

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL (DESDE UNA PERSPECTIVA REALISTA)*

Por THOMAS WÜRTEMBERGER **

SUMARIO

1. LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: A) La interpretación histórica. B) La interpretación comparativa y orientada al desarrollo general del Estado constitucional. C) El limitado valor cognoscitivo del método tradicional de interpretación constitucional.—
2. VALORACIÓN Y PONDERACIÓN DISCURSIVAS COMO RASGOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: A) La apertura de la Constitución. B) La ponderación como elemento de la interpretación constitucional. C) Dificultades en la valoración y ponderación. D) Sobre el procedimiento de una ponderación discursiva: a) *El punto de partida*. b) *El discurso de ponderación como discurso con la tradición de la interpretación constitucional*. c) *La cooperación en la interpretación constitucional*. d) *La concretización constitucional a través del proceso de un discurso distanciado*. e) *Consenso y aceptación como marco de una evolución constitucional democrática*.

Por medio de la interpretación del Derecho constitucional se dejan fuera de toda duda los contenidos inciertos de la Constitución y el Derecho constitucional continúa desarrollándose. Dicha concretización y evolución de la Constitución se puede atribuir, con Carl Schmitt¹, al poder de refor-

* Trabajo publicado originariamente en JOACHIM BOHNERT, CHRISTOF GRAMM, URS KINDHÄUSER, JOACHIM LEGE, ALFRED RINKEN, GERHARD ROBBERS (eds.), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pp. 223 ss.

** Catedrático de Derecho Político y Administrativo. Director del Departamento de Derecho Político del Instituto de Derecho Público y Asesor Jurídico del Rector. Universidad Albert-Ludwig de Friburgo (Alemania).

¹ SCHMITT, «Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung» (1929), en ÍD., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 3.^a ed., 1985, p. 81; STERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundgesetz*,

ma constitucional, puesto que así, por medio de la interpretación, se dispone sobre el contenido de la Constitución, lo que en sí mismo es competencia del poder constituyente del pueblo o del procedimiento de reforma constitucional².

Quien, por medio de la interpretación, dispone sobre la Constitución, puede dominar la política en una medida considerable. Cuanto más extensivamente se interprete la Constitución, tanto más se estrechará el campo de juego político y tanto más se llegará a conflictos con la libertad de conformación política del legislador democráticamente legitimado. Por ello, la interpretación constitucional es un problema de la fijación de fronteras entre el poder legislativo y el judicial, entre la pretensión de validez del principio democrático y el Derecho deducido de los principios jurídicos supremos de la Constitución. Una teoría de la interpretación constitucional tiene, por ello, su punto de partida en la teoría constitucional: ¿Determina la Constitución, en el sentido del Estado de Derecho liberal, sólo los procesos y las fronteras de la conformación política? o ¿se pueden deducir siempre, con las sucesivas transformaciones sociales y económicas, nuevos parámetros de conformación política de la Constitución como ordenación jurídica básica abierta al futuro?

La respuesta a estas cuestiones divide a las Escuelas de la disciplina, así como a las teorías de interpretación de la Constitución³. Alexander Hollerbach tomó posición en esta controversia académica ya en su ponencia del 17 de febrero de 1960 en el Seminario del profesor Konrad Hesse y lo hizo de un modo tan básico como orientativo⁴. Un análisis realista de las casi cinco décadas de jurisprudencia constitucional confirma la concepción teórica propugnada por Hollerbach de una interpretación comprensiva y valorativa⁵. El Derecho judicial constitucional elaborado por el Tribunal

1997, p. 24: el Tribunal Constitucional Federal como «legislador complementario de reforma constitucional»; BÖCKENFÖRDE, «Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, núm. 9, p. 12; crítico, JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, pp. 374 ss., con la indicación de que toda interpretación constitucional y las correspondientes normas constitucionales permanecen vinculadas, con lo cual el papel del Derecho constitucional de cuño jurisprudencial que se aparte del texto constitucional no puede, evidentemente, considerarse atinado.

² WÜRTEMBERGER, «Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts», en GUGGENBERGER/WÜRTEMBERGER (eds.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, 1998, p. 57; parecidamente, pero con otras consecuencias, LEGE, «Verfassungsänderung oder Verfassungsinterpretation», *Die öffentliche Verwaltung*, 2000, pp. 283 ss.

³ STARCK, «Die Verfassungsauslegung», en ISENSEE/KIRCHHOF (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo VII, § 164, anotaciones marginales 6 ss.; WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2000, pp. 162 ss.; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III/2, 1994, § 95.

⁴ HOLLERBACH, «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85 (1960), pp. 241 ss.

⁵ HOLLERBACH, nota 4, p. 265 y pássim.

Constitucional Federal, con sus valoraciones y ponderaciones, ha desarrollado de tal manera a la Ley Fundamental como una ordenación jurídica básica abierta al futuro que el Derecho constitucional material, en sus aspectos centrales, está menos en el texto constitucional que en los tomos recopilatorios de las decisiones del Tribunal.

Esta notable participación de la jurisdicción constitucional y, con ello, del poder judicial, en la interpretación constitucional abre una inusitada perspectiva: la interpretación constitucional es hoy menos interpretación del texto constitucional que una continuación de aquella exégesis constitucional que ha sido seguida ya por el Tribunal Constitucional. Si se parte de modo realista de que la Ley Fundamental está vigente tal y como se fija su contenido por más de cien tomos de sentencias del Tribunal Constitucional, no es entonces posible la exégesis de la Ley Fundamental sin recurrir a su concretización en los precedentes de la jurisprudencia constitucional.

Debido a la igualmente obligada vinculación de la interpretación constitucional al texto de la Constitución sigue siendo de importancia la cuestión de los métodos de interpretación constitucional y el desarrollo de Derecho constitucional de creación jurisprudencial. Porque sólo si la Constitución es interpretada conforme a los principios de la teoría metodológica de la ciencia jurídica, se sustraerá ésta de una interpretación orientada políticamente. El Derecho constitucional es, pues, Derecho político que, sin embargo, hay que interpretar jurídicamente.

Los métodos de interpretación constitucional tienen su origen en la teoría general del método que se remonta a Savigny y continúan estando también vinculados a ella. Sin embargo, en algunas ocasiones obedecen a una racionalidad propia. Una teoría realista de la interpretación constitucional reconoce que, en la praxis de la jurisprudencia constitucional y en la dogmática jurídico-constitucional, frecuentemente se dejan de lado los métodos tradicionales de interpretación (I)⁶. Precisamente en aquellos ámbitos en los que la Constitución se limita a la regulación de principios, el desarrollo ulterior del Derecho constitucional tiene lugar en forma de ponderación y ésta, por su parte, se produce en un proceso discursivo (II).

1. LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

No es éste el lugar para volver a tratar los métodos tradicionales de interpretación constitucional⁷. Simplemente valga de ejemplo de a qué diversas variantes interpretativas lleva el agotamiento de los métodos her-

⁶ Así, decididamente en contra de FORSTHOFF: HOLLERBACH (nota 4), pp. 241 ss.

⁷ Últimamente, MAURER, *Staatsrecht*, 1999, § 1 III; SCHOCH, *Übungen im Öffentlichen Recht I*, 2000, pp. 56 ss., con más detalle.

menéuticos, la relación tensa entre una interpretación enraizada en la tradición constitucional nacional y otra orientada hacia un desarrollo europeo-comunitario del Estado constitucional.

A) La interpretación histórica

La interpretación presupone la comprensión. Sólo comprende el presente quien conoce el pasado. Ello vale en especial medida para el Derecho, que es creado siempre, incluso en situaciones de ruptura, por la tradición. En este sentido, el Derecho constitucional transmite (*tradiert*) las instituciones históricamente acreditadas, las reglas de la formación política de la voluntad o los derechos de libertad. La interpretación histórica⁸, «lato sensu» entendida, da vigencia a los progresos históricos en el desarrollo de un Derecho constitucional justo. Explora aquel horizonte histórico sin el que no puede comprenderse ni, por tanto, interpretarse el conocimiento del Derecho constitucional.

El progreso del Derecho constitucional y de la cultura jurídico-política de un Estado está caracterizado por un dar y tomar recíprocos⁹. Si se interpretan conceptos de la Ley Fundamental como Estado de Derecho, Estado federal o democracia, consciente o inconscientemente se está haciendo referencia al desarrollo alemán hacia el Estado constitucional en un período temporal de más de doscientos años. Así, por ejemplo, el concepto de Estado de Derecho en Alemania, a diferencia de lo que ocurre en Francia, está enraizado en una cultura política que tradicionalmente se ha declarado proclive al Estado judicial y por ello, concede al principio del Estado de Derecho una primacía frente al principio de la democracia¹⁰. Esta interpretación orientada por la historia constitucional y de las instituciones responde a la premisa de que el desarrollo constitucional desde el siglo XVIII, pese a todas las nuevas regulaciones revolucionarias y pese al paréntesis del régimen antijurídico del Estado nacional-socialista, fue un proceso continuo. El Estado de Derecho, la democracia y la tutela de los derechos fundamentales como su punto principal son conquistas históricas que cada nación ha hecho propias de un modo específico. El camino siempre propio hacia el Estado constitucional, con las dolorosas experiencias históricas, es el marco de la interpretación constitucional que no es histó-

⁸ COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., 1969, p. 320, sobre la inserción de la historia política, así como de la historia social y de las ideas, en la interpretación histórica; en lo demás, ampliamente, SCHNEIDER, «Der Wille des Verfassungsgebers», en *Festschrift für Stern*, 1997, pp. 903 ss, con más detalle.

⁹ HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, pp. 27 ss.

¹⁰ Sobre ello, WÜRTEMBERGER, «Zu den Wurzeln des Rechtsstaats in Deutschland», en RILL (ed.), *Fünfzig Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat*, 1999, pp. 15 ss.

ricamente disponible, que crea la identidad colectiva y dota de contenido al pensamiento jurídico-político¹¹.

La especialidad del propio desarrollo jurídico-constitucional se aclara por medio de la comparación histórica de Constituciones. Así, por ejemplo en la comparación de Alemania y Francia, cabe referirse a tradiciones específicas del Estado de Derecho¹² a la derecha del Rin y a tradiciones específicamente democráticas a la izquierda del Rin que caracterizan de modo diferenciado a las correspondientes Constituciones y a su interpretación. La protección por parte del Estado de Derecho de la confianza es, a un lado del Rin, un indiscutido hándicap jurídico-constitucional, pero al otro lado del Rin es un error jurídico-constitucional¹³. Dicha comparación histórica de Constituciones se distancia también del desarrollo constitucional propio, que es presupuesto del perfeccionamiento crítico del Derecho constitucional a la vista de un Derecho constitucional europeo-comunitario, pero también lo es de la posibilidad de la asunción de tradiciones constitucionales ajenas. En último término, cabe, por ejemplo respecto de la interpretación de las reglas sobre la jurisdicción constitucional, recurrir a la tradición constitucional americana.

La interpretación histórica está democráticamente orientada si parte de la discusión de los participantes en la elaboración de la Constitución. Con ello se pretende interpretar conceptos a partir de la voluntad del constituyente. La interpretación histórica se funda, por tanto, en la voluntad del pueblo, como soberano, respecto de la elaboración de la Constitución. Es difícil, sin embargo, alcanzar seguridad sobre la opinión del constituyente histórico. Frecuentemente se pretende remitirse a los debates y orientarse por la discusión de los participantes en la elaboración de la Constitución. En último término, sin embargo, apenas se encuentra aquí una base firme para una interpretación histórica¹⁴. Porque los participantes en el momento constituyente, por tanto los miembros de una comisión constitucional o una asamblea constituyente, con sus intervenciones orales sólo ponen de relieve sus propias opiniones individuales. Además, las normas constitucionales son formuladas en algunas ocasiones en forma de compromisos poco perfilados, a fin de que logren el consenso de los participantes en el momento constituyente, lo que justamente no es conveniente para su precisión.

¹¹ Sobre la ayuda de la historia constitucional para la interpretación de la Constitución y la evolución del Derecho constitucional: WÜRTEMBERGER, «Ansätze und Zielsetzungen einer Verfassungsgeschichte des Grundgesetzes», en *Festschrift für Stern*, 1997, pp. 127 ss., 138 ss.

¹² Para la comparación del concepto alemán y francés de Estado de Derecho: GREWE/FABRI, *Droits constitutionnels européens*, 1995, pp. 25 ss.

¹³ WÜRTEMBERGER/JEANNEROD, *La protection de la confiance légitime en France et en Allemagne*, en prensa.

¹⁴ Por ello, el informe en favor de una teoría voluntarista de la interpretación (por ejemplo, en JESTAEDT [nota 1], pp. 332 ss. con más detalle) pasa por alto la realidad.

Otra cosa es cuando los participantes acuerdan expresamente la fundamentación o interpretación de una disposición constitucional.

Yendo más allá, se puede seguir el rastro a la voluntad histórica del legislador constituyente desde la situación histórica hasta el momento temporal constituyente. Se puede tratar de reconstruir la voluntad histórica del legislador constituyente recurriendo, por ejemplo, a debates, y fijación de fines, político-constitucionales contemporáneos. Puesto que las discusiones político-constitucionales contemporáneas no ofrecen en la mayor parte de las ocasiones una imagen en sí misma cerrada, apenas llega tampoco este intento interpretativo a resultados claros¹⁵.

La relevancia de la interpretación histórica se valora de manera diferente tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal¹⁶ como en la literatura¹⁷. La interpretación histórica es por lo general elegida allí donde permite confirmar un resultado interpretativo que ya podría haberse alcanzado por medio de otros métodos hermenéuticos¹⁸. Sin embargo, la interpretación histórica abre la mirada a la tradición constitucional y, con ello, a los fundamentos del argumentar jurídico-constitucional. Pero el argumento de la tradición no puede petrificar anacronismos y afectar a la apertura de la Constitución. Con enraizamiento en la historia, las normas constitucionales hoy vigentes deben interpretarse a partir de las circunstancias temporales del presente. La voluntad histórica del legislador constituyente no legitima una señorío incondicionado sobre los que viven hoy en día¹⁹. Si se conceptúa la Constitución como contrato intergeneracional, las condiciones contractuales, y con ello el Derecho constitucional, son fijadas no por generaciones anteriores, sino por la generación presente²⁰.

¹⁵ SCHNEIDER, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 20 (1963), pp. 1, 7 ss.; SCHNEIDER, en *Festschrift für Stern*, p. 916, con más detalle.

¹⁶ Son más bien raras formulaciones como «la literalidad de la norma no puede, por ello, ser valorada sin observancia de la historia de su elaboración» (BverfGE 88, 40, 56; 79, 127, 143 ss.); en los casos decisivos, por lo demás, la historia de la formulación del precepto no llevó a una indicación que hiciese avanzar la interpretación. Sólo respecto de las normas competenciales es de especial importancia la interpretación histórica (BverfGE 68, 319, 328, 331; 72, 330, 398, 401 ss.).

¹⁷ SCHNEIDER, en *Festschrift für Stern*, pp. 902 ss. 907 ss., con más detalles; BLANKENAGEL, *Tradition und Verfassung*, 1987, pp. 36 ss., 125 ss., 158 ss.

¹⁸ BverfGE 1, 299, 312; 79, 106, 121 para la interpretación del Derecho legal ordinario.

¹⁹ MAUNZ/ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, 30.ª ed., 1998, § 7 I, 1 a; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., 1973, pp. 207 ss.

²⁰ ZWEIG, *Die Lehre vom pouvoir constituant*, 1909, p. 103; BRÜHLER, *Verfassungsrevision und Generationenproblem*, 1949, pp. 28 ss., sobre la propuesta de Jefferson y Condorcet de que toda generación debe crear de nuevo su orden constitucional.

B) La interpretación comparativa y orientada al desarrollo general del Estado constitucional

En las últimas décadas, la comparación constitucional se ha transformado en un instrumento especial de interpretación constitucional, pero también de la política constitucional, desde un doble punto de vista. Una comparación del Estado constitucional es la base del desarrollo constitucional de las jóvenes democracias de la Europa central y del Este. Sus nuevas constituciones necesitan una interpretación que se oriente a los principios del Estado constitucional occidental. Sólo cuando éstos desarrollan fuerza normativa en las nuevas constituciones, logra el proceso la renovación jurídico-política. La interpretación comparada de la Constitución crea, además, la base para el desarrollo (ulterior) de un Derecho constitucional europeo comunitario. Si las normas constitucionales comparadas se interpretan iuscomparativamente, se da un primer paso hacia un desarrollo de una Constitución europea global. En este sentido, el desarrollo constitucional de la Unión Europea no puede prescindir de la comparación del Derecho constitucional de los Estados miembros²¹.

La comparación entre las Constituciones de los Estados constitucionales relativiza las tradiciones constitucionales acuñadas en cada nación y abre posibilidades a una argumentación innovadora²². Concepciones normativas alternativas de Constituciones extranjeras pueden emplearse en la interpretación de la Ley Fundamental. Hay que partir, al respecto, de que el modelo de Estado constitucional occidental es, en principio, un modelo homogéneo que ha adquirido, en los correspondientes ordenamientos constitucionales, rasgos distintivos específicos que se pueden armonizar con base en un discurso constitucional comparativo que vaya más allá de las fronteras de cada país.

De igual modo que el Derecho ordinario, también el Derecho constitucional hay que interpretarlo de conformidad con el Derecho europeo. La interpretación de la Constitución conforme al Derecho europeo conduce, igual que la interpretación comparada, a una posición notable del Derecho constitucional europeo-comunitario²³. Así, por ejemplo, tienen validez directa las libertades básicas del Derecho de la Unión Europea en la República Federal de Alemania. Con ello, pueden alegar la libertad de profesión regulada en el artículo 12.1 LF no sólo los alemanes, sino también los extranjeros comunitarios²⁴.

²¹ Sobre ello, básicamente, GREWE/FABRI (nota 12).

²² Sobre la comparación constitucional como quinto método de interpretación: HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 36 ss., con más detalle.

²³ Sobre el CEDH, cfr. DREIER, en ÍD. (ed.), *Grundgesetz*, tomo I, 1996, anotación al artículo 1 LF, número marginal 22 con más detalles sobre la jurisprudencia.

²⁴ JARASS, en JARASS/PIEROTH, *Grundgesetz*, 4.^a ed., 1997, artículo 12 LF, número mar-

En tanto que la República Federal de Alemania ha suscrito convenios internacionales relativos a la protección de los derechos fundamentales, como por ejemplo el Convenio Europeo de Derechos Humanos, éstos se han transformado en Derecho estatal interno por medio de la ley. Por ello, el CEDH tiene el rango de Derecho legal ordinario, pero no un rango constitucional. Pero un Derecho estatal interno divergente, o una inaplicación, del CEDH lesionaría las obligaciones de Derecho internacional de la República Federal. Por ello, existe el principio de que hay que interpretar, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales en concordancia con el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵.

La interpretación constitucional comparada y orientada a la Constitución de Europa ya no se corresponde al canon de los métodos hermenéuticos de Savigny. Sin embargo, se puede agregar a la doctrina tradicional de la interpretación bajo dos puntos de vista: la comparación constitucional puede suministrar variantes interpretativas controlables empíricamente a la interpretación objetivada o teleológica de la Constitución. Además, dicho examen de variantes puede ser un paso importante para la unitarización del Derecho constitucional europeo que subyace a una interpretación conforme al Derecho europeo. El punto de referencia de la interpretación ya no es la unidad de la Constitución nacional, sino un Derecho constitucional europeo-comunitario.

C) El limitado valor cognoscitivo del método tradicional de interpretación constitucional

Los métodos de interpretación constitucional, que aquí ya no se analizarán más, tienen un valor cognoscitivo sólo limitado y ello por dos razones: por un lado, tal y como se reconoce en la teoría del método²⁶, falta un claro resultado de la interpretación cuando los particulares métodos hermenéuticos llegan a resultados diferentes. Por otro lado, con los métodos de interpretación particulares se pueden declarar pocos principios dogmáticos, como por ejemplo los deberes de protección a partir de los derechos fundamentales, que, a su vez, desarrollen el Derecho constitucional en puntos decisivos y que haya que observar en la interpretación de las disposiciones concretas. Desde un punto de vista realista, los métodos de inter-

ginal 9; prudentemente, TETTINGER, en SACHS (ed.), *Grundgesetz*, 2.ª ed., 1999, artículo 12 LF, número marginal 19.

²⁵ SCHWEITZER, *Staatsrecht III*, 6.ª ed., 1997, anotaciones marginales 707 ss.; SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ/DÜRIG, artículo 103 I LF, anotaciones marginales 24 ss.; BverfGE 83, 119, 128: la interpretación conforme al CEDH de los derechos fundamentales en concordancia con el estándar de derechos humanos garantizado iusinternacionalmente.

²⁶ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª ed., 1999, pp. 343 ss.

pretación tradicionales tienen simplemente la siguiente función: muestran el camino, por ejemplo, a través del cual se pueda llegar, a partir de la tradición o de la comparación constitucional, a puntos de vista (*Topoi*) que puedan ser de relevancia para la decisión de cuestiones jurídico-constitucionales controvertidas. A qué argumento corresponde la primacía en la decisión es algo que no se puede deducir de los diferentes métodos de interpretación. También a la vista de esta insuficiencia del método tradicional de interpretación, concluye Konrad Hesse: «la interpretación constitucional es concretización»²⁷. El contenido de las normas constitucionales es siempre fijado incluyendo a la realidad a ordenar. Con su transformación, se cambian, por su parte, las tareas jurídico-constitucionales. Una concretización tal de la Constitución tiene un carácter jurídicamente creativo²⁸.

En cuanto que en las páginas que siguen se desarrolla el proceso ponderado y valorativo de la concretización constitucional en el ámbito de los principios constitucionales, los métodos generales tradicionales de interpretación pueden ser indirectamente de utilidad. Así, por ejemplo, al sopesar argumentos, se puede acudir a experiencias históricas o a la propia tradición constitucional o se pueden deducir argumentos en sentido contrario de una comparación constitucional o del desarrollo del Derecho constitucional en la Unión Europea. Además, desde siempre se ha recurrido a una ponderación respecto a la interpretación objetivo-teleológica y tiene lugar una evolución del Derecho orientada por principios²⁹. Ello lleva a pensar que entre la interpretación y la concretización de la Constitución sólo hay diferencias graduales.

2. VALORACIÓN Y PONDERACIÓN DISCURSIVAS COMO RASGOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

En el ámbito de la Constitución abierta (A), se puede recurrir a una ponderación (B y C) en la que se desarrollen y ponderen principios que concreten la norma. Ello sucede no como una decisión aislada distante de la realidad social, sino que se inserta en un proceso discursivo³⁰.

²⁷ HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, reimpr. de la 20.ª ed., 1999, número marginal 60; parecidamente, LERCHE, «Stil, Methode, Ansicht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1961, pp. 690, 700; MAUNZ/ZIPPELIUS (nota 19), § 7 I 1 c; STERN (nota 1), p. 17; ÍD. (nota 3), § 95 IV 4; crítico, STARCK (nota 3), § 164, número marginal 18 ss. con más detalles; BÖCKENFÖRDE, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 2089, 2096; JESTAEDT (nota 1), pp. 148 ss., con más detalles.

²⁸ Sobre la interpretación como actividad espiritual creativa, LARENZ (nota 26), pp. 331 ss.

²⁹ ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 7.ª ed., 1999, § 10 III c.

³⁰ Sobre el carácter discursivo de la interpretación constitucional, cfr. BverfGE 82, 30,

A) La apertura de la Constitución

La Ley Fundamental, prescindiendo de las disposiciones competenciales en su parte orgánica, no es una Constitución pétrea que haya fijado y determinado de manera inmutable, con su promulgación en el año 1949, la ordenación jurídico-política de la República Federal de Alemania. La Ley Fundamental es, más bien, tal y como ha sido desarrollada en las últimas cinco décadas, en la parte relativa a los derechos fundamentales y en la regulación de las disposiciones de fines de Estado y de las disposiciones relativas a la estructura del Estado, una Constitución abierta y flexible³¹. La apertura de la Ley Fundamental la prepara para la tarea de adaptarse, por medio de la interpretación y la evolución constitucionales, a la transformación histórica y al cambio de las condiciones de vida. Una Constitución así abierta tiene que continuar evolucionando y concretizándose por medio de la transformación social y económica. De este modo, el Derecho constitucional es influido por una transformación de la realidad social. Esta apertura a la realidad constitucional no debe llevar a la disolución de la Constitución, como en muchas ocasiones se ha temido³². La Constitución debe garantizar una estabilidad jurídico-política, que únicamente se va a alcanzar si, junto a toda apertura, al mismo tiempo se adoptan también regulaciones jurídico-constitucionales fijas en el tiempo³³.

B) La ponderación como elemento de la interpretación constitucional

Desde una consideración realista, la interpretación y la concretización constitucionales están dominadas por la ponderación³⁴. La decisión jurídi-

28 ss.: «La interpretación, en especial del Derecho constitucional, tiene el carácter de un discurso en el que no se presentan, tampoco en el trabajo metódico libre de objeciones, enunciados absolutamente correctos, no dudosos entre los expertos, sino que se hacen valer razones, se les contraponen otras razones y finalmente las mejores razones hacen inclinarse la balanza». Sobre ello, ALEXY, «Grundgesetz und Diskurstheorie», en BRUGGER (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996, pp. 343, 358 ss.

³¹ Sobre ello, HESSE (nota 27), números marginales 36 ss.; BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 80 ss.; STERN (nota 3), § 95 IV 2 a; SCHULZE-FIELITZ, «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz», en HESSE/SCHUPPERT/HARMS (eds.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, 1999, pp. 65, 90 ss.

³² Así, ya HOLLERBACH (nota 4).

³³ Sobre la diferenciación entre la predeterminación y el encargo [hacia el futuro] de la Constitución: BÖCKENFÖRDE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 2089, 2098 [N. del traductor: en el texto original alemán se utiliza un juego de palabras difícilmente traducible: «Vorgegebenheit» y «Aufgegebenheit»].

³⁴ Ello lo pasa por alto RÜTHERS, quien no dedica una sección a las cuestiones relativas a la ponderación en su tomo *Rechtstheorie –Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 1999.

co-constitucional se deduce de una ponderación entre normas constitucionales de sentido opuesto o con la concretización de una norma constitucional a partir de una ponderación entre intereses públicos y privados divergentes y jurídico-constitucionalmente protegidos en ambos casos³⁵. Esta ponderación, realmente no discutida, de principios jurídicos y/o orientada a intereses pretende realizar los principios y normas constitucionales en correspondencia a su importancia y a su valor³⁶. La determinación de la importancia y del valor de los principios constitucionales, que hay que ponderar unos frente a otros, puede tener lugar según las reglas clásicas de la interpretación, por ejemplo, recurriendo al momento constituyente y a las experiencias históricas. Sin embargo, una ponderación valorativa tal es una operación jurídicamente creativa. Con ello se plantea la frecuentemente discutida cuestión de si la interpretación del Derecho constitucional por medio de la ponderación está bajo la influencia de la idea directriz de una distribución óptima de la libertad, de la optimización de la libertad del uno en concurrencia con la libertad, igualmente a optimizar, del otro, así como bajo la influencia de la idea rectora de una distribución óptima de las funciones estatales, por ejemplo, de las funciones de la Federación con las de los *Länder* o del *Bundestag* con las de los Parlamentos regionales (*Landtage*)³⁷.

La idea rectora de una distribución óptima de la libertad y de las funciones estatales, a determinar por medio de la ponderación, puede ser, en todo caso, de importancia en la política. Si incomoda la problemática tesis del «legislador como primer intérprete de la Constitución»³⁸, se puede orientar su decisión a soluciones políticas óptimas. Al respecto, cabe preguntarse a partir de la Constitución: ¿está más cerca una regulación legal de, por ejemplo, la realización de la protección jurídico-constitucionalmente ordenada de la confianza, o se mueve en el ámbito fronterizo de lo todavía jurídico-constitucionalmente admisible? En último término, se trata, con relación a una valoración jurídico-constitucional tal del funcionamien-

³⁵ Por ejemplo, en el examen de la constitucionalidad de la expulsión de un sindicato (artículo 9.3 LF).

³⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, pp. 75, 146; ÍD., «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», en ÍD./DREIER/NEUMANN (eds.), *Beiheft 44 zum ARSP* (1991), pp. 30, 42; ZIPPELIUS (nota 29), § 10 V; VOGEL, *Juristische Methodik*, 1998, § 9 III; ENDERLEIN, *Abwägung in Recht und Moral*, 1992, pp. 87 ss.; sobre la crítica que aquí no se va a seguir más a este planteamiento: SCHERZBERG, *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität der Grundrechte"*, 1989, pp. 169 ss., 181 ss.; ISENSEE, *Vom Stil der Verfassung*, 1999, pp. 69 ss.; JESTAEDT (nota 1), pp. 49 ss.

³⁷ Para la correspondiente cuestión con un planteamiento jurídico-administrativo, véase WÜRTEMBERGER, «Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 58 (1999), pp. 139, con más detalle.

³⁸ BVerfG EuGRZ 1999, p. 617; crítico, PIEROTH, «Die Missachtung gesetzlicher Maßstäbe durch das Maßstabgesetz», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2000, pp. 1086 ss.

to de la política democráticamente legitimada, simplemente de una realización óptima de la «ratio política». En esta perspectiva, la optimización es solamente una regla de prudencia política.

La disolución de las colisiones de derechos fundamentales es el ámbito clásico para la ponderación en el Derecho constitucional y en muchas ocasiones se la sitúa bajo un mandato jurídico-constitucional de optimización. Tampoco los derechos fundamentales de la LF garantizados sin límites abren un ámbito de libertad ilimitado. Para la solución de una colisión tal de derechos fundamentales, Peter Lerche exige un «equilibrio lo más moderado posible para ambas partes» en la concurrencia directa de bienes constitucionales colisionantes³⁹. Konrad Hesse ha desarrollado el topos similar de argumentación de la «concordancia práctica»⁴⁰. Los contrapuestos «bienes jurídico-constitucionalmente protegidos deben adaptarse los unos a los otros de modo que [...] ambos puedan realizarse de manera óptima»⁴¹. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha hecho suyo el modelo de argumentación desarrollado por Lerche y Hesse. Así, se busca el «equilibrio correcto de los bienes protegidos contradictorios» o el «equilibrio proporcional de los intereses contrapuestos con el objetivo de su optimización»⁴². Si la solución del conflicto, que tiene lugar por medio de la ponderación y bajo la idea rectora de una optimización, conduce a la única solución jurídico-constitucionalmente correcta del problema, ello significaría un estrechamiento notable del campo de juego del legislador y, con ello, de la conformación política democráticamente legítima. Si la Constitución es solamente el marco y el límite de la política democráticamente legítima y no el programa normativo de la política, le queda al legislador, respecto a la solución de conflictos, campo de juego para la conformación⁴³. En contra de la tesis del único resultado correcto, óptimo, de la decisión existen además importantes objeciones teóricas: siempre que una decisión depende de una valoración de argumentos, se puede llegar con fundamentaciones absolutamente defendibles a resultados diferentes. Ello vale sobre todo respecto a la concretización del Derecho constitucional⁴⁴.

³⁹ LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, pp. 152 ss.; ÍD., «Grundrechtsschranken», en ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo V, 1992, § 122, número marginal 5.

⁴⁰ Ya en la primera edición de su manual *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1967, pp. 28 ss.; ahora, ÍD. (nota 27), número marginal 72, 317 ss.

⁴¹ Cfr. HESSE (nota 27), número marginal 72.

⁴² BverfGE 81, 278, 292 ss.

⁴³ Cfr. HESSE (nota 27), número marginal 320.

⁴⁴ HAIN, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, 1999, pp. 158 ss.; UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, 1999, pp. 283 ss.

C) Dificultades en la valoración y ponderación

La interpretación y evolución de la Constitución por medio de la ponderación hacen indispensable una valoración: ¿qué principio tiene la primacía?, ¿con qué peso hay que introducir principios en la ponderación? Para tales valoraciones hay reglas generales de primacía⁴⁵. Hay que realizar más ampliamente los principios de peso superior que los principios de peso inferior. Los principios, también de peso mayor, que solamente son afectados en su ámbito externo, pueden retroceder antes que los principios que son afectados en su núcleo (relación de importancia y afectación). Son útiles las fórmulas generales, como por ejemplo la fórmula «cuanto ... tanto más» (*je-desto-Formel*): Cuanto más profundamente se intervenga en el ámbito protegido de un derecho fundamental, tanto más importante debe ser aquel bien jurídico (constitucional) cuya protección ordena la intervención del derecho fundamental. Tales cuestiones relativas a la ponderación se las tiene que plantear, por ejemplo, la regulación, propia del Derecho de policía, del tiro final de salvamento, que, a fin de proteger la vida del rehén, acepta la muerte del delincuente que lo ha tomado como rehén⁴⁶. Hay que asentar en cuenta un peso especialmente alto, que se sustrae en su caso de la ponderación cuando la intervención en un derecho fundamental afecte a su núcleo de dignidad humana, que es, en atención al artículo 79.3 LF, inviolable. La concordancia práctica o la coordinación proporcional como principios de argumentación y de interpretación no conducen, por tanto, a resultados claros, sino que sirven únicamente a una solución al problema que sea controlable y revisable. La Ley Fundamental da sólo ligeros puntos de apoyo para la ponderación. Las valoraciones, a fin de disolver posiciones de derechos fundamentales contradictorias, sólo muy limitadamente se pueden fundamentar jurídico-constitucionalmente como las únicas correctas⁴⁷ —una objeción fundamental contra los mandatos jurídico-constitucionales de optimización⁴⁸—.

⁴⁵ HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, pp. 20 ss.; DREIER, *Die normative Steuerung der planerischen Abwägung*, 1995, pp. 76 ss.; SIECKMANN, «Zur Begründung von Abwägungsurteilen», *Rechtstheorie*, 26 (1995), pp. 45, 66 ss.; ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, pp. 258 ss.; LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, 1997, pp. 135 ss., 167 ss.

⁴⁶ WÜRTENBERGER/HECKMANN/RIGGERT, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 4.^a ed., 1999, número marginal 500.

⁴⁷ HESSE, «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers», en *Festschrift für Mahrenholz*, 1994, pp. 541, 557; OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», en ERBGUT *et alii*, (eds.), *Abwägung im Recht*, 1996, pp. 25, 29 ss.; LEISNER (nota 45), pp. 135 ss., 167 ss.

⁴⁸ Así, ampliamente, LERCHE, «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?», en *Festschrift für Stern*, 1997, pp. 197 ss., con más detalles.

D) Sobre el procedimiento de una ponderación discursiva

Puesto que por medio de la ponderación no puede hallarse la única decisión racional correcta, el proceso de ponderación debe orientarse a un resultado en favor del cual hablen las mejores razones. La interpretación y desarrollo ulterior del Derecho constitucional se ponen, por ello, bajo la siguiente premisa: hay que buscar una fundamentación convincente en todos los sentidos, como corresponde a la jurisprudencia como disciplina retórica.

a) *El punto de partida*

Es decisivo qué punto de vista asumir, qué peso asignarle valorativamente y cómo se soluciona la colisión entre puntos de vista contradictorios con un valor correspondientemente diferente. Los métodos clásicos de interpretación muestran qué puntos de vista se asumen, pero ello también puede ser resultado de una actividad jurídica creativa. Para el ámbito del Derecho constitucional de los medios de comunicación, pueden valer, entre otros, la no-estatalidad, la asistencia básica o la pluralidad. En la ponderación de los puntos de vista que llevan a la decisión se puede recurrir a experiencias históricas o a análisis de comparación constitucional, por ejemplo, reflexiones sobre la puesta en peligro de la libertad de radiodifusión en los sistemas totalitarios. Más bien, se pondera de manera constitucionalmente inmanente cuando se consideran puntos de vista como la asistencia básica o la pluralidad como garantía de la libertad iusfundamental del artículo 5.1 LF o del Estado democrático. En tales ponderaciones se consideran las consecuencias que son de esperar de la decisión o interpretación de la norma (la llamada interpretación orientada a las consecuencias) en forma de una prognosis⁴⁹. La interpretación del Derecho constitucional consiste, por tanto, en realidad, en completar el texto de la norma —por ejemplo, de los derechos fundamentales o de los principios acerca de la estructura del Estado— con (sub)principios que se mueven como satélites en el campo de fuerza del texto de la norma. Cómo adquieren estos principios fuerza de convicción y ganan con ello peso, es por de pronto una cuestión del discurso jurídico⁵⁰ y, luego, de la fuerza de convicción de la decisión última del TC, de carácter vinculante⁵¹.

⁴⁹ ZIPPELIUS (nota 29), § 10 V, VI; ISENSEE, «Verfassungsrecht als 'politisches Recht'», en ÍD./KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo VII, 1992, § 162, números marginales 82 ss.

⁵⁰ Éste está dominado por un pensamiento experimentado; sobre ello, ZIPPELIUS, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2.ª ed., 1996, pp. 21 ss., con más detalle.

⁵¹ La fuerza de convicción puede resultar, por ejemplo, de un esfuerzo por una decisión

La valoración y la ponderación tiene lugar siempre a la vista del caso a decidir. El ámbito vital a ordenar se puede estructurar con arreglo a los fines de la valoración y ponderación. Así, la constitucionalidad de una recogida policial de datos se desarrolla de la mano del siguiente planteamiento de la cuestión: ¿tiene lugar la recogida de datos de manera abierta (pequeña intervención en el derecho fundamental) o encubierta (intervención notable en el derecho fundamental), respecto a un perturbador o a un no perturbador, con la finalidad de defensa ante un peligro para bienes jurídicos de bajo o elevado valor, como defensa ante un peligro directo previamente existente o sólo ante un peligro inminente futuro? La respuesta a estas cuestiones desemboca en un discurso de valoración y ponderación que orienta hacia los deberes iusfundamentales de protección y al papel de la seguridad interior como límite de los derechos fundamentales, por una parte, así como a la medida de libertad iusfundamental en una sociedad abierta, por otro lado⁵². Las siguientes secciones están dedicadas al marco de tal discurso.

b) *El discurso de ponderación como discurso con la tradición de la interpretación constitucional*

El discurso de la ponderación correcta⁵³ y, por ello, de la interpretación y la evolución constitucionales tiene lugar, en principio, en determinados ámbitos de la tradición. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han permitido alzar una construcción gótico-barroca de la dogmática jurídico-constitucional, formulada plástica y agudamente, en cuya forma fija encaja la evolución constructiva del Derecho constitucional, cuyos componentes son fragmentariamente renovados en cada ámbito específico para seguir al día o se continúa trabajando en su construcción sobre un determinado fundamento. Así visto, el discurso de la ponderación es siempre un discurso con la tradición de la interpretación constitucional y con el texto de la Constitución en la interpretación hasta ese momento del Tribunal Constitucional Federal.

justa del caso, de un cambio claro de la situación normativa (cfr. LARENZ [nota 26], pp. 332 ss.), de una orientación al bien común («Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 119 [1994], 1 ss.), del hecho de atenerse a un estándar históricamente garantizado, de la observancia de la concreta situación o de otras razones más.

⁵² Sobre ello, a modo de ejemplo, la tercera sentencia sobre el G-10 del Tribunal Constitucional Federal en *EuGRZ*, 1999, pp. 389 ss.; MÖSTL, «Verfassungsrechtliche Vorgaben für die strategische Fernmeldeaufklärung und die informationelle Vorfelddarstellung im allgemeinen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, p. 1394.

⁵³ Aquí puede renunciarse al desarrollo de un sistema de reglas del discurso; cfr. únicamente ALEXY, *Idee und Struktur* (nota 36), pp. 30 ss., con detalle.

Este discurso sobre la interpretación constitucional no conduce a una «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» ni a una «relativización de la interpretación jurídica», como Peter Häberle⁵⁴ la ha descrito en la euforia de la democratización de los años setenta. Este discurso está fundado, más bien, en el *status* alcanzado de la interpretación constitucional. Como ordenación constante en el tiempo, pero no obstante abierta al futuro, la Constitución exige en su interpretación evolutiva, ante todo, continuidad y seguridad. La Constitución regula un fundamento, estable en el tiempo, de la distribución del poder político, un consenso ético mínimo y la ejecución de las tareas estatales. Esta garantía jurídico-constitucional de la continuidad exige una disciplina estricta y una continuidad clara en la interpretación y la evolución del Derecho constitucional.

De ahí que se reclame, en la interpretación constitucional, ante todo continuidad. También en el Derecho constitucional corresponde, por ello, una especial importancia al efecto prejudicial jurídico-constitucional⁵⁵. Como más arriba ya se observó, la interpretación constitucional es también siempre interpretación de precedentes. En cuanto se desvíe de precedentes del Tribunal Constitucional Federal o del legislador, hay que hacer explícitos los cambios en la asunción de puntos de vista y en su valoración. Un cambio en la interpretación del Derecho constitucional está siempre necesitado de una fundamentación especial. Una nueva valoración respecto a las decisiones ponderativas y, sobre todo, respecto a una nueva orientación de la concretización constitucional hay que fundamentarla en debate con la jurisprudencia tradicional y con análisis de la transformación social y económica. La objeción frecuentemente planteada de que los tribunales constitucionales decidirían con una orientación política se puede contrarrestar si se opta por la continuidad en la interpretación constitucional como punto de partida.

c) *La cooperación en la interpretación constitucional*

La interpretación constitucional tiene lugar no sólo en el discurso con el estado tradicional de la interpretación, sino también en la cooperación discursiva con los modelos interpretativos. Elemento de una interpretación orientada al discurso es la cooperación de las jurisdicciones en la interpretación constitucional. Esta relación de cooperación ha sido subrayada por

⁵⁴ HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297, 302.

⁵⁵ KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., 1976, pp. 164 ss. y *pássim*; ÍD., «Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum», en ISENSEE/KIRCHHOF (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo V, 1992, § 110, números marginales 29 ss., con detalle; entendiéndolo mal, BverfGE 77, 84, 104.

el Tribunal Constitucional Federal de un modo realmente equívoco con relación a los tribunales europeos⁵⁶. La cooperación en la tutela de los derechos fundamentales significa, conforme a la opinión del Tribunal Constitucional Federal, que el Tribunal de las Comunidades Europeas garantiza la tutela de los derechos fundamentales frente a actos de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional Federal la protección del *standard* indispensable de derechos fundamentales. Una cooperación real que vaya más allá de dicha cooperación sobre la base de ámbitos competenciales delimitados presupone un debate recíproco respecto a la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, que ya tiene lugar, pero que con seguridad puede intensificarse. De manera informal, tiene lugar dicha cooperación en los encuentros entre los jueces del Tribunal Constitucional Federal y los del Tribunal Europeo, así como los de otros tribunales constitucionales de la Unión Europea.

Una relación de cooperación de otro modo más amplia, pero no obstante similar, se basa en el principio de subsidiariedad del recurso de amparo y el deber de fundamentación de la resolución judicial de planteamiento de inconstitucionalidad según el artículo 100 LF. El requisito del agotamiento de la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo garantiza que tanto las cuestiones de Derecho ordinario como las jurídico-constitucionales han sido ampliamente discutidas por las partes en el proceso y en las decisiones de los tribunales ordinarios. Para el planteamiento de la inconstitucionalidad se requiere, según el artículo 100.1 LF, entre otras cosas, que las razones por las que un precepto no es conforme a la Ley Fundamental sean expuestas minuciosamente (cfr. artículo 80.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal); sobre todo, debe el tribunal proponente enfrentarse exhaustivamente a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en la literatura y la jurisprudencia, así como tomar en consideración, en todo caso, la historia de la elaboración de la norma⁵⁷. Incluso cuando corresponde al Tribunal Constitucional Federal la decisión final, puede, no obstante, hablarse de un proceso-discurso cooperativo de la interpretación constitucional y de la concretización del Derecho constitucional.

⁵⁶ BverfGE 89, 155, 175, 178; GERSDORF, «Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, pp. 674 ss.; STREINZ, «Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem Maastricht-Urteil», en *Festschrift für den Heymanns-Verlag*, 1995, pp. 663 ss.; ZUCK, «Kooperation zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof», en GUGGENBERGER/WÜRTEMBERGER (nota 2), pp. 121 ss.

⁵⁷ BverfGE 78, 1, 5; 88, 70, 74 ss.

d) *La concretización constitucional a través del proceso de un discurso distanciado*

En especial en el ámbito del Derecho constitucional financiero se puede observar una tendencia en los últimos tiempos de no deducir de la Constitución claros criterios para la distribución de los activos financieros, pero tampoco abandonar éstas únicamente a decisiones políticas de la mayoría, sino permitir concretizar el Derecho constitucional financiero por medio de criterios jurídico-procesales. De este modo, se coloca un nuevo «Derecho constitucional procesal» junto a las reglas de la formación de la voluntad política. Ello se orienta de modo diferente a una racionalización del discurso político por medio de la neutralización y la distancia del encargado de decidir: la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el equilibrio financiero de los *Länder* separa el discurso de la distribución, que tiene que conducir a la construcción de un parámetro antes de conocerse los concretos datos financieros, y el subsiguiente reparto de las sumas financieras⁵⁸. El Tribunal estatal del *Land* de Baden-Württemberg exige, para el reparto de los activos financieros entre el *Land* y los ayuntamientos, una comisión de equilibrio financiero que acompañe a la legislación de equilibrio financiero y que tiene que contribuir a la racionalidad y transparencia del equilibrio financiero⁵⁹. Las consecuencias de la última sentencia citada para la interpretación constitucional son claras: los activos financieros no se reparten entre el *Land* y los ayuntamientos conforme a cuotas jurídico-constitucionalmente fundadas o conforme a la proporcionalidad entre la carga competencial y de gastos, lo que habría sido exigido cada vez más para la tutela de la autonomía financiera municipal y, por ello, de la autonomía local⁶⁰. En lugar de un reparto de los activos financieros con fundamento en la interpretación constitucional, la determinación del equilibrio financiero se pone en manos de un especial modo de discurso y de procedimiento, no previsto en la Constitución y desarrollado por medio del Derecho constitucional de creación jurisprudencial.

e) *Consenso y aceptación como marco de una evolución constitucional democrática*

Como todo Derecho y toda evolución jurídica en el Estado democrático, también el Derecho constitucional y su interpretación y concretización por la jurisprudencia constitucional deben conducirse por un consenso so-

⁵⁸. BVerfG *EuGRZ* 1999, 617, 640 ss.

⁵⁹ BWSStGH *VBIBW* 1999, 294, 302 ss.

⁶⁰ Sobre ello, WÜRTEMBERGER, «Der kommunale Finanzausgleich –politisch entschieden oder verfassungsrechtlich determiniert?», en *Festschrift für Leisner*, 1999, pp. 973 ss., con detalle.

cial básico o, cuando menos, por una disposición a la aceptación⁶¹. Y es que el Derecho constitucional regula de un modo efectivo las reglas básicas de la vida social comunitaria y los principios directivos en que se basa el ordenamiento en su globalidad sólo cuando sus regulaciones, así como sus concretizaciones jurídico-constitucionales, pueden ser aceptadas⁶². En correspondencia con ello, los ataques básicos a la interpretación constitucional pueden conducir a la deslegitimación del Derecho constitucional. Una Constitución que pierde el consenso y la aceptación tiene una vigencia debilitada, reclama reformas básicas y conduce, en caso extremo, a una situación revolucionaria.

Ello no debe malinterpretarse en el sentido de que el consenso y la aceptación sean los únicos y principales objetivos de una evolución democrática del Derecho constitucional. Los derechos fundamentales, los derechos de la oposición política o los principios estructurales del Estado ponen claros límites no sólo a la soberanía del legislador parlamentario, sino también a un cambio en la disposición al consenso y a la aceptación. Pero, ¿qué es lo exigido cuando, por ejemplo, falte disposición a aceptar y seguir el modelo de protección de la vida desarrollado por la jurisprudencia constitucional en la primera sentencia sobre el aborto? En reacción a ello, la segunda sentencia sobre el aborto ha renunciado a la protección jurídico-penal de la vida en el marco de la solución de las indicaciones a costa de una solución de plazos con medidas flanqueadoras tuteladoras de la vida. El hecho de que la protección jurídico-constitucionalmente ordenada de la vida sólo pueda realizarse cuando logra aceptación y seguimiento entre la población ha sido tenido en cuenta al exhortar al Estado y a sus instituciones educativas y a los medios de comunicación a transmitir el alto rango de la tutela de la vida⁶³. Ello es una importante tarea para lograr aquella disposición al consenso y la aceptación de que está necesitado un desarrollo plenamente responsable del Derecho constitucional⁶⁴.

Con relación a la interpretación y a la concretización constitucionales se pueden plantear las cuestiones a analizar en el ámbito correspondiente al artículo 79.3 LF: ¿puede la decisión lograr la disposición al consenso y a la aceptación?; ¿hay que esperar que logre en todo caso a largo plazo consenso y aceptación?; ¿son evidentemente necesarias una interpretación o una concretización constitucionales que, al menos en principio, no logran disposi-

⁶¹ Cfr. WÜRTEMBERGER, «Die Akzeptanz von Gesetzen», en FRIEDRICHS/JAGODZINSKI (eds.), *Soziale Integration*, 1999, pp. 380 ss., 381 ss.; ZIPPELIUS (nota 50), pp. 388 ss.; ÍD. (nota 29), § 13 III; BverfGE 34, 287.

⁶² Böckenförde (nota 1), 9, 12.

⁶³ BverfGE 88, 203, 261.

⁶⁴ WÜRTEMBERGER, «Zu den Voraussetzungen des freiheitlichen, säkularen Staates», en BRUGGER/HUSTER (eds.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, 1998, pp. 277, 282 ss.; ISENSEE (nota 49), § 162, número marginal 105.

ción al consenso y a la aceptación?⁶⁵ No es sencillo dar respuestas a tales preguntas respecto a decisiones básicas del Tribunal Constitucional. Pueden dar indicaciones la «situación de acuerdo general en la política y la opinión pública», el «desarrollo político general alcanzado por las fuerzas políticas y sociales»⁶⁶, la «responsiveness» a los deseos y esperanzas, así como a los temores, entre la población o —en cuanto sea posible— las ideas colectivas que se desarrollen de la justicia y el Derecho⁶⁷. Estos factores sociales y políticos no pueden ser infravalorados en la interpretación y evolución del Derecho constitucional. El Derecho constitucional judicial, en el que falta desde hace largo tiempo aceptación y consenso, pone en peligro no sólo la autoridad del Tribunal, sino también la pretensión de validez de la Constitución.

En la Constitución de una sociedad abierta, las ponderaciones jurídico-constitucionales y jurisdiccional-constitucionales son introducidas también en un discurso social, que no puede ser pasado por alto por una teoría hermenéutica realista. Toda interpretación se orienta igualmente también al horizonte de esperanza de aquellos que son afectados por ella o que se enfrentan a ella. «Interlocutores» de tal proceso público de interpretación constitucional son los medios de comunicación y todos aquellos que pueden hacerse oír en la opinión pública, el legislador y el Gobierno, pero también la oposición, que siempre quieren ejecutar su concepción de la «ratio política» de un modo conforme a la Constitución, la jurisdicción ordinaria y, no en último término, la teoría del Derecho constitucional⁶⁸, que se esfuerza en la sistematización dogmática y de la evolución de la Constitución. En un discurso público como éste, los correspondientes actores pueden proporcionar argumentos, sopesarlos, rechazarlos y proponer decisiones ponderativas. Lo domina la libre competencia de los argumentos a favor y en contra de una determinada interpretación y desarrollo del Derecho constitucional, que es el fundamento irrenunciable del Estado democráticamente legitimado⁶⁹.

(Traducción del alemán: JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO *).

⁶⁵ Sobre tales cuestiones en el proceso a la legislación: HILL, *Jura* 1986, pp. 57 ss. 67; WÜRTEMBERGER, *Zeitgeist und Recht*, 2.ª ed., 1991, pp. 149 ss.

⁶⁶ Así, EVERLING, «Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft», *Juristenzeitung*, 2000, pp. 217, 224.

⁶⁷ WÜRTEMBERGER (nota 2), p. 75, con detalle.

⁶⁸ Sobre el papel de la «communis opinio doctorum», la opinión dominante en la doctrina constitucionalista: WÜRTEMBERGER, en GUGGENBERGER/WÜRTEMBERGER (nota 2), p. 77, con detalle; EHMKE, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 20 (1963), p. 53, pp. 71 ss.; sobre la reacción del TJCE a la crítica especializada: EVERLING, *Juristenzeitung*, 2000, 217, 224, con detalle.

⁶⁹ ZIPPELIUS, «Legitimation des Grundgesetzes aus der Verfassungskultur einer offenen Gesellschaft», en BRUGGER (nota 30), pp. 435 ss., 437.

* Doctor europeo en Derecho. Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

