

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CAPÍTULO CUARTO. Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional . . . | 129 |
| I. Proceso constituyente | 129 |
| 1. Un catálogo de problemas, preguntas y respuestas . . | 129 |
| A. Planteamiento de la cuestión | 129 |
| B. El catálogo de problemas: cinco conjuntos de cuestiones como <i>continuum</i> en la transformación de los textos constitucionales | 130 |
| C. Respuestas | 132 |
| D. Los dos planos: el proceso constituyente en el tipo del Estado constitucional y en un pueblo concreto en el contexto de su individualidad e identidad culturales | 134 |
| E. La normativización y constitucionalización del poder constituyente del pueblo | 135 |
| 2. Consideraciones de política constitucional | 136 |
| 3. El proceso constituyente como proceso pluralista, normación de lo “políticamente significativo” | 138 |
| II. Modificación de la Constitución | 140 |
| 1. Preguntas iniciales | 140 |
| 2. Un catálogo de problemas de política constitucional en materia de modificación de la Constitución | 140 |
| 3. Los límites a la modificación de la Constitución: las cláusulas de eternidad como garantías de la identidad del Estado constitucional | 145 |
| III. La “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución” | 149 |
| 1. Tesis básica, estado de la cuestión | 149 |
| A. El planteamiento de la teoría de la interpretación constitucional hasta el momento | 149 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Nuevo planteamiento y tesis | 150 |
| C. Explicación de la tesis, concepto de interpretación | 150 |
| D. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución | 151 |
| 2. Los participantes en la interpretación constitucional | 152 |
| A. Cuadro sistemático | 152 |
| B. Explicación del cuadro sistemático | 153 |
| 3. Valoración del inventario | 155 |
| A. Posibles objeciones, crítica | 155 |
| B. Legitimación proveniente de los criterios de la teoría del derecho, de la norma y de la interpretación | 155 |
| C. Legitimación proveniente de consideraciones de teoría constitucional | 156 |
| D. En particular: consideraciones de teoría democrática como legitimación | 158 |
| 4. Consecuencias para la interpretación “jurídica” de la Constitución | 159 |
| A. Relativización de la interpretación jurídica; nueva noción de sus funciones | 159 |
| B. De la extensión e intensidad del control judicial, en particular; diferenciación en vista del grado de participación | 161 |
| C. Consecuencias para la configuración y aplicación del derecho procesal constitucional | 161 |
| IV. La comparación jurídica como “quinto” método de interpretación y como comparación cultural | 162 |
| V. Incurso: jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional | 165 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. El Tribunal Constitucional Federal Alemán como tribunal constitucional —como “tribunal social” de naturaleza propia, su función en la garantía y el desarrollo del contrato social (del contrato de las generaciones) | 165 |
| A. El TCFA como “tribunal constitucional” —como “tribunal social” de naturaleza propia | 165 |
| B. La jurisdicción constitucional “en” el contrato social: el TCFA como regulador en los procesos continuos de la garantía y el desarrollo de la Constitución como contrato social | 167 |
| C. Posibilidades y límites de la capacidad de acción del TCFA —el TCFA en el marco de la cultura política del orden fundamental de libertad y democracia de la LF | 167 |
| 2. Política constitucional en materia de jurisdicción constitucional | 168 |

CAPÍTULO CUARTO. PROCESO CONSTITUYENTE. MODIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

I. PROCESO CONSTITUYENTE

1. *Un catálogo de problemas, preguntas y respuestas*

A. *Planteamiento de la cuestión*

El Estado constitucional democrático de la actualidad se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo. Por un lado, este poder se deriva expresamente como tal de los textos constitucionales —en la historia constitucional del tipo del “Estado constitucional” ha prevalecido unas veces de manera “*revolucionaria*” y en otras de modo evolutivo (sobre todo en contra del poder constituyente del monarca)—; por el otro, dicho poder fue desarrollado de manera “no escrita” por la doctrina y la práctica, vaciado en conceptos, refinado y traducido, de manera parcial o plena, en textos constitucionales. Lo característico en “materia de proceso constituyente” (*Verfassunggebung*) para el Estado constitucional se deduce, como no lo es casi ningún otro aspecto, de un conjunto y un “paralelograma de las fuerzas” compuesto por ideas políticas, doctrinas científicas, textos constitucionales escritos y prácticas no escritas. Sin importar qué tan grandes sean, también hoy en día, las diferencias entre países —como consecuencia de su historia constitucional nacional—, se ha desarrollado un concentrado de “doctrinas” y de la práctica relativas al poder constituyente del pueblo, el cual, a pesar de las “variaciones”, permite identificar un tipo básico. Este tipo debe ser desentrañado primordialmente a partir de los textos constitucionales, cambiantes en la historia y diversos entre las naciones según su estadio cultural, pero para tal fin se requiere tomar en cuenta la historia (constitucional) de las “doctrinas políticas” (sin que éstas puedan ser expuestas en lo particular); porque han conducido a determinados textos constitucionales

y los han desarrollado, del mismo modo como, a la inversa, estos textos han actuado, y deberían actuar, en cuanto “material” y desafío para la subsecuente elaboración de teorías. De manera particular, en la Alemania del siglo XIX se produjeron, además, formas de “pacto” entre los “sujetos” que influían en el proceso constituyente (monarca y estamentos o pueblo) que recuerdan a la idea, hoy nuevamente de actualidad, de la “Constitución como contrato”.²⁵⁹

B. El catálogo de problemas: cinco conjuntos de cuestiones como continuum en la transformación de los textos constitucionales

En lo particular, se deducen tipológicamente cinco conjuntos de cuestiones, con base en el examen histórico y actual de los textos constitucionales. Estos conjuntos permiten reconocer, por un lado, lo típico en materia de “poder constituyente del pueblo” en el Estado constitucional; por el otro, también el amplio espectro de posibles soluciones político-constitucionales:

a) ¿En qué “lugares” o apartados abordan los diversos textos constitucionales, desde el punto de vista de la sistemática textual, el problema del poder constituyente del pueblo? ¿“Ya” en el preámbulo (*cfr.* la LF), en las disposiciones de bases o bien en las finales (así, en el artículo 146 de la LF y en el artículo 115 de la Constitución de Brandemburgo), o este problema no es abordado en absoluto (es decir, que se presupone y se practica como “inmanente al sistema”, orientándose por la doctrina desarrollada a partir de 1789 (Sieyès), la cual gira alrededor de un tipo básico en nuevas variantes textuales)?

b) ¿Quién y en cuáles procedimientos interviene como “sujeto” en los procesos constituyentes? En este pluralismo actúan hoy día los partidos, asociaciones, iglesias, personajes (como N. Mandela en Sudáfrica), la doctrina (en España y Portugal de los años setenta; en Turquía de los años ochenta [también] los militares).²⁶⁰ En Brandemburgo (1992), fueron las “ciudadanas y los ciudadanos del *Land*”, es decir, no el pue-

²⁵⁹ Sobre el particular véase Saladin, P., “Verfassungsreform und Verfassungsverständnis”, *AöR*, vol. 104, 1979, pp. 345 y ss.; Häberle, P., *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 438 y ss.

²⁶⁰ Sobre el papel de las fuerzas armadas, *cfr.* los preámbulos de las Constituciones de Portugal (1976/82) y de Turquía (1982); en este último país, las fuerzas armadas volvieron a intervenir en 1997.

blo, los que se dieron “esta Constitución” (preámbulo; véase también el preámbulo de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania, de 1993).

En la historia constitucional de Alemania, y esto puede leerse en el espejo de los textos constitucionales, los príncipes y los estamentos o las asambleas populares, lucharon por ser “sujetos” del proceso constituyente. Las Constituciones otorgadas (como la prusiana de 1848) fueron expresión del poder constituyente del monarca; las pactadas (como la Constitución prusiana revisada de 1850) constituyeron un pacto o compromiso entre el príncipe y los estamentos y el pueblo al que éstos representaban. Fue hasta más tarde, es decir, a partir de 1918, que en Alemania se reconoció al pueblo como único “sujeto” en materia de poder constituyente.²⁶¹

c) ¿El poder constituyente del pueblo es fijado en el texto en determinados procedimientos o no? ¿Existen determinadas variantes procesales expresas en el texto? Por ejemplo: elecciones para una asamblea constituyente, con o sin referéndum subsecuente. O bien, ¿son requeridas éstas de modo inmanente por el tipo del Estado constitucional? También es posible la falta de toda legitimación democrática directa, *ex ante*, del constituyente (así para la LF de 1949). Suiza ha avanzado bastante en la “procesalización” del proceso constituyente, al haber desarrollado un canon fijo de reglas procesales escritas para la “revisión total”, las cuales podrían pertenecer ya a la “sustancia” de este Estado constitucional, en el plano federal, tanto como en el cantonal (por último, en el artículo 129 de la Constitución de Berna de 1993, y en los artículos 83 a 90 del proyecto de Constitución de Tessin de 1995).

d) El poder constituyente del pueblo, ¿se encuentra incorporado textualmente en un “contexto” de determinados contenidos normativos (como la dignidad humana, la justicia, los sucesos históricos), por ejemplo, y de manera especial, en los preámbulos o en los artículos de “reconocimiento”? o bien, ¿aparece como “poder” desvinculado, libre, que decide “normativamente a partir de la nada”?

e) En relación con lo anterior: ¿existen límites escritos o no escritos (“autoimpuestos” o culturalmente puestos) del poder constituyente del

261 Stern, K., *op. cit.*, p. 147, constata que la doctrina del *pouvoir constituant* constituye la más importante aplicación de la idea de la soberanía popular, y que resulta evidente en el Estado constitucional democrático, pero que “el camino para llegar a ella estuvo lleno de espinas”.

pueblo? Ya sea deducidos de los textos constitucionales (especialmente en los preámbulos), de las sentencias de los tribunales constitucionales (BVerfGE 1, 14, 61 y s.: ¡primera sentencia sobre la reorganización territorial!), o desarrollados por la doctrina, la cual, por su parte, se orienta por los textos y por el concentrado del tipo del Estado constitucional en materia de proceso constituyente.

C. Respuestas

Una teoría que trabaje a la luz de las etapas de evolución textual y que “ofrezca” alternativas de regulación tomadas de la historia y del presente, es capaz de resolver el problema del poder constituyente del pueblo con mayor cercanía a la realidad de lo que son capaces muchas ideologías. De este modo, el tipo del Estado constitucional democrático puede llevar su reflexión un poco más allá de la respectiva Constitución concreta de un pueblo en particular, así como elaborar alternativas de acción que permitan la evolución abierta de esa Constitución concreta. Pero, en última instancia, no puede descartarse que al hacerlo, también evolucione el tipo del “Estado constitucional” mismo. Piénsese solamente en los catálogos de valores fundamentales en los que se enmarcan crecientemente, a partir de 1945, el Estado constitucional y el constituyente: se trata de una nueva etapa textual y de una ganancia para el Estado constitucional, como lo son también los instrumentos procesales suizos bajo el concepto de “revisión total” o la “revisión de conjunto” austriaca o el “modelo español”. Tan pronto como una Constitución se hace realidad y continúa su desarrollo sobre los “rieles” del tipo del Estado constitucional, no puede haber sino procesos constituyentes evolutivos, precisamente porque una teoría de la Constitución de cuño culturalista elabora, más allá de los textos positivos, contenidos y procedimientos que abren la vía hacia una nueva *Constitución ejemplar* concreta. La teoría de la Constitución fracasa tan pronto como se producen revoluciones (culturales) que se apartan y se vuelven contra el Estado constitucional (bajo el signo del pensamiento del Estado totalitario, de derecha o de izquierda). El “gran salto” hacia atrás (mejor dicho: hacia adelante), hacia el tipo del “Estado constitucional”, puede realizarse solamente a través de la argumentación arriba desarrollada, esto es, renuncia excepcional a elecciones previas para una asamblea nacional, pero elecciones o referéndum posteriores indispensables, porque el nuevo estadio se encuentra

más “próximo” al tipo del Estado constitucional que el anterior (ejemplos: la LF de Alemania de 1949 y la Constitución turca de 1982).²⁶²

La tesis sobre el pueblo como “sujeto único” en los procedimientos materialmente preelaborados y normativos preestructurados de su poder constituyente no es contrariada por la sustitución de la tradicional “unidad de la voluntad popular” por el actual pluralismo del pueblo.²⁶³ El derecho del pueblo, típico del Estado constitucional, a ser único sujeto o “titular” del poder constituyente, no hace incorrecta la idea de que el pueblo es una magnitud pluralista. En el Estado constitucional moderno contribuyen una diversidad de “factores” o “participantes” pluralistas en el consenso básico sobre el cual se “construye”, en última instancia, la Constitución. Ya sea que se hable de un *pluralismo “de los” constituyentes*, de un compromiso o entendimiento de todos con todos: hoy en día “el pueblo” se encuentra “presente” y actúa a través de estos procesos y de estos participantes. El renacimiento de la idea de la Constitución pactada corresponde mejor al pluralismo de los contenidos y los participantes en el proceso constituyente que la *ideología* de la (ilimitada) *voluntad “del” constituyente*, el cual “se da” la Constitución. En todo caso, esta idea no significa un “retroceso” a las épocas del dualismo alemán entre príncipe y estamentos, así como tampoco un falso camino hacia el “Estado estamental”, sin importar cuántos textos constitucionales se encuentren todavía impregnados por la ideología “del” constituyente.

Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, se deducen también respuestas para la quinta cuestión del catálogo de problemas arriba citado, en relación con los posibles límites, escritos o no escritos, derivados del tipo del Estado constitucional o de cultura, al poder constituyente del pueblo. Tales consecuencias se deducen de que el “proceso constituyente” tiene que referirse a la Constitución de un ejemplo concreto respecto del tipo, más abstracto, del “Estado constitucional”: de otro modo, el término y el concepto de “proceso constituyente” serían engañosos y triviales, un mero acto formal. Por razones que hoy todavía resultan convincentes, el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 (la que se integró a la Constitución

262 En analogía con BVerfGE 4, 157 (169 y s.): “más próximo a la Ley Fundamental”.

263 Al respecto, Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995, pp. 5 y ss., 62.

de 1791 y que todavía está vigente en Francia por obra del preámbulo de la Constitución de 1958) formula y dispone lo siguiente: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la división de poderes no tiene Constitución”. Este es un enunciado válido de derecho constitucional en la Francia actual y, desde el punto de vista de la historia de la cultura, es también un “texto clásico” cultural del tipo del Estado constitucional. Los pueblos cuyo poder constituyente ha podido establecer una Constitución de este tipo se han decidido, cuando menos y de manera inmanente, en favor de este enunciado básico de 1789.

D. Los dos planos: el proceso constituyente en el tipo del Estado constitucional y en un pueblo concreto en el contexto de su individualidad e identidad culturales

Es preciso trabajar siempre en dos planos, que deben distinguirse entre sí (aunque en la evolución histórica influyan mutuamente uno en el otro): en el plano más abstracto del tipo del Estado constitucional, y en el más concreto de un pueblo constituido y que se constituye de manera individual concreta. Así, el principio del Estado federal no es (¿todavía?) parte inmanente de todo “proceso constituyente” del pueblo adecuado al tipo, porque existen grandes Estados constitucionales con tradición, como Inglaterra y Francia, que no son Estados federales, pero que han desarrollado formas previas (¿regiones!), pero también se encuentran algunos Estados constitucionales, como los Estados Unidos y Suiza, en los cuales el principio federativo constituye un principio estructural de toda especie de proceso constituyente o de revisión constitucional total por parte del pueblo, desde que dicho pueblo se encuentra constituido: lo que se presenta jurídicamente (como en Suiza) como “límite” de la revisión total o del proceso constituyente, es, en el fondo, mucho más: una manifestación viva y concreta de la “Constitución como estadio cultural”, la cual no puede ser superada sin revolución ni pérdida cultural. Y en este estadio cultural, ni la nación ni el pueblo se encuentran en estado de naturaleza o de excepción, en el sentido de las doctrinas que van de Sieyès hasta C. Schmitt.²⁶⁴ Algo similar se aplica a la alternativa

²⁶⁴ Cfr. Schmitt, C., *Verfassungslehre* (1928), p. 79: “El poder constituyente es siempre estado de naturaleza, cuando se presenta en esta calidad inalienable”.

entre “monarquía parlamentaria (España) o “república” (Francia, la LF alemana) en la medida en que ambos Estados constitucionales solamente pueden ser monarquías o repúblicas constitucionales, de conformidad con su actual etapa de desarrollo cultural y constitucional.

E. *La normativización y constitucionalización del poder constituyente del pueblo*

La teoría y la práctica de la normativización y la constitucionalización, aquí propugnadas, del poder constituyente del pueblo²⁶⁵ sobre la hoja de los artículos de reconocimiento que lo “rodean” como contexto en materia de valores fundamentales y sus “textos clásicos” de 1789 y 1776-1787, así como los textos suizos sobre las máximas procesales para la “revisión total”, no pueden ser descalificadas con el argumento de que se trata sólo de una “autoobligación” (frente al trasfondo de un “poder ilimitado por principio”) del respectivo constituyente concreto y no de la normalidad y la normatividad de un principio constitucional inmanente al tipo del Estado constitucional. Sólo desde la perspectiva externa y formal “se” obligan “a sí mismos” el constituyente o el pueblo (pluralista): en el fondo, y desde la óptica de la historia cultural, vota a favor de contenidos y procedimientos que están dados e impuestos de manera bastante más “objetiva” de lo que quiere reconocer un decisionismo ahistórico.²⁶⁶ La vinculación a un determinado estadio de desarrollo cultural crea “realidades” e “idealidades” para las que no resulta adecuada la teoría de la mera “autoobligación” subjetiva y la “autolimitación” voluntarista. La “internalización” intensiva de determinados valores fundamentales como los “derechos humanos”, la “paz”, etcétera, que se revela en los elementos textuales de los preámbulos como el “propósito”, la “conciencia”, “animados por la voluntad”, se convierte en algo objetivo, en determinantes culturales.

265 Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre*, 1975, ofrece un impresionante esbozo del Estado constitucional democrático. Sin embargo, en última instancia elimina la soberanía popular y el poder constituyente del pueblo mediante las siguientes frases (p. 226): “La soberanía popular aparece al principio o al final del Estado constitucional, cuando es constituido o cuando es suprimido”. “La soberanía democrática descansa, mientras subsiste el Estado constitucional”.

266 Véase también Stern, K., *Staatsrecht...*, cit., p. 149: “Un elemento básico de esta idea (es decir, del proceso constituyente europeo-atlántico) posee una objetividad que se puede fundamentar racional e históricamente: derechos humanos, orden fundamental de libertad y democracia, Estado de derecho”.

2. Consideraciones de política constitucional

Las reflexiones teóricas esbozadas hasta el momento, y los análisis comparativos de los textos constitucionales, así como de la práctica del poder constituyente del pueblo, que les acompañan, quedarían a medias si no desembocaran en consecuencias de política constitucional, ya que la teoría de la Constitución no excluye, sino que, en un “último paso”, incluye la dimensión de la política constitucional. La ciencia puede y debe ofrecer a los futuros constituyentes apoyos prácticos en la elaboración de sus textos, y donde sea posible, también en el sentido de alternativas, como las que se han hecho habituales, como “variantes”, en los proyectos de revisión total en Suiza.²⁶⁷

Frente a este trasfondo se recomienda lo siguiente:

A) Los constituyentes nacionales (o a nivel de entidades federativas, provincias o cantones) deberían abordar como tal la competencia constituyente del pueblo, tanto en los preámbulos como en los artículos finales:²⁶⁸ dando, en cierto modo, un “marco” a su obra constitucional. Al hacerlo, debe describirse el proceso histórico-cultural constituyente, en el sentido del postulado de la verdad y claridad del texto constitucional, como se haya producido en la realidad, incluso cuando “instancias en realidad no competentes”, como las “fuerzas armadas” y las “potencias de ocupación” (así, en Portugal en 1976, en Turquía en 1982 o en Alemania Occidental en 1949), hayan intervenido y se hayan apropiado de un pedazo de la competencia que reside exclusivamente en el pueblo.

B) El poder constituyente del pueblo, de conformidad con el tipo del “Estado constitucional”, debería enriquecerse en el texto constitucional desde dos ángulos: por una parte, desde el lado sustantivo de los valores fundamentales (ejemplo de ello son las Constituciones de los *Länder* alemanes a partir de 1945, pero también las Constituciones de Portugal

²⁶⁷ Cfr. las “variantes” en el Proyecto de revisión total de la Constitución federal (1977), así como para las Constituciones cantonales de Solothurn (1985) y Glarus (1977), reproducidos en *JöR*, vol. 24, 1985, pp. 536 y ss., 497 y ss., 480 y ss., respectivamente.

²⁶⁸ Así se dice en el preámbulo de la Constitución francesa de 1946: “*le peuple français proclame à nouveau... Il réaffirme solennellement les droits et les libertés*”; al final, en el artículo 106: “*La présente Constitution, délibérée et adoptée par l'Assemblée nationale constituante, approuvée par le peuple français...*”. Se cita según Godechot, J. (ed.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, 1979, pp. 389, 410.

de 1976 y España de 1978), es decir, a través de “artículos de reconocimiento” o de “conciencia” o mediante elementos de los preámbulos; por la otra, desde el lado procesal (ejemplos de ello son las disposiciones suizas, austriacas y españolas sobre la “revisión total” o “general”).

C) También son recomendables los apartados propios sobre la revisión total o general de la Constitución (en lo posible, en “tres tiempos” procesales: iniciativa del pueblo, votación en los parlamentos y promulgación por el pueblo; el pueblo debería tener “después”, ya sea a través de elecciones o de un referéndum, la palabra final). Desde el punto de vista de la redacción, pueden ubicarse junto con las disposiciones relativas a la revisión total y la reforma constitucional bajo el “techo” de uno y el mismo apartado (hay ejemplos en Suiza a nivel federal y cantonal). Con ello se da a entender textualmente que la “revisión total” es plenamente un proceso posible y normal (del proceso constituyente) junto con la mera revisión parcial o la “modificación constitucional”. De este modo también se manifiesta que el poder constituyente del pueblo tendencialmente se ha normalizado, normativizado y constitucionalizado en el tipo del Estado constitucional en la etapa evolutiva actual.²⁶⁹

D) No es necesario suprimir ni despedirse del concepto de “proceso constituyente” o de poder o competencia constituyentes del pueblo en los textos constitucionales ni en la teoría, tan sugestivo es el efecto de los textos clásicos de 1776-1778 y 1789-1791-1792 que lo soportan culturalmente hasta la actualidad. Sin embargo, tendría que imponerse el reconocimiento de que el “proceso constituyente por el pueblo” y la “revisión total” o “general” por el pueblo en el tipo del “Estado constitucional” son idénticos entre sí. Las Constituciones que hablan de “proceso constituyente” en los preámbulos o en los artículos finales, deberían ser consecuentes terminológicamente e intitular a un posible apartado sobre la “revisión general” también textualmente como “proceso constituyente”. Para poner en claro que en la aproximación, típica del Estado constitucional, entre modificación de la Constitución (revisión parcial) y “proceso constituyente” (revisión total), es recomendable reunir ambos tipos de “reforma constitucional” en lo sistemático bajo un solo “techo” o apartado.

²⁶⁹ Cfr. también el artículo 196 de la Constitución de Costa Rica: “La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto”.

3. *El proceso constituyente como proceso pluralista, normación de lo “políticamente significativo”*

Finalmente, el enfoque jurídico tradicional tampoco es suficiente en el campo del proceso constituyente, ya que aquí no hay todavía un texto positivo “vigente”. Solamente un enfoque más amplio y profundo, de tipo cultural, es capaz de tematizar y conceptualizar determinados movimientos, sus “promotores” y actores. Los procesos constituyentes recientes de Portugal (1976), Grecia (1975) y España (1978), pero también en Canadá (1981), así como la discusión suiza alrededor de la “revisión total” de la Constitución federal (Proyecto de 1977, reintroducido posteriormente en 1995) no pueden describirse y explicarse únicamente en términos económicos y políticos, es decir, sin tomar en cuenta el trasfondo cultural.

Antes de la elaboración textual, existen “en la plaza” una pluralidad de elementos diversos de construcción para la nueva Constitución. Los textos de los clásicos, los programas de partidos y asociaciones, los conocimientos de la ciencia, fragmentos de textos constitucionales antiguos, pero también los logros de algunos personajes (por ejemplo, N. Mandela) luchan sustantivamente entre sí. Las esperanzas y experiencias políticas penetran en los procesos constituyentes tanto como los elementos provenientes de Constituciones extranjeras en cuanto ejemplos del tipo del Estado constitucional. De este modo, los modelos alemanes de Estado federal y de jurisdicción constitucional, pero también de la relación entre Estado e iglesias, así como el catálogo de derechos fundamentales, influyen hoy de manera creciente en algunas nuevas Constituciones de Europa. Los procesos de recepción cultural, como por ejemplo de la garantía del contenido esencial del artículo 19, inciso 2, de la LF, pueden reconocerse no solamente con vistas a la revisión total en Suiza sino incluso hasta África del Sur (anteriormente hasta Bophuthatswana, hoy Sudáfrica). Pero antes de que todo esto “cuaje” en un texto constitucional, hay mucha lucha, mucha toma de partido y mucha defensa de intereses.

Vale la pena echar una mirada a la *normación de lo “políticamente significativo”*:

La primera función de los constituyentes consiste en traducir, de manera formalizada en un texto constitucional, lo que para ellos sea “po-

líticamente significativo” en la dimensión del tiempo, es decir, en el pasado, el presente y el futuro (carácter de la Constitución como *ordenamiento fundamental*). Lo que en la experiencia histórica ha dado resultado hay que unirlo con el “espíritu del tiempo”, en particular, con la realidad, de tal modo que también al respecto se expresen en el texto constitucional esperanzas hacia el futuro, posibilidades de conformarlo, y criterios (objetivos). Lo específico en este sentido es el momento de la *duración* y ello legitima la normación de una idea jurídica, una institución o un procedimiento a nivel constitucional. En otras palabras: un tema debe parecerle suficientemente duradero al constituyente para hacerlo objeto de regulación textual en la nueva Constitución. No cualquier cosa que se encuentre en la evolución social y estatal respectiva merece la distinción de contener un proceso de desarrollo constitucional, sino que debería dar buen resultado esta vinculación entre tradición y apertura hacia el futuro, entre estabilidad y dinámica, entre reproducción de lo existente y orientación prospectiva, entre recepción y producción.

Lo que el constituyente considere como “políticamente significativo” e incorpore en su texto varía en el tiempo y el espacio, de país en país. Pero se plantea la pregunta sobre cuáles criterios debería poner a su disposición la doctrina en funciones de asesoría, a fin de describir temáticamente y traducir jurídicamente, de manera óptima, lo políticamente significativo. Estos criterios deben obtenerse de un panorama empírico de las Constituciones más importantes de la actualidad (*inventario de lo que es típico-real*), complementado por los requerimientos “ideales” que hasta ahora no pertenecen, *de facto*, al contenido típico, pero que merecen ser tomados en cuenta por tantas Constituciones como sea posible (*requisitos del deber ser típico-ideales*). En este sentido, el punto de orientación es la buena Constitución del Estado constitucional. La política constitucional y la doctrina del derecho del Estado deben colaborar, a pesar de lo inevitables que sean los elementos decisionistas, en la decisión sobre lo “políticamente significativo”.

II. MODIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. Preguntas iniciales

La institución clásica para formalizar lo nuevo y darle entrada directa en la Constitución es la modificación constitucional (*Verfassungsende-rung*), es decir, la modificación del texto constitucional, a través de determinados procedimientos y mediante una mayoría casi siempre calificada que amplíe la base del consenso (*cfr.* el artículo 79, inciso 2, de la LF). Todos los Estados constitucionales que poseen un documento constitucional conocen esta posibilidad de ajustarse también textualmente al cambio en el tiempo, aunque en lo particular puedan ser diferentes los supuestos (por ejemplo, la magnitud de la mayoría).

Las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a procesos evolutivos que ya se han producido en los hechos; pero también pueden pretender inducir tales procesos. Deben distinguirse pues la “modificación de adaptación” y la “modificación de creación”. En principio, la duración y la estabilidad parecen hablar en contra de la modificación de la Constitución, pero esta modificación también puede ser útil para la duración y estabilidad de una comunidad, cuando son “oportunas”. Que esto sea así, sólo puede decirse en el caso particular y en ámbitos específicos.

2. Un catálogo de problemas de política constitucional en materia de modificación de la Constitución

La modificación constitucional es el procedimiento institucionalizado para la adaptación de la Constitución al cambio cultural y para la iniciación activa de medidas para dicho cambio. Por razones derivadas del principio del Estado democrático de derecho, dicha modificación sólo es parcialmente sustituible o intercambiable con la “mutación constitucional” (G. Jellinek), es decir, con la modificación del contenido constitucional sin cambio del texto constitucional, por sorprendente que resulte la diferencia entre 43 modificaciones de la LF en sólo 47 años (1949 a 1996), por un lado, y sólo 6 modificaciones de la Constitución bávara en 50 años, de 1946 a 1996, o las 28 enmiendas a la Constitución federal de los Estados Unidos (gracias también a la “*broad interpreta-*

tion”) desde 1787. En su idea, la modificación constitucional es expresión de los procesos normales de crecimiento y desarrollo de una Constitución y en algunos casos incluso puede ser necesaria a favor de la idea de Constitución misma. No es un “accidente de trabajo”, sino que constituye más bien un sector dentro del tema más amplio de “tiempo y cultura constitucional” y “el Estado constitucional desde la perspectiva de la evolución histórica”.

En lo que sigue se señalarán tipológicamente los ámbitos problemáticos que el constituyente de la actualidad tiene que tomar en cuenta al normativizar los procesos de modificación de la Constitución, y los que de hecho sigue, de acuerdo con la observación de muchos años, de la práctica comparada en el tiempo y el espacio. En este sentido, llama la atención que la problemática de la modificación constitucional se caracterice por numerosas variantes y diferenciaciones progresivas (sobre todo en dirección hacia criterios materiales, pero también temporales). En la medida en que la teoría de la Constitución sea también una teoría de la “buena” Constitución y que pueda, e incluso deba, incorporar de entrada y de manera consecutiva las cuestiones de la política constitucional en su horizonte de análisis, es posible distinguir los siguientes ámbitos problemáticos:

A) La cuestión de quién es “sujeto” de la competencia o la función modificatoria de la Constitución. Por ejemplo, solamente los cuerpos parlamentarios, como en la LF (artículo 79) o también (adicionalmente) el pueblo (*cf.* el artículo 75, inciso 2, frase 2, de la Constitución de Baviera; el artículo 46, inciso 2, de la Constitución de Irlanda; el artículo 51, inciso 2, de la Constitución de la República de Guinea de 1991, así como las Constituciones suizas, tanto a nivel federal como cantonal; *cf.* el artículo 135 de la Constitución del Cantón del Jura de 1977; véase además el referéndum requerido por el artículo 168, inciso 3, de la Constitución española, así como el artículo 152 de la Constitución de Azerbaiyán de 1995). El artículo 138 de la Constitución de Italia (1947/93) contiene disposiciones particulares para la intervención del pueblo; el artículo 89, incisos 2 y 3, de la Constitución de Francia de 1958/96 prevé alternativas.

B) La cuestión de la naturaleza y el alcance de los obstáculos procesales a las modificaciones constitucionales (por ejemplo, mayoría de dos tercios en el Parlamento y el Consejo Federales de Alemania, con-

forme al artículo 79, inciso 2, de la LF), llamando la atención las disposiciones en cuyo marco son posibles mayorías especiales adicionales, con consecuencias particulares (disolución de las cámaras) respecto de modificaciones constitucionales especiales desde el punto de vista de su contenido (así el artículo 168, inciso 1, de la Constitución española de 1978/92).²⁷⁰

C) La cuestión de si existen disposiciones formales adicionales, por ejemplo, el mandato de modificación expresa del texto de la Constitución, como lo establece el artículo 79, inciso 1, frase 1, de la LF, esto es, la documentación y visibilidad de la modificación constitucional,²⁷¹ un principio que es manifestación del carácter público formalizado de la Constitución. La carencia de una disposición como la del artículo 79, inciso 1, frase 1, de la LF, ha provocado por ejemplo que la Constitución federal de Austria se haya deformado hasta la “ruina”.²⁷²

D) La cuestión de otros límites (v. gr., de carácter temporal) impuestos al procedimiento. Así, el artículo 110, inciso 6, de la Constitución de Grecia de 1975 regula la prohibición de toda modificación constitucional “antes del transcurso de un periodo de cinco años a partir de la conclusión de la precedente revisión”, lo que es manifestación de la idea de la Constitución como orden *fundamental*. Un límite temporal análogo se encuentra en el artículo 284, inciso 1, de la Constitución de Portugal. Así, el 88 de la Constitución de Dinamarca (1953) exige, en su caso, una nueva elección del *Folketing*, cuando éste haya llevado a cabo previamente una nueva votación constitucional. También el capítulo 8, 15 de la Constitución de Suecia (1975-1980) exige una segunda resolución que confirme las modificaciones de la Ley Fundamental, lo cual solamente puede realizarse cuando previamente se hayan llevado a cabo elecciones al Parlamento “en todo el reino”. El artículo 114, inciso 2, de la Constitución de Luxemburgo (1868-1996) declara disuelta *de jure* la

²⁷⁰ Cfr. también el 79, inciso 1, frase 1, de la Constitución de Islandia (1944/68). En un sistema presidencial puede ser también conveniente prever límites especiales en materia de reelección o prolongación del mandato del presidente en funciones (así, en el artículo 129, inciso 2, de la Constitución de Corea del Sur de 1980, citada en *JöR*, vol. 35, 1986, pp. 604 y ss.).

²⁷¹ Véase al respecto Stern, K., *Das Staatsrecht...*, cit., vol. I, 2a. ed., 1984, p. 159.

²⁷² Véase al respecto Österreichische Parlamentarische Gesellschaft (ed.), *75 Jahre Bundesverfassung*, 1995, *passim*, por ejemplo, pp. 12 y s., 160. 195 y ss. Véase también la prohibición del “quebrantamiento de la Constitución” (“*Verfassungsdurchbrechung*”) en el artículo 64, inciso 4, de la Constitución de Baden-Württemberg de 1953.

Cámara cuando ésta se haya pronunciado previamente a favor de una modificación constitucional.

E) Límites de la modificación constitucional mediante “cláusulas de eternidad” (como las que contienen, recientemente, el artículo 56, inciso 3, de la Constitución de Mecklemburgo-Antepomerania de 1993, el artículo 78, inciso 3, de la Constitución de Sajonia-Anhalt de 1993, el artículo 83, inciso 3, de la Constitución de Turingia de 1993).

F) La cuestión de si en determinadas épocas, como en tiempos de guerra o situaciones de emergencia, no están permitidas las modificaciones constitucionales (*cf.* el artículo 289 de la Constitución de Portugal, el artículo 169 de la Constitución española; véase también el artículo 115e, inciso 1, frase 1, de la LF; el artículo 196 de la Constitución de Bélgica de 1994; el artículo 148, inciso 3, de la Constitución de Rusia de 1993). La contestación afirmativa de esta cuestión debería convertirse, en mi opinión, en elemento independiente de toda reflexión sobre las modificaciones constitucionales, y donde no esté regulada expresamente, deberá fundamentarse de manera no escrita (“inmanente”) mediante la interpretación constitucional (comparada).

G) Desde el punto de vista de la política constitucional se plantea la cuestión de la “ubicación” de la regulación de la modificación constitucional por el constituyente: por ejemplo, solamente en las disposiciones finales o transitorias, como en el § 95 de la Constitución de Finlandia (1991-1995), en el artículo 152, incisos 1 y 2, de la Constitución de la República Eslovaca de 1992; véase también el artículo 116 de la Constitución de Turkmenistán de 1992, así como la Parte séptima de la Constitución de Turquía de 1982 (artículo 175), o por el contrario, en el apartado de las “disposiciones de bases” (así, en el artículo 9o. de la Constitución de la República Checa de 1992), en el apartado sobre la legislación federal, como en Austria (artículo 44 de la Constitución federal de 1920-1994) o en apartados propios (como el artículo 110 de la Constitución de Grecia de 1975; el artículo 46 de la Constitución de Irlanda de 1937-1992), o la “legislación” (como en Brandemburgo, según el artículo 79 de la Constitución de 1992, o el artículo 74 de la Constitución de Sudáfrica de 1996), o en el contexto del proceso constituyente como procedimiento más fuerte, pero próximo (así, en el capítulo IX de la Constitución de Bulgaria de 1991; *cf.* especialmente el artículo 158). Las transiciones entre (varias) revisiones parciales y (una) revisión total

(proceso constituyente) pueden ser fluidas. El artículo 44 de la Constitución federal austriaca distingue entre modificación de conjunto y modificación parcial.²⁷³ Hay bastantes elementos que hablan a favor de que ambos procedimientos se regulen en un solo apartado conjunto (así, el capítulo XIII de la Constitución de Nicaragua de 1986²⁷⁴ y el título X de la Constitución de Venezuela de 1961).

Particularmente lograda parece ser la vinculación de la revisión de la Constitución con un apartado sobre “vigilancia de la constitucionalidad” (en una parte común: “Garantía de la Constitución y revisión”: así, en los artículos 277 a 289 de la Constitución de Portugal de 1976-1992), porque de este modo se pone de manifiesto que se toma en serio a la Constitución, que su garantía se puede manifestar también en una (prudente) revisión. El término “defensa de la Constitución”, tal como aparece en la Constitución de Renania-Palatinado de 1947-1993, no es entonces un eufemismo, pues así se indican claramente determinados obstáculos procesales y materiales.

En general, no es recomendable regular la modificación de la Constitución “sólo” en las disposiciones transitorias, por importantes que éstas puedan ser (al respecto, véase capítulo sexto, VIII, 15, *infra*). También hay que discutir si es preciso escoger el concepto de “reforma constitucional” que recientemente se utiliza (así, el artículo 138 de la Constitución de los Países Bajos de 1983; similarmente los artículos 191 a 195 de la Constitución de Nicaragua de 1986); o bien, si hay que prevenirse de utilizar la distinción entre “modificación” y “adición” de la Constitución (así, empero, la Constitución de Azerbaiyán de 1995: artículos 162 y ss., 156 y ss.).

²⁷³ De la bibliografía véase al respecto: Huber, H., “Die Gesamtänderung der Verfassung”, *FS Scheuner*, 1973, pp. 183 y ss.

²⁷⁴ De manera similar ya el título XVII de la Constitución de Costa Rica de 1949, con normas desusadamente detalladas en el artículo 195 y la “reforma general de la Constitución”, que presupone una asamblea constituyente (artículo 196). También los artículos 373 y ss. de la Constitución de Honduras de 1982 hablan de la “reforma de la Constitución”. Igualmente el título XIII de la Constitución de Colombia de 1991.

3. *Los límites a la modificación de la Constitución: las cláusulas de eternidad como garantías de la identidad del Estado constitucional*

En lo que sigue es posible solamente bosquejar una teoría en materia de “cláusulas de eternidad”: en el sentido de una propuesta teórica, referida al Estado constitucional como tipo. Así como varían ampliamente las cláusulas de eternidad que pueden identificarse en el derecho positivo, tanto en la historia como en el presente, así de evidente es también que muchas Constituciones quieren y pueden arreglárselas sin tales cláusulas (por ejemplo: ¡Suiza en la actualidad!): en la medida en que se logre decir algo “típico” en relación con los diversos “temas”, principios y procedimientos del Estado constitucional, debe ser posible también elaborar algo de “principio” sobre un “elemento” muy tradicional y no infrecuente de tal Estado constitucional, la cláusula de eternidad, y a saber, en el foro de una teoría constitucional (comparada). Ciertamente, la diversidad en el cuadro de presentación de las “cláusulas de eternidad”, que en lo particular son muy diversas, hace difícil decir algo general y, al mismo tiempo, hacer justicia a la individualidad de los Estados constitucionales particulares. Así, existe el peligro de que la teoría de la Constitución se haga tan abstracta en sus métodos y contenidos, que en última instancia permanezca como formal. Sin embargo, con ello se le haría un flaco servicio, especialmente en la época actual, en la que el tipo del “Estado constitucional” se ve desafiado a escala mundial y, por ejemplo, los derechos humanos, en cuanto elemento clásico y vivo del tipo del Estado constitucional, se han convertido, al menos verbalmente, en una prueba universal de legitimidad. La teoría de la Constitución debe más bien intentar desarrollar métodos y contenidos que, no obstante la lucha por el tipo del “Estado constitucional”, dejen margen de configuración para lo “histórico-individual” de los diversos ejemplos de este tipo: el concepto de “cultura constitucional” y el método de la teoría constitucional como ciencia cultural pueden llenar de manera positiva este margen.

La perspectiva teórico-constitucional sobre las cláusulas de eternidad aquí esbozada da por sentados numerosos resultados de la discusión científica hasta la actualidad, sin examinarlos en lo particular. Lo que hay que enfatizar más de lo que lo hace la doctrina tradicional es la tarea

de la integración del material normativo, ejemplar y textual, de las cláusulas de eternidad que pueden indentificarse hasta ahora en la historia y en el presente. Estos textos son “teóricamente” mucho más fructíferos para la clasificación científica y la configuración político-constitucional de las cláusulas de eternidad de lo que hasta ahora se ha “hecho” de ellas. Sin embargo, no se desconoce que estas cláusulas son, por su parte y en alguna medida, el resultado de discusiones científicas precedentes y altamente productivas.²⁷⁵

Las siguientes consideraciones constituyen criterios de solución de la cuestión teórico-constitucional de la noción de “cláusulas de eternidad” en este sentido:

- Las cláusulas de eternidad son parte integrante inmanente, escrita o incluso no escrita, de las Constituciones del Estado constitucional, en la medida en que sean interpretadas desde un enfoque material.²⁷⁶
- Tales cláusulas son de naturaleza declarativa, en la medida en que definan, total o parcialmente, elementos de la “sustancia” de estas Constituciones.
- Esta sustancia de las Constituciones comprende, tipológicamente hablando, los siguientes contenidos: los derechos fundamentales, con la dignidad humana en su vértice, porque ésta constituye la base antropológica; la democracia y la división de poderes.²⁷⁷ La cláusula republicana (entendida sólo formalmente como “no monarquía”) ya no es, considerada a partir del tipo del Estado constitucional, una “características esencial” necesaria (ejemplos: ¡Suecia, Noruega, Dinamarca!); lo mismo puede decirse de la estructura federativa (ejemplo: ¡el Estado unitario francés!). Esto no impide que dentro del margen que deja abierto el tipo del Estado constitucional para ejemplos particulares de este Estado, se convierta la cláusula republicana (Francia) y la fórmula federativa (Suiza), con base en la cultura constitucional particular, en “elemento sus-

275 Ejemplos de ello son la distinción francesa entre contenidos constitucionales básicos y de otro tipo, las ideas de Schmitt, C., *Verfassungslehre* (1928) (hay trad: *Teoría de la Constitución*) y su influencia en las Constituciones de los *Länder* alemanes después de 1945 y en la LF de 1949.

276 Sobre este enfoque véase, sobre todo, Ehmke, H., *op. cit.*, pp. 99 y s., 136 y ss.

277 *Cfr.* Hesse, K., *op. cit.*, p. 293. *Cfr.* también el artículo 17 de la Constitución de Gabón de 1994.

- tancial” individual de una cláusula de eternidad escrita o no escrita, o interpretarla como tal (por la doctrina o incluso pretorianamente).
- Las cláusulas de eternidad deben desentrañarse en el sentido de un pensamiento positivo, de “contenido esencial” o de identidad²⁷⁸ y solamente a partir de este marco también en el sentido del “pensamiento en términos de limitaciones” (“*Schrankendenken*”). En la medida en que se encuentren normadas por el derecho positivo, no ofrecen *per se* indicios exhaustivos de lo que es “esencial” en una Constitución concreta, y esta “sustancia”, que es históricamente variable, se aprehende mediante una interpretación integral.
 - Esta noción de las cláusulas escritas y no escritas de eternidad vive de un panorama de las formas típicas en que hasta ahora se han presentado tales cláusulas en los textos constitucionales y de aquello que ha elaborado la doctrina: en especial, deben verse en conjunto las cláusulas clásicas “en el espíritu de esta Constitución”, según el modelo noruego (1814) y la “cláusula fundamental” emparentada con aquélla (por ejemplo, el artículo 75, inciso 1, frase 2, de la Constitución de Baviera de 1946), así como el “pensamiento sustancial” de un C. Schmitt, junto con los contenidos típicos que el Estado constitucional ha producido paulatinamente en las diversas naciones en los distintos “empujones de crecimiento”.
 - Contenidos típicos del “Estado constitucional común” constituyen en particular: la dignidad humana y los derechos humanos; el principio democrático, la división de poderes (*cfr.* el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789), el Estado social de derecho. Este “panorama” significa prácticamente que los Estados constitucionales que cuentan con cláusulas simples y no especificadas sobre el “espíritu”, los “principios” o las “ideas fundamentales” de su Constitución, pueden y deben ser enriquecidos en cuanto a su contenido con los “elementos indispensables de una (!) Constitución democrática” (en el afortunado giro lingüístico del artículo 92, inciso 3, de la Constitución de Baden de 1947), tal como se encuentran, de manera ejemplar pero no exhaustiva, en otras Constituciones. A la inversa, los ejemplos expresos en tales Constituciones ofrecen indicios de lo que consideran una ilustración del tipo del

278 Sobre la “identidad” de la Constitución como límite para su modificación, véase Bryde, B.-O., *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 232 y s., 236.

Estado constitucional, como parte de su “identidad”. Esto no tiene que ser exhaustivo, puesto que el “espíritu” de una Constitución es intangible *per se* para el legislador constitucional; siempre habrá que examinar si la Constitución concreta, en correspondencia precisamente con su “espíritu” particular, a su individualidad histórica concreta, hay que agregar elementos adicionales (como el Estado federal en la RFA o el “pacifismo” en Japón) como parte de su “sustancia”. Nuevamente se demuestra qué tanto puede lograr la interpretación, cuando se trata de la comprensión “general” y “especial” de las cláusulas de eternidad.

Así visto, el desentrañamiento de las cláusulas de eternidad, escritas y no escritas, constituye una prueba de rendimiento y un “*hic Rhodus hic salta*” de la teoría de la Constitución, tanto en su pretensión de circunscribir un tipo, como también en su función de hacer justicia a la individualidad respectiva de un Estado constitucional concreto.

Este enfoque muestra la proximidad específica de las cláusulas de eternidad, escritas y no escritas, con lo que está contenido en los preámbulos, los que en múltiples ocasiones esbozan, como una especie de “Constitución de la Constitución”, los principios sustantivos de la misma. Y no es accidente, sino una demostración jurídico-positiva de esta idea, que algunas cláusulas de eternidad positivas incluyan, en todo o en parte, a los preámbulos.²⁷⁹ En otras palabras: al lograr el desentrañamiento interpretativo de las cláusulas de eternidad escritas y no escritas, deben tomarse en cuenta, integralmente, los posibles contenidos del preámbulo de la Constitución concreta y los contenidos esenciales típicos de los preámbulos de las Constituciones del Estado constitucional.

²⁷⁹ Así probablemente el artículo 176, inciso 1, en relación con el artículo 4o., de la Constitución de Turquía (1982); de manera clara, el artículo 129 de la Constitución de Renania-Palatinado (1947).

III. LA “SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN”

1. *Tesis básica, estado de la cuestión*

A. *El planteamiento de la teoría de la interpretación constitucional hasta el momento*

Hasta ahora, la teoría de la interpretación constitucional se ha planteado, en lo esencial, dos cuestiones:

- La cuestión de las funciones y los objetivos de la interpretación constitucional, y
- La cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas de interpretación).

En cambio, se ha descuidado el problema de la ubicación sistemática en que se encuentra la tercera (y nueva) cuestión de los participantes en la interpretación constitucional, pregunta provocada por la práctica: un diagnóstico da por resultado un círculo muy amplio, pluralista, incluso difuso, de participantes; éste es motivo suficiente para que la teoría tematice de manera explícita y central esta cuestión, sobre todo desde la perspectiva de la teoría de la ciencia y de la democracia. La teoría de la interpretación constitucional estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, y su ángulo de visión se estrechaba todavía más, porque observaba primordialmente la interpretación por el juez constitucional y el procedimiento formalizado.

Si una teoría de la interpretación constitucional pretende tomar en serio el tema “Constitución y realidad constitucional” (piénsese aquí en la exigencia de la inclusión de las ciencias sociales en las ya conocidas teorías jurídicas funcionalistas,²⁸⁰ así como en los métodos más recientes de la interpretación referida al espacio público y al bien común) entonces hay que plantear de manera más decidida la cuestión de quién configura la realidad constitucional.

280 Al respecto Ehmke, H., *VVDStRL*, vol. 20, 1963, pp. 53 (73 y s.); Hesse, K., *Grundzüge*, cit., pp. 31 y ss.

B. *Nuevo planteamiento y tesis*

En este sentido se plantea ahora la cuestión de los participantes, es decir, la cuestión de quiénes intervienen en la interpretación de la Constitución bajo la siguiente fórmula clave: de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales hacia la interpretación *por y para* la sociedad abierta.

La tesis es la siguiente: en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución! Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menos *realiter*, un asunto de una “sociedad cerrada”: la de los intérpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad.

C. *Explicación de la tesis, concepto de interpretación*

El concepto de interpretación aquí utilizado requiere una explicación. Dicho concepto dice: quien “vive” la norma, también la interpreta. Toda actualización de la Constitución (por cualquiera) es, cuando menos, un pedazo de interpretación constitucional anticipada. Tradicionalmente se entiende por “interpretación” una actividad que está encaminada, consciente e intencionalmente, a la comprensión y explicación de una norma (un texto). La utilización de un concepto de interpretación así definido también tiene sentido, ya que la cuestión del método, por ejemplo, solamente puede plantearse ahí donde se interpreta de manera consciente. Sin embargo, un examen realista del surgimiento de la interpretación constitucional puede requerir un concepto de interpretación más amplio, para el cual los ciudadanos y los grupos, los órganos del Estado y la opinión pública (*Öffentlichkeit*), son “fuerzas productivas de la interpretación”, es decir, intérpretes de la Constitución en sentido amplio. Estos intérpretes actúan al menos como “intérpretes previos” (“*Vorinterpretieren*”); la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional

como intérprete de “última instancia” (a reserva de la fuerza normativa de los votos de minoría). Si se quiere, se trata de la democratización de la interpretación constitucional, en la medida en que la teoría de la interpretación tenga que obtener respaldo en la teoría democrática y viceversa. No hay interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos citados.

Todo el que vive en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma es intérprete de la misma de manera indirecta, e incluso directa. El destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta. Puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios.

D. *La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*

Esta relevancia del concepto de sí mismos de los individuos y los grupos, así como de su correspondiente actuación, pero también el de los órganos estatales, es una destacada y fructífera forma de la vinculación de la interpretación constitucional en sentido amplio y en sentido estricto. La concepción de sí mismo (*Selbstverständnis*) se convierte así en un “elemento material iusfundamental”.²⁸¹ Aquí pertenece también la función *realiter* cointerpretadora del experto y del perito en los procedimientos legislativo y judicial. Esta colaboración de los intérpretes en sentido amplio y en sentido estricto no sólo se realiza donde ésta ya se encuentra institucionalizada, como en la inclusión de los representantes de trabajadores y empresarios en los tribunales laborales del Estado. “Expertos” e “interesados” provenientes de la sociedad pluralista se convierten en intérpretes del derecho estatal. Esto se pone de evidencia no sólo en el proceso de creación, modernamente también en el ulterior desarrollo en forma pluralista: la teoría de la ciencia, de la democracia y de la interpretación (constitucional) conducen aquí a una mediación específica entre Estado y sociedad.

²⁸¹ Sobre el concepto de concepción de sí mismo o de sí propio véase BVerfGE 83, 341 (356).

2. *Los participantes en la interpretación constitucional*

A. *Cuadro sistemático*

El intento de lograr una presentación sistemática de los participantes en la interpretación constitucional ofrece la siguiente relación provisional:

a) Las funciones estatales:

i) Decisión de última instancia: el Tribunal Constitucional Federal alemán (claro está que “relativizada” y, por lo tanto, “abierta” por el voto minoritario).

ii) Sujetos llamados por la LF a producir decisiones obligatorias, pero revisables: la jurisdicción, el legislador (en medida variable, según la materia:) el ejecutivo, sobre todo en la formulación (previa) de los intereses públicos.

b) Los participantes, no necesariamente de carácter estatal, en los procedimientos de las decisiones a que se refieren los incisos a) i) y ii) es decir:

i) Peticionario y contraparte, recurrente (por ejemplo, en el recurso constitucional), demandante y demandado, que fundamentan su instancia y obligan al tribunal a adoptar una posición (“diálogo jurídico”).

ii) Otros participantes en el procedimiento, legitimados para pronunciarse o adherirse conforme a la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGG: por ejemplo, §§ 77, 85, inciso 2, 94, incisos 1 a 4, así como los §§ 65, 82, inciso 2, § 83, inciso 2, §§ 88, 94, inciso 5) o que son “convocados” por el Tribunal (por ejemplo, § 82, inciso 4, de la Ley citada).

iii) Dictaminadores (por ejemplo, de las comisiones parlamentarias; § 73 del Reglamento Interior del Parlamento Federal alemán).

iv) Expertos y representantes de intereses en las audiencias (§ 73, inciso 3, del Reglamento Interior del Parlamento Federal alemán, § 40, inciso 3, del Reglamento Interior del Consejo Federal alemán), peritos judiciales, asociaciones (Anexo 1a del Reglamento Interior del Parlamento Federal alemán: registro de asociaciones y de sus representantes), partidos po-

líticos (sus fracciones): participan también, especialmente a través del “brazo largo” de la designación de los jueces.

v) Cabilderos, “delegaciones” (§ 10 del Reglamento Interior del Gobierno Federal alemán).

vi) Participantes en procedimientos administrativos, configurados de modo participativo.

c) El espacio público democrático-pluralista, el proceso político como “*gran excitador*”: medios de comunicación (prensa, radio, televisión), que no participan en procedimientos en sentido estricto, por un lado el periodismo profesional, expectativas y cartas de los lectores, por el otro lado, iniciativas ciudadanas (*Bürgerinitiativen*), asociaciones, partidos políticos fuera de su participación orgánica (*cfr.* 2 d), iglesias, teatros, casas editoriales, instituciones de extensión cultural (*Volkshochschulen*), pedagogos, asociaciones de padres de familia.

d) La teoría del derecho constitucional (la que debe incorporarse entre los apartados a), b) y c), de un modo todavía por aclararse); esta teoría ocupa un lugar especial, porque tematiza la participación de las demás fuerzas, y ella misma participa también en los diversos planos.

B. *Explicación del cuadro sistemático*

En este panorama queda de manifiesto que la interpretación constitucional no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política. El ciudadano que interpone un recurso constitucional es tan intérprete de la Constitución como el partido político que plantea una acción orgánica (*Organklage*)²⁸² o contra el cual se inicia un procedimiento de prohibición (*Parteiverbotsverfahren*). Hasta ahora ha dominado un estrechamiento demasiado fuerte de la interpretación constitucional en los órganos estatales o en los participantes procesales inmediatos, una fijación en el “*oficio*” de la interpretación constitucional, en la colaboración de las funciones del Estado, por importantes que éstas sean. Sin embargo, la interpretación es un “negocio”

²⁸² En el sentido de BVerfGE 4, 27 (30); 20, 56 (113 y s.); 73, 40 (65 y ss.), jurisprudencia constante.

que interesa potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etcétera, pueden ser denominados intérpretes “mediatos” o a largo plazo, de la Constitución. La configuración de la realidad de la Constitución se convierte en un pedazo de la interpretación de las “respectivas” normas constitucionales.

El multicitado “proceso político”, el cual es mencionado *sub specie* su libertad frente a la interpretación constitucional, es, *de constitutione lata* y *de facto*, mucho más un pedazo de interpretación constitucional de lo que comúnmente se piensa (la “política como interpretación constitucional”). Este proceso no se encuentra excluido por la Constitución, sino que constituye uno de sus ámbitos vitales y funcionales más esenciales, es el “corazón”, en el sentido auténtico del término, comparable a una bomba. Aquí se producen movimientos, innovaciones, cambios, pero también “confirmaciones”, que son más que un mero “material objetivo” para la interpretación constitucional (futura); son un pedazo de interpretación de la Constitución, porque en su marco se crea una realidad pública y en ocasiones se modifica inadvertidamente. La libertad creadora de que goza el legislador “en cuanto” intérprete de la Constitución se distingue cualitativamente del margen interpretativo que corresponde al juez constitucional, porque el margen respectivo se delimita técnicamente de modo muy diferente. Empero, esto no significa que también deba haber una considerable diferencia cuantitativa.

El proceso político no es un espacio exento de la Constitución; este proceso formula criterios, inicia procesos que también son constitucionalmente relevantes allá, cuando el juez constitucional dice que es asunto del legislador decidir así o de otro modo en el marco de las alternativas que estén conformes con la Constitución.²⁸³

²⁸³ Sobre la figura argumentativa de la “alternativa” en el proceso de la interpretación: Esser, J., *Vorverständnis*, cit., pp. 65 y s., 132, 151 (con referencia a Popper); de manera más general, BVerfGE 24, 300 (348). Entre las funciones de los partidos políticos se encuentra la de “ofrecer alternativas políticas a todos los ámbitos vitales susceptibles de configuración por parte del Estado”; véase también el caso especial respecto de la “alternativa”: interpretación judicial-proyecto de ley (¿deber de espera?), BVerfGE 34, 269 (291 y s.).

3. *Valoración del inventario*

A. *Posibles objeciones, crítica*

Una objeción podría ser la siguiente: la interpretación constitucional se “disuelve” tanto en una multiplicidad de diversas interpretaciones como de intérpretes, dependiendo de la función que esté actuando. Precisamente una teoría de la Constitución que considere como misión la creación de unidad política y que enfatice el principio de la unidad de la Constitución, tiene que enfrentar esta crítica, aunque no ahí donde “solamente” intente un inventario realista. Las objeciones tienen que ser examinadas en el marco de una valoración diferenciada, la cual debe preguntarse primariamente por la legitimación de los diversos intérpretes de la Constitución.

La cuestión de la legitimación se plantea respecto de todas las fuerzas que no han sido “designadas formal u oficialmente” o en “virtud de su competencia” como intérpretes de la Constitución. Poseen competencia formal a través de la Constitución solamente los órganos (cargos) que están “sujetos” a la Constitución y que deben “hacerla cumplir” en un procedimiento reglado —legitimación a través del procedimiento (constitucional),²⁸⁴ es decir, los órganos del Estado (artículo 20, incisos 2, 3, de la LF: sujeción al orden constitucional, a la ley y al derecho)—. Pero también los diputados (artículo 38, inciso 1, de la LF) están sujetos a la Constitución, en tanto no pretendan modificarla. Asimismo están sujetos a la Constitución los partidos políticos, los grupos y los ciudadanos, aunque en distinta medida y de manera más o menos “directa”; la mayoría de las veces dando un rodeo por el poder estatal sancionador. Aquí parece que una medida más reducida de sujeción corresponde por lo pronto a una medida más reducida de legitimación.

B. *Legitimación proveniente de los criterios de la teoría del derecho, de la norma y de la interpretación*

Sin embargo, la relación de correspondencia entre sujeción (a la Constitución) y legitimación (de la interpretación constitucional) pierde fuerza

²⁸⁴ Tanto el concepto de legitimación como el de procedimiento deben ser entendidos en un sentido más material del que emplea N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

expresiva cuanto más se tomen en cuenta las nuevas ideas de la teoría de la interpretación: la interpretación es un proceso abierto, no una sujeción pasiva, ni la aceptación de una orden,²⁸⁵ sino que conoce posibilidades alternativas. La sujeción se convierte en libertad en la medida en que una concepción más nueva de la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción.

La ampliación del círculo de los intérpretes aquí postulada no es sino consecuencia de la inclusión, propuesta desde todos lados, de la realidad en el proceso de la interpretación, ya que los intérpretes en un sentido amplio constituyen un pedazo de esta realidad pluralista. Tan pronto como se reconoce que la norma no es un dato previo, simple, terminado, se plantea la cuestión de quiénes participan personal y funcionalmente en su “desarrollo”, de las fuerzas activas del “*law in public action*” (personalización y pluralización de la interpretación constitucional).

La sujeción del juez solamente a la ley, y su independencia personal y material, no pueden ocultar el hecho de que los jueces interpretan dentro de la publicidad y la realidad de la Constitución. Sería erróneo considerar las influencias, las expectativas, los “imperativos” sociales, a los que se ven expuestos los jueces sólo bajo el aspecto de los riesgos que corre su independencia. Estas influencias contienen también un pedazo de legitimación e impiden la arbitrariedad en la interpretación judicial. La garantía de la independencia judicial solamente es soportable, porque otras funciones estatales y el espacio público pluralista proveen material “para” la ley.

C. Legitimación proveniente de consideraciones de teoría constitucional

La legitimación básica teórico-constitucional de la participación más o menos intensa de todas las fuerzas pluralistas en el “negocio” de la interpretación constitucional reside en el hecho de que estas fuerzas constituyen un pedazo del espacio público y de la realidad de la Constitución misma, no como “hecho aceptado”, como *factum brutum*, sino en el marco de la Constitución: la inclusión mediata al menos de la *res publica*

²⁸⁵ Véase al respecto sobre todo la discusión de la interpretación iniciada por Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, pero anteriormente ya en *Grundsatz und Norm*, 1956: Ehmke, H., “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *VVDStRL*, vol. 20, 1963, pp. 53 y ss.

en la interpretación constitucional en conjunto es expresión y consecuencia de la concepción amplia de Constitución aquí defendida, abierta, puesta en el campo de tensión de lo posible, lo real y lo necesario. Una Constitución que no sólo estructura al Estado en sentido estricto, sino también al espacio público, y que constituye a la sociedad, incluyendo de manera inmediata el ámbito de lo privado, no puede hacer esto sólo de manera pasiva, esto es, tratar a las fuerzas sociales y a las privadas solamente como *objeto*, sino que también debe incorporarlos activamente en tanto *sujetos*.

Pensado desde la realidad y el espacio público constituidos en los que el “pueblo” actúa de diversos modos, de manera difusa en el punto de partida, pero “concertadamente” en el punto final, todas las fuerzas relevantes poseen también de hecho relevancia teórica para la interpretación constitucional. La práctica se convierte aquí en legitimación de la teoría, y no a la inversa. Puesto que estas fuerzas constituyen un pedazo de realidad y del espacio público constitucional, ¡participan también en la interpretación de la realidad y el espacio público de la Constitución! Incluso cuando son excluidas, como los partidos políticos prohibidos por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Estas fuerzas obligan precisamente a la reflexión sobre el contenido de la Constitución y, en virtud de su existencia, influyen en el desarrollo de la concepción de sí misma de la comunidad en libertad y democracia. Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes constitucionales legitimados “gremialmente” y por el derecho funcional, significaría empobrecimiento y autoengaño, sobre todo porque una noción experimental de la ciencia del derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y a la fuerza creativa de los intérpretes “no gremiales” en el proceso de la interpretación constitucional.

La Constitución es, en este sentido, espejo del espacio público y de la realidad. Pero no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se nos permite esta comparación más bien plástica. Tiene función orientadora.

Una cuestión particular se refiere a la legitimación de la ciencia del derecho constitucional, la cual posee una función de catalizador e influye en grado especial en todos los ámbitos de la interpretación, debido a que reflexiona metódica y públicamente sobre la interpretación consti-

tucional y, al mismo tiempo, configura la formación de los intérpretes “en razón de su cargo”. ¿En qué podría fundarse una posible legitimación? Por la vía del artículo 5o., inciso 3, de la LF misma. La Constitución como objeto es (también) asunto de la ciencia. El ámbito de la ciencia debe ser considerado, en virtud del artículo 5o., inciso 3, de la LF, como parte integrante e independiente de la comunidad política.

D. En particular: consideraciones de teoría democrática como legitimación

En el Estado constitucional democrático debe plantearse nuevamente de manera especial la cuestión de la legitimación conforme a criterios democráticos (de teoría de la democracia). Ni la ciencia del derecho constitucional, ni las llamadas ciencias de la realidad que son sus “proveedoras”, ni los ciudadanos o los grupos poseen una legitimación democrática, entendida en sentido tradicional, para la interpretación constitucional. Sin embargo, la democracia no se desenvuelve solamente a través de la relación de delegación y responsabilidad formalizada, canalizada, en sentido estricto, entre el pueblo y los órganos del Estado (legitimación a través de las elecciones) hasta el último intérprete “competente” de la Constitución, el TCF, sino que en una comunidad abierta se desenvuelve también en las formas mediatizadas, más “finas”, del proceso público pluralista de la política y la práctica cotidianas, en especial, en la realización de los derechos fundamentales, frecuentemente abordada desde el “aspecto democrático” de estos derechos: a través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y las necesidades de la realidad y mediante el “concierto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en las que apenas hay “pausas” y “fermatas” y no hay director ni debe haberlo.

El “pueblo” no es solamente una magnitud uniforme que (solamente) “emana” el día de las elecciones, las cuales transmiten legitimación democrática como tales. En tanto magnitud pluralista, el pueblo no se encuentra menos presente ni es menos legitimador en las interpretaciones del proceso constitucional: “como” partido político, opinión científica, grupo de interés, o bien, como ciudadanos, ¡su competencia material para la interpretación constitucional es un derecho ciudadano en el sentido del artículo 33, inciso 1, de la LF! Así vistos, los derechos fundamentales son una pieza de la base legitimadora democrática para la in-

interpretación constitucional que está abierta no sólo en cuanto a sus resultados sino también respecto del círculo de los que participan en ella.²⁸⁶ ¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete de la Constitución! Por ello se vuelven más importantes las medidas de garantía de la libertad real: política de bienestar, libertad de opinión, constitucionalización de la sociedad, por ejemplo, mediante una estructuración de división de poderes en el ámbito público y particularmente en el económico.

Esto no significa el “destronamiento” del pueblo, o en todo caso, lo sería solamente a partir de una concepción rousseauiana de la soberanía popular, en la que el pueblo se considera como absoluto y casi divino. El pueblo como *magnitud constituida* actúa “hacia todos lados”, de manera universal, en múltiples planos, a partir de numerosos motivos y en muchas formas, incluso a través de la realización cotidiana de los derechos fundamentales. No se debe olvidar que el pueblo es, sobre todo, una reunión de ciudadanos. La democracia es el “gobierno de los ciudadanos”, no del pueblo en el sentido rousseauiano. No hay vuelta hacia J.-J. Rousseau. La *democracia ciudadana* es más realista que la democracia del pueblo.

4. Consecuencias para la interpretación “jurídica” de la Constitución

A. *Relativización de la interpretación jurídica; nueva noción de sus funciones*

Las reflexiones anteriores conducen a la relativización de la interpretación jurídica de la Constitución, en razón de lo siguiente:

a) El juez constitucional no es el “único” intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían.

b) En el “campo previo” a la interpretación jurídica de la Constitución por los jueces hay numerosos intérpretes, es decir, potencialmente todas las fuerzas públicas pluralistas. En este sentido se relativiza el concepto de los “participantes en el proceso constitucional”, en la medida en que se amplían los círculos de los participantes en la interpretación constitucional. El espacio público pluralista despliega fuerza normativa y el

²⁸⁶ Sobre la interpretación constitucional abierta: P. Häberle, “Zeit und Verfassung”, *ZfP*, vol. 21, 1974, pp. 111, 121 y ss; W. Höfling, *Offene Grundrechtsinterpretation*, 1987.

tribunal constitucional debe interpretar más tarde en correspondencia con ese espacio actual.

c) Muchos círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material no llegan al juez constitucional, por falta de competencia judicial o por ausencia de instancias ante el tribunal. Sin embargo, la Constitución material “vive” también aquí: sin interpretación constitucional por el juez (¡piénsese en los principios de los reglamentos parlamentarios!). Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan independientemente un derecho constitucional material. El derecho procesal constitucional no es el único acceso al procedimiento de la interpretación constitucional.

Visto en el tiempo, las instancias de la interpretación constitucional se prolongan hasta el infinito: el constitucionalista no es más que un sujeto intermediario. Los resultados de su interpretación están sujetos a la reserva de su éxito, la que en el caso particular se puede concretizar en el éxito, en “justificación de múltiples alternativas”²⁸⁷ o para su modificación mediante alternativas razonables. El procedimiento de la interpretación constitucional debe ser extendido hacia delante y mucho más allá del proceso constitucional concreto mismo; el radio de interpretación de la norma se amplía gracias a todos los “intérpretes de la Constitución de la sociedad abierta”. Se trata de participantes esenciales en el proceso de “ensayo y error” que es el proceso de determinación del derecho (*Rechtsfindungsprozess*).²⁸⁸ La sociedad se hace libre y abierta en virtud de las aportaciones que todos pueden hacer, potencial o actualmente, a la interpretación constitucional. La interpretación jurídica de la Constitución transmite (solamente) el espacio público y la realidad pluralistas, las necesidades y posibilidades de la comunidad que se encuentran ante, en y detrás de los textos constitucionales. Las doctrinas de la interpretación sobreestiman siempre la importancia del texto.

²⁸⁷ Esta expresión se encuentra en Habermas, J., *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, p. 148 (hay trad.: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, 1975).

²⁸⁸ Al respecto véase Esser, J., *Vorverständnis*, cit., pp. 23, 151 y s.

B. *De la extensión e intensidad del control judicial, en particular; diferenciación en vista del grado de participación*

Una teoría de la interpretación constitucional que reúna en un contexto sistemático la cuestión de los objetivos y métodos con la cuestión de los participantes, debe sacar de ahí conclusiones concretas para el método de la interpretación constitucional.

Un tribunal como el TCFA, el cual revisa la interpretación constitucional de otros órganos, debe emplear métodos diversos, según quien haya intervenido en la primera interpretación, la que será revisada. Esto ya había sido advertido, inicialmente, por el pensamiento jurídico-funcional, señalando que en la revisión de las decisiones del legislador democrático los tribunales deben ejercer especial reserva, y algo similar se aplica a la revisión del derecho local (*Landesrecht*) por el Tribunal Constitucional Federal. En prosecución de este enfoque, habría que considerar que hay leyes (leyes de educación superior, reformas al Código Penal, como el § 218, relativo al aborto, leyes que establecen los horarios comerciales) en las cuales la opinión pública muestra un enorme interés, que se encuentran permanentemente a discusión, y que se han aprobado con amplia participación y bajo un control alerta de la opinión pública pluralista. Al revisar una ley de esta especie, el TCFA debería tomar en consideración que esta ley se encuentra especialmente legitimada, porque fueron particularmente muchos los que participaron en el proceso democrático de la interpretación constitucional. Tratándose de leyes que no son impugnadas en lo fundamental, esto significaría que éstas no deben revisarse con excesivo rigor, a diferencia de las leyes que se encuentran menos expuestas a la discusión pública, porque aparentemente no son interesantes (por ejemplo, regulaciones de oportunidad técnicas) o ya se han olvidado.

C. *Consecuencias para la configuración y aplicación del derecho procesal constitucional*

De ello derivan consecuencias para la configuración y aplicación del derecho procesal constitucional: los instrumentos de información del juez

constitucional²⁸⁹ deben ampliarse y refinarse, no a pesar sino en razón (!) de la sujeción a la ley, en especial las formas y posibilidades escalonadas de participación en el proceso constitucional mismo (sobre todo “audiencia” y “participación”); deben desarrollarse nuevas formas de participación de las potencias públicas (*öffentliche Potenzen*) como intérpretes de la Constitución en sentido amplio. El derecho procesal constitucional se vuelve un pedazo del derecho de la participación democrática. La interpretación de la Constitución por el juez constitucional se puede volver correlativamente elástica y expansiva, sin que se llegue, ni se deba llegar, a una identidad con el legislador. También debe hacerse flexible la aplicación concreta del derecho procesal constitucional por el TCFA, de acuerdo con las cuestiones materiales planteadas y los participantes materiales (interesados). Aquí se manifiesta también la vinculación intensiva entre Constitución material y derecho procesal constitucional.

IV. LA COMPARACIÓN JURÍDICA COMO “QUINTO” MÉTODO DE INTERPRETACIÓN Y COMO COMPARACIÓN CULTURAL

Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la *comparación* de los derechos fundamentales se convierte en “quinto” e indispensable método de la interpretación. Como se sabe, la LF no contiene reglas de interpretación. Sin embargo, debe considerarse si, en el fondo, no resulta posible trasladar el § 1 del Código Civil suizo de 1911, que es la gran obra de Eugen Huber (en parte, en el espíritu de Aristóteles), a la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales.²⁹⁰

289 Ejemplar resulta el instrumento de información del § 82, inciso 4, de la Ley del TCFA, así como la oportunidad que el Tribunal otorga a las “dependencias y organizaciones” interesadas de manifestarse, la mayoría de las veces en los “grandes” procesos: E 35, 202 (213 y s.); 35, 78 (100 y ss.); 33, 265 (322 y s.); 31, 306 (307 en el apartado 4); 30, 227 (238 y s.); 89, 214 (223 y ss.); 92, 53 (64 y ss.); 95, 267 (293). Esta oportunidad transmite un pedazo de “representación social” pluralista hacia el proceso constitucional.

290 El § 1 del Código Civil suizo (ZGB) dispone: “La ley se aplica a todas las cuestiones jurídicas para las cuales contenga una disposición según el texto o la interpretación. Si no es posible obtener ningún precepto de la ley, el juez debe resolver conforme al derecho consuetudinario, y si tampoco éste existe, debe resolver conforme a la regla que establecería si fuera el legislador. En tal sentido deberá seguir la doctrina y la tradición probadas”.

En todo caso, la comparación jurídica debe ser incorporada de manera decidida y abierta en la interpretación de los derechos fundamentales. El TCFA trabaja sin duda, solitariamente, en esta dirección.²⁹¹ Son dos las razones que animan a este postulado: por un lado, la doctrina y la práctica del Tribunal de Justicia europeo en Luxemburgo sobre los derechos fundamentales, obtenidos de “una comparación jurídica valorativa”, como “principios generales del derecho”;²⁹² por el otro lado, existen algunas nuevas Constituciones, en cuyas garantías de los derechos fundamentales se hace remisión expresa a algunos de los grandes textos de los derechos fundamentales. El artículo 10, inciso 2, de la Constitución española dispone: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.²⁹³ Cuando en Suiza la Convención Europea de Derechos Humanos ha adquirido jerarquía *constitucional* gracias a la *interpretación* constitucional(!),²⁹⁴ esto no es sino un signo de la integración entre Estado constitucional y derechos humanos.

Lo que se dispone expresamente en estos textos puede reclamar vigencia general. En la “*Internacional del Estado constitucional*”, en la “familia” de los Estados constitucionales, el intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar en consideración siempre los textos universales y regionales sobre los derechos humanos. La apertura de los contenidos y las dimensiones de los derechos fundamentales “hacia fuera” es consecuencia de la evolución hacia el “Estado constitucional cooperativo”. De este modo surge una “comunidad de interpretación de los derechos fundamentales”. O bien: *la sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales se hace internacional*, y se diferencia,

291 Referencias en Häberle, P., *Wesensgehaltgarantie*, 3a. ed., 1983, pp. 408 y s.

292 Al respecto véase Bleckmann, A., *Europarecht*, 4a. ed., 1985, pp. 104 y ss.

293 Véase también el artículo 16, inciso 2, de la Constitución de Portugal; además, el preámbulo de la Constitución del Cantón del Jura (1977), citada en *JöR*, vol. 34, 1985, pp. 425 y ss.: “*Le peuple jurassien s’inspire de la Déclaration des droits de l’homme de 1789, de la Déclaration universelle des Nations unies proclamée en 1948 et de la Convention européenne des droits de l’homme de 1950*”.

294 Véase al respecto Müller, J. P., *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982, p. 177. También es notable el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

inclusive de acuerdo con las convenciones regionales de derechos humanos (como la CEDH y la CE) y la afinidad cultural, por ejemplo, en los espacios europeo, latinoamericano o africano. La pretensión universal de las Naciones Unidas también actúa en materia de derechos fundamentales (Declaración Universal de 1948, Pactos de 1966). Es motivo de ánimo la orientación más reciente de los Estados orientales y socialistas hacia las garantías de los derechos fundamentales del tipo del Estado constitucional (piénsese en la nueva y vieja libertad de asociación en Polonia y Hungría, en otros derechos fundamentales políticos de reciente reforzamiento, desde la libertad de manifestación hasta las formas previas de derechos electorales que conocen alternativas).

En mi opinión, la “canonización” de la comparación jurídica como “quinto” método de la interpretación, al menos en el derecho constitucional del tipo del “Estado constitucional”, no sería sino consecuente con la historia de la doctrina de la interpretación jurídica. En el “sistema” de F. C. v. Savigny, como fundador de la “escuela histórica del derecho”, era natural que tuviera un lugar preeminente la interpretación *histórica*. En el marco de una teoría sobre el *tipo* del “Estado constitucional” le toca ahora a la comparación constitucional un lugar “paralelamente” importante. Llevado más adelante, de la dimensión *histórica* se deriva, aquí y ahora, la comparación de la dimensión *contemporánea*: la “comparatística constitucional”. En todo caso, la comparación constitucional es la vía mediante la cual pueden “comunicarse” entre sí las diversas Constituciones. De este modo adquiere la más alta eficacia la fuerza conformadora del *único* tipo del Estado constitucional. Aunque a la “escuela histórica del derecho” pudiera parecerle que la interpretación histórica era importante e incluso el “primer” método clásico, en la doctrina de la interpretación del Estado constitucional de hoy el método comparativo debe ocupar, cuando menos y en todo caso de manera tendencial, un “quinto” lugar, si no es que el preeminente.

En resumen: los procesos de creación y recepción no se realizan por sí solos. Se requiere que los receptores (mejor dicho: los actores) en el procedimiento de recepción “busquen” de manera abierta y sensible, observando y elaborando lo típico y lo individual propio del Estado constitucional “vecino” en sentido estricto o amplio; “adquirir para poseer”. De este modo surge o se confirma el “derecho constitucional común europeo”, o con mayor alcance, el derecho constitucional común euro-

peo-atlántico, y en parte también el derecho “emparentado”. En otras palabras, los procesos de recepción requieren comparación jurídica, la cual solamente puede tener éxito como comparación cultural. En la comparación, los receptores laboran en parte en la política jurídica (como constituyentes o legisladores), en parte de manera interpretativa, aunque los límites pueden ser fluidos: en la interpretación por los jueces constitucionales o por la doctrina del derecho constitucional; por esta razón, y en el campo de fuerzas del Estado constitucional, corresponde a la comparación jurídica el rango de un “quinto” método de la interpretación, al lado de los cuatro métodos clásicos de Savigny.²⁹⁵

V. INCURSO: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL INSTITUCIONALIZADA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *El Tribunal Constitucional Federal Alemán como tribunal constitucional — como “tribunal social” de naturaleza propia, su función en la garantía y el desarrollo del contrato social (del contrato de las generaciones)*

A. *El TCFA como “tribunal constitucional” — como “tribunal social” de naturaleza propia*

Desde la perspectiva formal, el TCFA posee todas las características de un tribunal “estatal”, dicho en su propia terminología (al respecto E 18, 241), es decir, se funda en una ley estatal y el Estado regula e influye en la designación de los jueces. Sin embargo, es mucho más que eso: es un tribunal constitucional, es decir, tiene competencia respecto de una lista enumerativa de controversias constitucionales materiales. El peso pleno de esta afirmación se ilustra primeramente a partir de una aclaración del concepto de Constitución. La “Constitución” es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad; no es sólo limitación del poder del Estado, sino que también autoriza a dicho poder. La Constitución abarca al Estado y a la sociedad, y por ello, la jurisdicción constitucional como fuerza política actúa de entrada más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad.

²⁹⁵ Al respecto Häberle, P., “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, *JZ*, 1989, pp. 913 y ss.

Que el TCFA sea “tribunal constitucional” de *toda la res publica* tiene efectos concretos en cuestiones de detalle, por ejemplo, en la recusación de los jueces (al respecto BVerfGE 35, 171 (246); 89, 28); tiene además la consecuencia de que el tribunal no puede fijarse en una teoría o “escuela”, sino que debe esforzarse por lograr la integración pragmática de elementos teóricos. Por ello, los jueces constitucionales de origen académico deberían evitar fijar en sus resoluciones “sus” teorías.

Esta referencia constitucional material de la jurisdicción constitucional tiene implicaciones materiales y procesales, por ejemplo, en el compromiso con el modelo del pluralismo y en la exigencia de desarrollo del derecho procesal constitucional con vistas a los instrumentos pluralistas de información y participación.

En este contexto debe verse la creciente política de obtención de información pluralista por parte del TCFA. La selección de los jueces constitucionales a partir del espectro de todos los partidos políticos, y esperemos que en el futuro todavía más allá de ellos, incorpora de manera efectiva el pluralismo en el procedimiento constitucional (e influye en él). Este es un supuesto para la orientación de la sociedad por el tribunal constitucional y “su” derecho. Aquí se produce una *interacción*: cuanto más interviene el TCFA en los procesos de orientación de la sociedad abierta, tanto más se dirige esta sociedad hacia él, también quiere que la “oigan en Karlsruhe”.²⁹⁶ Qué tanto esto es así se demuestra por la audiencia en materia de codeterminación (de los trabajadores en las empresas) en 1978: en la sala de sesiones del tribunal se podían percibir auténticamente las líneas de fuerza de la opinión pública.

Este enfoque conduce a una nueva “etapa”. El TCFA debe verse en su relación intensiva con la sociedad entera, pues se trata de un “tribunal social” de naturaleza propia y en un sentido amplio. A través de su jurisprudencia se abre hacia la diversidad de ideas e intereses y los incorpora; a la inversa, dirige a la sociedad. En vista de la designación de los jueces, de la aplicación del derecho procesal constitucional y de los resultados materiales de la interpretación (por ejemplo, en la estructuración de algunos aspectos de la sociedad a través de la “eficacia frente a terceros” de los derechos fundamentales; más recientemente E 95, 28 (37)), se trata más de un tribunal de toda la sociedad que de un tribunal “estatal”. ¡Esto tiene consecuencias en un plano más alto, incluso para las labores cotidianas del tribunal!

296 Ciudad alemana que es sede del TCFA (N. del T.).

B. La jurisdicción constitucional “en” el contrato social: el TCFA como regulador en los procesos continuos de la garantía y el desarrollo de la Constitución como contrato social

La tesis estipula: el TCFA posee una responsabilidad plena en la garantía y desarrollo de la Constitución como contrato social; participa en la orientación de sus procesos continuos; al hacerlo, está comprometido con el principio del pluralismo.

El modelo del contrato social, como clásico patrimonio común europeo, es, en el sentido aquí empleado, un modelo intelectual, un principio heurístico para fines de la consagración de la libertad personal y la justicia pública. No se trata, sin duda, de una “horma” dentro de la cual hubiera que acomodar a la realidad completa de una Constitución como proceso público; pero puede ofrecer auxilio para la solución adecuada de algunas cuestiones básicas políticas y jurídico-constitucionales, libre de las “ideologías” unilaterales. Tan antiguo como es el modelo contractual, tan relativamente joven es la jurisdicción constitucional (independizada). Quizá todavía (y por ello) no han sido puestas todavía en relación el uno con la otra. Esta puede ser una oportunidad que debe ser aprovechada. La doctrina clásica del contrato social ha servido en el curso de la historia y en los contextos más diversos, como modelo de explicación y de justificación (desde J. Locke hasta J.-J. Rousseau, desde I. Kant hasta la discusión en torno al consenso básico). ¿Por qué no habría de poseer ahora todavía validez para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para el desarrollo progresivo de la Constitución?

C. Posibilidades y límites de la capacidad de acción del TCFA — el TCFA en el marco de la cultura política del orden fundamental de libertad y democracia de la LF

En última instancia, ¡la jurisdicción constitucional no es un seguro de vida jurídico o político! Su desarrollada concepción política y pluralista está ligada a la cultura general de nuestra república. Esto le transmite funciones positivas, pero también conduce a límites. (Un límite de la jurisdicción constitucional se deriva también del hecho de que solamente actúa a petición de parte, no de oficio. Debe ser “impulsada” por el ciudadano o por las fuerzas políticas.)

La función de la jurisdicción constitucional consiste en la limitación, la racionalización y el control del poder estatal y social; se trata de una colaboración sustantiva con el consenso básico; reside en la nueva protección de las minorías y los débiles, en la reacción oportuna a los nuevos peligros para la dignidad humana, en su carácter no impolítico de orientación y respuesta.

2. *Política constitucional en materia de jurisdicción constitucional*

La marcha triunfal de la jurisdicción constitucional tiene hoy alcance mundial. A partir de la obra pionera de Austria y de Hans Kelsen (1920), esta jurisdicción forma parte de los elementos del Estado constitucional que, en numerosas ocasiones, han sido recibidos, desarrollados, también modificados y probados una y otra vez. La Suprema Corte de los Estados Unidos actúa también, a su modo, como ejemplo, ya sea en la política jurídica, en la medida, por ejemplo, en que en Alemania se está examinando actualmente (1997-1998) la posibilidad de adoptar un procedimiento discrecional para la admisión de los recursos constitucionales, a fin de evitar la sobrecarga del TCFA, ya sea a través de la discusión permanente de sus doctrinas (por ejemplo, la doctrina de la “*preferred freedom*”).

Resulta evidente que no se pueden adoptar simplemente los “modelos” ni los textos ajenos. La cultura constitucional particular de un país se ha desarrollado de manera “individual” y su “autonomía” debe ser respetada. Así, Francia no podría simplemente adoptar el modelo de los EUA; su *Conseil Constitutionnel* ya hace bastante a favor de la prudente ampliación de sus competencias. Del mismo modo hay que exhortar a la precaución en Europa oriental, pues la era constitucional que ahí emerge, que es también al mismo tiempo época de una nueva jurisdicción constitucional (a la que Polonia ya había precedido antes del cambio de 1989),²⁹⁷ sigue siendo precaria. Por otro lado, resulta satisfactorio oír que en 1996 los jueces sudafricanos buscaron asesoría en Karlsruhe con el TFCA y que incluso se incorporó al Tribunal Constitucional africano al proceso constituyente, a fin de insistir en el cumplimiento de todos los “*constitutional principles*” de la Constitución provisional de 1993 en la definitiva de 1996 (*cfr.* capítulo 5o., artículo 66, incisos 2 a 4).

²⁹⁷ Al respecto véase Garlicki, L., “Vier Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen (1985-1989)”, *JöR*, vol. 39, 1990, pp. 285 y ss.