parlamentarias, de los partidos mayoritarios y la oposición en el proceso parlamentario.<sup>92</sup> En esta medida se muestran paralelismos entre derecho procesal constitucional y derecho parlamentario.

Se desprenden aquí efectos *retroactivos* de los principios interpretativos jurídico-funcionales en la interpretación constitucional material.<sup>93</sup> Han de ser tematizados más intensamente que hasta ahora, en correspondencia con los efectos retroactivos de los principios procedimentales en la interpretación constitucional material.<sup>94</sup> El derecho constitucional material –vivido– surge de una pluralidad de funciones desempeñadas “correctamente”: las del legislador, del juez constitucional, de la opinión pública, del ciudadano, pero también del gobierno y de la oposición. Esta reflexión sobre la interpretación constitucional significa desde el lado funcional, procedimental: la corrección funcional de la interpretación constitucional conduce a la disparidad práctica de la interpretación constitucional. Cómo se interprete –correctamente– depende en cada caso del órgano, su procedimiento, su función, sus cualificaciones.

<sup>91</sup> Compárese HESSE, *Grundzüge*, pp. 5 ss., 28.

<sup>92</sup> Sobre la democracia parlamentaria como “transferencia de la idea de *proceso judicial* al *proceso político* legislativo”: KRIEGLER, *VVDStRL* 29 (1971), p. 46 (50).

<sup>93</sup> Con razón habla EHMKE, *VVDStRL* 20, 1963, p. 53 (73) de una “relación insoluble” entre principios interpretativos jurídico-materiales y jurídico-funcionales; cfr. también p. 76: “bilateralidad”.

<sup>94</sup> Al respecto HÄBERLE, Peter, *Zeit und Verfassung*, *ZfP* 21, 1974, p. 111 (118 ss.); *idem*, *JZ*, 1973, p. 451 (452 y s.); *DVBl.*, 1973, pp. 388 y s.

## 2. FUNCIONES DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Otro problema es si a este respecto se puede hablar de la corrección –aunque relativizada– de la interpretación. Para la teoría constitucional se plantea ahora la cuestión básica de si puede ser su función vincular normativamente las diferentes fuerzas políticas y participantes en sentido amplio, *proponerles* los métodos interpretativos “buenos”.

¿Hasta qué punto debe ampliar el círculo de sus interlocutores la *teoría* constitucional, que hasta ahora era crítica y asesora, compañero de discusión y de consenso de los Tribunales Constitucionales? Esto podría tener entonces también consecuencias para la configuración del Derecho procesal constitucional.

La fijación en la jurisprudencia ha de ser sin duda superada. Parece abrirse camino la opinión de que la teoría constitucional tiene que ser, por lo menos igualmente, también teoría de la legislación, es decir, interlocutor del legislador.<sup>95</sup>

La relevancia de la cuestión de los distintos objetivos y métodos de los distintos participantes se comprueba aquí con ejemplos: la *preferred freedoms doctrine*<sup>96</sup> y el principio de *self restraint* sólo rigen para la jurisprudencia, no precisamente para la legislación. En esta medida el problema ya ha sido aludido por Hesse y Ehmke: si la interpretación constitucional se halla bajo el mandato de “corrección funcional”, entonces el órgano intérprete, en virtud de sus competencias específicas, tiene que interpretar de forma *distinta* que otro órgano con otras competencias.

La teoría constitucional como teoría legislativa debería investigar las –hasta ahora descuidadas– peculiaridades propias de la interpretación constitucional por el legislador (y con ello también la gran relevancia del derecho parlamentario). Ésta ha sido contemplada hasta ahora más bien de forma “refleja”: desde la jurisdicción constitucional, es decir, sus límites funcionales, p. ej. con ayuda de la *preferred freedoms doctrine*, la presunción de constitucionalidad de la acción legislativa,<sup>97</sup> de la discrecionalidad del

<sup>95</sup> Sobre la cuestión de la teoría de la legislación: HÄBERLE, Peter, en *Rechtsphilosophie und Rechtspraxis*, 1971, p. 36 (38 y s.); H.-P. Schneider, *ibidem*, pp. 76 ss.; Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

<sup>96</sup> A este respecto H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, pp. 437 y ss.; HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, pp. 40 y s., 164 y s.

<sup>97</sup> HESSE, *Grundzüge*, p. 33.

legislador en los límites del “sistema de valores” de la Constitución<sup>98</sup> o en la fórmula negativa: ninguna acción arbitraria.<sup>99</sup> Ahora se trata de delimitar desde ella misma, positivamente, la interpretación constitucional “a través” del legislador: desde *sus* procedimientos (en especial del Derecho parlamentario), sus funciones,<sup>100</sup> etc., no sólo negativamente a través del rodeo por la cuestión de hasta qué límites jurídico-funcionales puede controlar el intérprete (juez) constitucional. Se trata de un entendimiento positivo de la competencia del legislador *como* intérprete constitucional: sea que en el proceso político “pre”formula constantemente, sea que participa él mismo de forma formalizada en los procedimientos del Tribunal Constitucional (compárese §§ 77, 82 II,<sup>101</sup> 83 II, 88, 94 IV, V LTCF).

La cuestión de si y en qué medida otros participantes, individuos y grupos, deben ser vinculados normativamente, “constitucionalizados” por la teoría constitucional, es más difícil y debe ser respondida diferenciadamente.

Constitucionalizar formas y procedimientos de la participación es función específica de una teoría constitucional (procesal). Esto sólo puede valer limitadamente para los contenidos y métodos. El “proceso político” debe ser (permanecer) en principio tan abierto como sea posible, también la interpretación constitucional “absurda” debe tener la oportunidad de ser representada por alguien en algún momento. Aunque el proceso político es un proceso de comunicación de todos con todos, en el cual la

<sup>98</sup> BVerfGE 11, 50 (56); 13, 97 (107); 14, 288 (301). Para una crítica: GOERLICH, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973; al respecto mi comentario JR, 1974, pp. 487 y s.

<sup>99</sup> BVerfGE 1, 14 (52), jurisprudencia constante: compárese BVerfGE 18, 38 (46). Al respecto *mis* pruebas AöR 95, 1970, p. 86 (104 s., 118 y ss.), 260 (281 y ss.) y para la relación entre jurisprudencia y Administración en el “ámbito” de la discrecionalidad: Öff. Interesse, pp. 647 y ss.

<sup>100</sup> Importante es el intento de NOLL, *Gesetzgebungstheorie*, 1973, de desarrollar un “método de la legislación” que no sea solamente “tecnología de poder”, sino “cuestión de valores” (p. 63) y propone procedimientos que están orientados al pensamiento del racionalismo crítico (compárese especialmente los apartados sobre el trazado de alternativas y los procedimientos de su crítica, pp. 107 y ss., 120 y ss.). Pero Noll no considera demasiado la legislación desde el aspecto de la interpretación constitucional (compárese sólo pp. 103 y s.).

<sup>101</sup> Para una extensión del § 82 apt. 2 LTCF al procedimiento de control abstracto de constitucionalidad (mediante modificación legislativa): FRIESENHAHN, JZ, 1966, p. 705-709. Sobre el desarrollo generoso del § 77 LTCF por el Tribunal Constitucional Federal: Lechner, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 3ª ed., 1973, explicación 2 al § 77.



teoría constitucional debe precisamente también intentar hacerse oír, hallar su propio emplazamiento y desempeñar su función como instancia crítica.<sup>102</sup> Pero una insuficiente “*academical self restraint*” puede también conducir a una pérdida de autoridad. La teoría constitucional democrática aquí aludida tiene igualmente una responsabilidad especial para la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

#### APÉNDICE A “LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES”

Este trabajo, expresión concreta del entendimiento de la “Constitución como proceso público”, ha sido desde su aparición controvertidamente discutido: compárese en primer lugar YERSIN, JA 1975 ÖR, pp. 129 y ss. (453 y ss.); por una parte E.-W. Böckenförde, NJW, 1976, p. 2089 (2093 ss.); OSSENBÜHL, en *BVerfG-Festgabe I*, 1976, p. 458 (510); cfr. sin embargo también *idem*, en DÖV, 1977, p. 801 (809 nota 47); por otra parte Kirchhof, en: *BVerfG-Festgabe I* (1976), p. 50 (101, 106); *id.*, *Rechtsänderung durch geplanten Sprachgebrauch?*, Ged.-Schrift für F. Klein (eds. Dieter Wilke y Harald Weber), 1977, p. 227 (239); SCHUPPERT, *Bürgerinitiativen...*, AöR 102 (1977), p. 369 (396); SAILER, ZRP, 1977, p. 303 (p. 309 con nota 74); HAVERKATE, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken*, 1977, p. 173 nota 61. Cfr. también STERN, *Das Staatsrecht der BR Deutschland*, vol. I, 1977, pp. 114 s.; GÖLDNER, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat*, 1977, p. ej. p. 43 así como HANS F. ZACHER, en *VVDStRL* 34, 1976, p. 284 (discusión). Aprobación y crítica a la vez ISENSEE, NJW, 1977, p. 545 (550 y s.) en la discusión sobre los valores básicos. Asentimiento y crítica parecen igualarse (cfr. últimamente LERCHE, en *FS für Ipsen*, 1977, p. 437 [437 nota 1] para cuestiones constitucional-procesales).

El trabajo se concibe él mismo como una voz en la acción concertada de la -pluralista- ciencia del Derecho constitucional. La mirada a los que participan “personalmente” en los procedimientos, contenidos y resultados de la interpretación constitucional es tan necesaria ahora como antes. El pensamiento en el sentido de la “sociedad abierta” de Popper representa el fundamento último.

<sup>102</sup> HÄBERLE, Peter, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, AöR 99, 1974, p. 437 (453 y ss.). [Este artículo está incluido, con un apéndice (1978), en la obra *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3ª ed., 1998. N. del T.].